

## De Taak van de Curator



# De Taak van de Curator

Insolad Jaarboek 2023

Onder redactie van:

Mr. E.J. Oppedijk van Veen  
Mr. drs. R.W.A. Brunninkhuis  
Mr. J.E.P.A. van Hooff  
Mr. A. van Loon  
Mr. J.H.M. van de Wiel

 Wolters Kluwer

Deventer – 2023

Verkorte citeerwijze: Oppedijk van Veen e.a., *De Taak van de Curator 2023*/[paragraafnummer]  
Volledige citeerwijze: E. Oppedijk van Veen e.a. (red.), *De Taak van de Curator: Insolad Jaarboek 2023*,  
Deventer: Wolters Kluwer 2023.

ISBN 978 90 13 17243 0  
NUR 827-704

© 2023 Wolters Kluwer Nederland B.V., Insolad

Onze klantenservice kunt u bereiken via: [www.wolterskluwer.nl/klantenservice](http://www.wolterskluwer.nl/klantenservice).

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: [boeken-NL@wolterskluwer.com](mailto:boeken-NL@wolterskluwer.com).

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht ([www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: [www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden](http://www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden).

Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via [www.wolterskluwer.nl/privacycookies](http://www.wolterskluwer.nl/privacycookies).



# Inhoud

|                     |    |
|---------------------|----|
| <b>Woord vooraf</b> | IX |
|---------------------|----|

## *De taak van de curator in algemene zin*

|    |  |     |
|----|--|-----|
| 1. | De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief: een empirisch onderzoek naar ‘ruis’ bij belangenafwegingen in faillissementen<br>PROF. DR. J.A.A. ADRIAANSE, DR. N. STROHMAIER,<br>MR. DR. J.M.W. POOL, DR. M.J.R. BROEKEMA | 3   |
| 2. | Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?<br>MR. DR. A. VAN HEES, MR. M. VAN EEKELEN-ATEMA  | 29  |
| 3. | Over de bezorgde curator<br>MR. M.R. VAN ZANTEN  | 45  |
| 4. | Van belangenpluraliteit naar taakverdeling. Of: wat zou de taak van de curator <i>niét hoeven</i> zijn?<br>MR. DR. E.C. BOS  | 67  |
| 5. | De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’ (zoals de fiscus en het UWV)<br>MR. DR. A.J. TEKSTRA   | 81  |
| 6. | De taak van de beoogd curator<br>MR. M.C.J. JONCKERS, MR. M. BARSOUM, MR. I.C. LOK   | 111 |
| 7. | De curator en efficiënt afwikkelmanagement<br>MR. J.H. STEVERINK, MR. M. AUKEMA  | 133 |
| 8. | Over benoeming en benoembaarheid: de nieuwe Recofa-richtlijnen<br>MR. J.B.A. JANSEN  | 155 |

## Inhoud

### *Internationaal perspectief op de taak van de curator*

9. De internationale dimensie van het faillissement: een quick reference guide voor de curator  
PROF. MR. R.D. VRIESENDORP, MR. W. VAN KESTEREN,  
MR. R. ELKERBOUT-KOK, MR. T. TICHELOVEN 179
10. Tasks of an insolvency practitioner in Germany  
DR. A. SPAHLINGER, DR. M. TRESSELT 211
11. The task of an insolvency practitioner in England and Wales  
A.P. GOLDREIN, K.V. MORLEY, J.G. ARMSHAW 227
12. De Nederlandse curator en zijn Belgische confrater: een rechtsvergelijking van de taak van de Nederlandse en de Belgische curator  
MR. J.J. VAN EE, MR. M.N. DE GROOT 247

### *Diverse aspecten van de taak van de curator*

13. Fraudebestrijding en het openbaar verslag  
MR. A.F. AMMERLAAN, MR. A.J. VAN DER DUIJN SCHOUTEN 271
14. De communicatietaak van de curator  
O. HOUTSCHILD 287
15. De Peeters q.q./Gatzen-vordering als motor voor de taak van de curator als civiele fraudebestrijder  
MR. W.J.B. VAN NIELEN, MR. F. ORTIZ ALDANA 303
16. Sneller en goedkoper? Mediation en de taak van de curator  
MR. J. VAN MOURIK 317
17. De taak van de curator binnen de vennootschappelijke orde  
MR. A.J. DUNKI JACOBS, MR. M.L. VAN DER STAALJ 339
18. Crypto-assets, de curator en de vermogensbelangen van de boedel  
MR. M.J.W. VAN INGEN, MR. W.J.G. SMITS, MR. M.A.R. NANNINGS 367

## Inhoud

- |     |  |     |
|-----|--|-----|
| 19. | Staat de curator bij een volle boedel met lege handen? Over de taak van de curator bij een boedeloverschot<br>MR. N. HAASJES   | 401 |
| 20. | De bestuurder... een weekdier?<br>MR. S.A.H.J. WARRINGA, MR. M.K. TIEMENSMA  | 419 |
| 21. | Rights are lost by abuse; en dus een schone taak voor INSOLAD ten behoeve van curatoren en andere gelaedeerden bij milieuschade<br>MR. DRS. S.B. JONASSE, MR. R.C.M. VAN MOORSEL | 437 |





## Woord vooraf

INSOLAD rekent het tot haar doelstelling om te streven naar een kwalitatief hoogwaardig, voorspelbaar, transparant en doelmatig herstructurerings- en insolventieproces. In dat licht houdt INSOLAD zich actief bezig met de ontwikkeling van bestaande en nieuwe wet- en regelgeving op het gebied van het insolventierecht. Een belangrijke ontwikkeling in de afgelopen periode betreft het Consultatiedocument Insolventierecht, de verschillende consultatiereacties daarop en de stakeholders-overleggen die hierover zijn gevoerd met het Ministerie van Justitie en Veiligheid.

Een van de thema's uit het Consultatiedocument Insolventierecht betreft de taak van de curator.

In haar consultatiereactie merkt INSOLAD daarover onder meer het volgende op:

*“Naar geldend recht behartigt de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij hij ook op andere, met name maatschappelijke, belangen (zoals behoud van werkgelegenheid) acht mag – of bij het bestrijden van onregelmatigheden moet – slaan. Dit betreft een open norm waarvan de invulling in de praktijk ingewikkeld kan zijn. Een faillissement is per definitie een botsing van verschillende belangen en het is dan ook zaak dat duidelijkheid bestaat over de vraag wie voor welke belangen opkomt en welke rol de curator in dat spanningsveld bekleedt. De praktijk zou gebaat zijn bij concretere invulling van de hierboven genoemde open norm.”*

Deze INSOLAD bundel beoogt een bijdrage te leveren aan het nader invullen van de genoemde open norm. De auteurs in deze bundel hebben allen vanuit hun eigen invalshoek, al dan niet meer opiniërend, meer onderzoekend of meer beschouwend gereageerd op de vraag wat de taak van de curator is of idealiter zou moeten zijn. De redactie is de auteurs bijzonder dankbaar voor hun bijdragen en wenst de lezers veel genoegen bij het lezen van deze bundel.

Redactie INSOLAD jaarbundel 2023

Mr. E.J. Oppedijk van Veen  
Mr. drs. R.W.A. Brunninkhuis  
Mr. J.E.P.A. van Hooff  
Mr. A. van Loon  
Mr. J.H.M. van de Wiel



*De taak van de curator in algemene zin*



# De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief: een empirisch onderzoek naar ‘ruis’ bij belangenafwegingen in faillissementen

PROF. DR. J.A.A. ADRIAANSE, DR. N. STROHMAIER, MR. DR. J.M.W. POOL, DR. M.J.R. BROEKEMA<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

De taak van de curator is het beheren en vereffenen van de failliete boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>2</sup> Hoe eenvoudig dat ook klinkt, de taak van de curator is steeds vaker onderwerp van discussie.<sup>3</sup> Deze richt zich voornamelijk op de (beoogd) ‘maatschappelijke’ taak. Curatoren voeren hun werkzaamheden voornamelijk uit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, maar *mogen* naast de belangen van de schuldeisers ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.<sup>4</sup> Het ingewikkelde zit hem in de open norm ‘rekening houden met belangen van maatschappelijke aard’.<sup>5</sup> Deze is vrij

1. Alle auteurs zijn verbonden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden. Adriaanse, Broekema en Strohmaier zijn tevens verbonden aan BFI, Amsterdam. Broekema is daarnaast Raad (plv.) in de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam. Voor volledige overzichten van (neven)werkzaamheden van auteurs wordt verwezen naar de website van de Universiteit Leiden ([www.leidenuniv.nl](http://www.leidenuniv.nl)). De auteurs bedanken Mischa van Gelderen voor zijn hulp bij de opzet van het onderzoek.
2. Art. 68 Fw.
3. Zie bijvoorbeeld Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, 1 november 2021, te raadplegen via <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie> (hierna: ‘Consultatiedocument Insolventierecht’), J.M.W. Pool, ‘Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/20; M. van Eekelen-Atema, ‘Reactie op *TvI* 2022/20 Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/27.
4. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, r.o. 3.5, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon II*). Zie ook HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, r.o. 3.5.2, *NJ* 1996/727 (*Maclou*), HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, r.o. 3.5, *NJ* 2004/293 (*Curatoren Mobell/Interplan*). Zie ook A. van Hees, ‘Maatschappelijk verantwoord vereffenen’, *TvI* 2015/1, Kemp, ‘Gezocht: kranige curatoren met maatschappelijk besef’, in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 503-514.
5. Pool, *TvI* 2022/20.

interpreteerbaar – vandaar ‘open’ – en curatoren genieten een grote mate van beleidsvrijheid bij de invulling van die norm.<sup>6</sup> Daarmee is de norm tegelijkertijd vatbaar voor diverse interpretaties van curatoren en misschien zelfs willekeur.<sup>7</sup> Dergelijke willekeur wordt in de sociale psychologie ‘ruis’ genoemd, ofwel een variabiliteit in oordelen die eigenlijk (nagenoeg) identiek zouden moeten zijn.<sup>8</sup> Een grote mate van variabiliteit in de interpretatie en toepassing van de betreffende norm door curatoren zou er voor kunnen zorgen dat er rechtsongelijkheid ontstaat daar niet ieder soortgelijk faillissement gelijkwaardig zou worden behandeld. Voor betrokken stakeholders betekent dit aanzienlijke rechtsonzekerheid daar het moeilijk te voorspellen wordt hoe de betrokken curator in een specifiek geval de spelende belangen zal afwegen. Dit laatste is des te meer het geval nu de bronnen die ruis kunnen veroorzaken voor een niet te verwaarlozen deel *onbewust* hun effect sorteren (hierover later meer). Maar in hoeverre is ruis eigenlijk daadwerkelijk een probleem in het kader van de open norm omtrent ‘rekening mogen houden met maatschappelijke belangen’? En voor zover ruis hier daadwerkelijk optreedt, waar komt deze ruis vandaan? Waarom precies zouden curatoren maatschappelijke belangen anders wegen in eenzelfde geval?

In deze bijdrage concentreren we ons op de vraag in hoeverre curatoren in staat zijn om, in een gegeven situatie, nagenoeg gelijke invulling te geven aan de open norm ‘rekening houden met maatschappelijke belangen’. Indien dit het geval is, dan zou dit kunnen pleiten voor, of op zijn minst niet pleiten tegen, handhaving van het huidige systeem waarin curatoren mogen bepalen of en hoe zij rekening houden met maatschappelijke belangen.<sup>9</sup> Indien dit *niet* het geval is, dan is er inderdaad sprake van ‘ruis’. Eenvoudig gezegd: het is dan vooral van persoonskenmerken van de curator en (arbitraire) situationele factoren afhankelijk of in een faillissementssituatie rekening wordt gehouden met maatschappelijke be-

---

6. *NJ* 1996/727 (Maclou); HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515 (Prakke/Gips). Zie ook F.M.J. Verstijlen, ‘Een kwart eeuw curatorenaansprakelijkheid’, *TvI* 2020/20, afl. 2, p. 126-130, par. 2.

7. J.M.W. Pool, *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Een empirisch juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement* (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, par. 4.4, 6.4, 7.3.5 en 8.4.2. Zie ook J.M.W. Pool, Naschrift bij de reactie op het artikel “Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator”, *TvI* 2022/20.

8. Zie D. Kahneman, O. Sibony & C.R. Sunstein, *Noise. A Flaw in Human Judgment*, London: William Collins 2021.

9. Zie bijvoorbeeld Van Eekelen-Atema 2022.

langen, en in welke mate.<sup>10</sup> Een dergelijke uitkomst zou pleiten voor heroverweging van de beleidsvrijheid van curatoren.<sup>11</sup>

Het artikel is als volgt opgebouwd. Eerst wordt het sociaalpsychologische begrip ‘ruis’ nader beschreven (par. 2), waarna beknopt wordt ingegaan op bestaande (empirische) inzichten over de (maatschappelijke) taakvervulling van curatoren (par. 3). Vervolgens wordt verslag gedaan van een gehouden (empirische) surveyonderzoek naar het mogelijke bestaan van ruis in de belangenafwegingen van curatoren (par. 4). De bijdrage eindigt met de (normatieve) implicaties van het onderzoek (par. 5) en enkele afsluitende overwegingen (par. 6).

## 2. ‘Ruis’ in de context van beslissingen van curatoren

Al enkele jaren staat het onderwerp ‘psychologie in het recht’ in de belangstelling, zowel in de wetenschap als de praktijk. Daarnaast is er groeiende aandacht voor empirisch onderzoek in het juridisch domein, in het bijzonder als het gaat om beleidsevaluatie en besluitvorming.<sup>12</sup> Recent besluitvormingsonderzoek laat bijvoorbeeld zien dat rechters, bankiers, waarderingsdeskundigen en insolventierecht deskundigen vatbaar zijn voor vele vormen van ‘bias’, ofwel onbewuste vooringenomenheden of denkfouten.<sup>13</sup> Deze professionals staan hierbij (gelukkig) niet alleen, alle mensen zijn vatbaar voor dit soort fouten, niemand is in die zin onfeilbaar.

Een onderwerp dat nog minder bekend is maar door het werk van Kahneman, Sibony en Sunstein sinds kort in grote belangstelling staat, betreft het door hen in dit kader gemunte begrip ‘noise’, ofwel het hiervoor reeds genoemde begrip

---

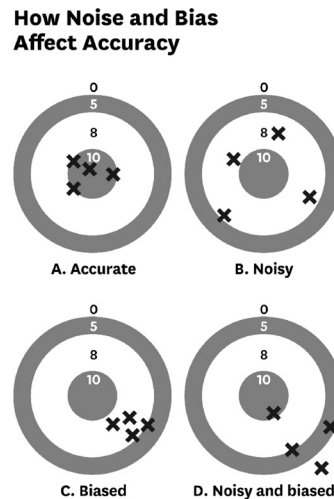
10. Aanwijzingen voor deze gang van zaken zijn te vinden in Pool 2022, par. 4.4, 6.4, 7.3.5 en 8.4.2. Zie ook Pool *Tvl* 2022/20.

11. Zie ook Pool 2022, par. 8.4.

12. Zie voor meer informatie over (de ontwikkeling van) empirisch juridisch onderzoek in Nederland onder andere [www.elsacademy.nl](http://www.elsacademy.nl) (laatst bezocht: 19 december 2022).

13. Zie bijvoorbeeld de volgende artikelen van (een deel van de) auteurs van deze bijdrage waarin ook referenties worden gemaakt naar andere (internationale) onderzoeken: M.J.R. Broekema, N. Strohmaier, J.A.A. Adriaanse & J.I. van der Rest (2022), Are Business Valuers Biased? A Psychological Perspective on the Causes of Valuation Disputes, *Journal of Behavioral Finance* 2022, 23(1), p. 23-42, N. Strohmaier, J.A.A. Adriaanse, K. van den Bos & H. Pluut, Similarity bias in credit decisions for entrepreneurs on the brink of bankruptcy, *Journal of Applied Social Psychology* 2021, 51(7), p. 683-697 en N. Strohmaier, H. Pluut, K. van den Bos, J.A.A. Adriaanse & R.D. Vriesendorp, Hindsight bias and outcome bias in judging directors’ liability and the role of free will beliefs, *Journal of Applied Social Psychology* 2021, 51(3), p. 141-158.

‘ruis’.<sup>14</sup> Ruis betreft, als gezegd, het fenomeen van ongewenste variabiliteit in oordelen die feitelijk identiek (of in ieder geval gelijkwaardig) zouden moeten zijn; het gaat derhalve niet om bias. Laatstgenoemde betreft veeleer een systematische afwijking in een bepaalde richting terwijl bij ruis het systematische juist ontbreekt. Figuur 1, overgenomen van (de website van) Harvard Business Review<sup>15</sup>, laat het verschil goed zien, waarbij dient te worden opgemerkt dat binnen het fenomeen bias ook ruis kan optreden. Het uitgangspunt is dat bij een accurate beslissing alle besluitvormers ongeveer in het midden van een dartbord uitkomen (‘bull’s eye’). Zij nemen dan allen op basis van een casus (ongeveer) dezelfde beslissing. Als de besluiten in feite ‘alle kanten op gaan’ is sprake van ruis. Overigens speelt niet altijd de mogelijkheid van een accurate of juiste/beste beslissing (de bull’s eye). Zo ook bij de afwikkeling van een faillissement. Dit maakt het probleem van ruis echter niet minder groot. Ook wanneer er geen juist of correct antwoord mogelijk is, is een grote mate van variabiliteit onwenselijk, zeker in een juridische context waar een hoge mate van variabiliteit tot rechtsongelijkheid en/of rechtsonzekerheid leidt.



Figuur 1. Visualisatie How Noise and Bias Affect Accuracy – HBR.org.

Een goed voorbeeld van ruis betreft het diagnoseproces van artsen, waarbij wetenschappelijk onderzoek laat zien dat regelmatig verschillende (tegenstrijdige)

14. Zie Kahneman, Sibony & Sunstein 2021.

15. Zie D. Kahneman, et al., 2016, te vinden op <https://hbr.org/2016/10/noise> (laatst bezocht op 23 december 2022).



oordelen plaatsvinden bij dezelfde medische kwaal, met alle gevolgen van dien wanneer de betreffende kwaal niet wordt gediagnosticeerd. Evenzo treedt dit fenomeen op bij psychiatrische onderzoeken, waar oordeelsvorming van nature meer subjectief is. Hetzelfde geldt voor besluitvorming rondom sollicitaties of besluitvorming van rechters rondom het wel of niet opsluiten van verdachten in verband met vluchtgevaar.

Op zichzelf zijn bovenstaande voorbeelden niet opmerkelijk, iedereen kan zich wel situaties voorstellen waarin dergelijke ruis optreedt. In die zin is het ook onderdeel van mens zijn. We percipiëren, ervaren en oordelen nu eenmaal anders. Problematisch is het echter wanneer gekeken wordt naar de *mate* waarin ruis optreedt, en met name de gevolgen ervan: een verkeerde medische of psychische diagnose, dan wel de opsluiting van een verdachte op basis van willekeurige factoren. In al deze gevallen zou er eigenlijk, op basis van te verwachten homogeniteit (i.e. kwaliteit) van de professionele oordeelaars, een gelijke uitkomst moeten uitvloeien. In plaats daarvan treedt een onvermijdelijke veelvoud van opvattingen op, met diverse uitkomsten; geen behandeling wanneer het wél nodig is, of een behandeling terwijl dit niet strikt noodzakelijk is, een opsluiting vanwege vermeend vluchtgevaar of geen opsluiting terwijl vluchtgevaar wel degelijk aanwezig is.

Tientallen jaren geleden was het overigens de Amerikaanse rechter Marvin Frankel al die aandacht vroeg voor de grote verschillen in rechtelijke uitspraken, al noemde hij het toentertijd geen ‘noise’. In 1974 werd bijvoorbeeld in opdracht van Frankel onderzoek gedaan naar het oordeel van vijftig rechters over een reeks gevallen die voor iedere deelnemer identiek waren.<sup>16</sup> “*Absence of consensus was the norm*”, zo werd in dit onderzoek geconcludeerd. Ter illustratie, de strafmaat voor een heroïnedealer liep uiteen van 1 tot 10 jaar en in een voorgelegde afpersingszaak liepen de straffen uiteen van een geldboete van \$ 65.000 tot twintig jaar gevangenisstraf. Ook andere onderzoeken laten een vergelijkbare, aanzienlijke mate van ruis in juridische oordelen zien.<sup>17</sup>

Hoe kan het dat professionele beoordelaars op basis van dezelfde feiten tot dergelijke uiteenlopende beslissingen komen? Er zijn drie verschillende oorzaken van ruis te identificeren. De eerste betreft zogeheten ‘*level noise*’, wat ziet op

---

16. Zie A. Partridge & W.B. Eldridge, *The Second Circuit sentencing study: A report to the judges of the Second Circuit. Federal Judicial Center*, 1974.

17. Zie bijvoorbeeld J. Bartolomeo, K. Clancy & D. Richardson, *Sentence decision making: The logic of sentence decisions and the extent and sources of sentence disparity*, Department of Justice, 1981.

relatief stabiele verschillen tussen beoordelaars. De ene persoon is nu eenmaal, gemiddeld genomen, eerder geneigd om maatschappelijke belangen te laten prevaleren dan een ander. Deze bron van ruis betreft dus verschillen *tussen* beoordelaars. De tweede bron wordt 'pattern noise' genoemd, wat ziet op bepaalde patronen *binnen* een beoordelaar. Zo kan het zijn dat een curator geneigd is om vooral behoud van werkgelegenheid zwaar mee te laten wegen, maar eventueel milieurisico's veel minder. Of dat een curator een bepaalde sympathie heeft voor een specifieke sector en zich daar eerder zal inzetten voor een doorstart dan bij een onderneming uit een andere branche. Dergelijke voorkeuren en neigingen zullen uiteraard verschillend zijn voor verschillende curatoren. Tot slot is de derde bron van ruis de zogeheten 'occasion noise', vrij vertaald als situationele ruis. Dit houdt in dat los van bepaalde relatief stabiele patronen *tussen* curatoren (level noise) en *binnen* curatoren (pattern noise), een curator door arbitraire situationele factoren in een specifiek geval anders kan oordelen dan dat hij of zij gedaan zou hebben op een ander moment. Zo heeft onderzoek naar duizend uitspraken van kinderrechters in Amerika uitgewezen dat strengere vonnissen uitgesproken werden op maandagen als in het weekend ervoor het plaatselijke American Football team had verloren, welk effect ook nog eens doorsijpelde naar de rest van de week, zij het in mindere mate.<sup>18</sup> Een ander onderzoek dat anderhalf miljoen uitspraken bekeek gedurende drie decennia kwam tot dezelfde conclusie: verlies van de lokale football club leidde tot strengere uitspraken in de dagen erna.<sup>19</sup> Dat de stemming van een rechter invloed heeft op een vonnis is ook in Frankrijk aangetoond. Een analyse van zes miljoen uitspraken over een tijdsspanne van twaalf jaar liet zien dat rechters aldaar milder oordeelden indien de verdachte jarig was.<sup>20</sup> Tot slot, een onderzoek naar tweehonderdzevenduizend asielaanvragen gedurende vier jaar wees uit dat een asielaanvraag minder kans van slagen had op hetere dagen.<sup>21</sup>

Kort en goed, ruis in professionele oordelen komt voort uit stabiele verschillen tussen beoordelaars, stabiele patronen binnen beoordelaars en tevens door arbitraire situationele factoren. In het onderhavige surveyonderzoek kijken we naar deze drie bronnen van ruis en hebben we ook onderzocht in hoeverre bijvoorbeeld slaapgebrek en 'intellectuele nederigheid' (als voorbeelden van meer

---

18. Zie O. Eren, & N. Mocan, Emotional judges and unlucky juveniles, *American Economic Journal: Applied Economics*, 2018, 10(3), p. 171-205.

19. Zie D.L. Chen & M. Loecher, *Mood and the Malleability of Moral Reasoning: The Impact of Irrelevant Factors on Judicial Decisions*, 2016.

20. Zie D.L. Chen & A. Philippe, Clash of norms: Judicial leniency on defendant birthdays, available at SSRN 3203624.

21. Zie Chen & M. Loecher 2016.

arbitraire factoren) mogelijke bronnen van ruis zijn, maar hierover later meer in paragraaf 4.

Nu het fenomeen van ruis nader is toegelicht en we het belang van het onderwerp voor de curatorenpraktijk over het voetlicht hebben gebracht, is het nu zaak om die praktijk nader te bekijken. Wat is er reeds bekend over verschillen in taakopvattingen onder curatoren en hoe werkt dit mogelijk door in het meewegen van maatschappelijke belangen in een faillissement? Hierbij staan wij stil in de volgende paragraaf.

### **3. De maatschappelijke taak van de curator: een beknopt overzicht van bestaande empirische inzichten**

Het is vaste rechtspraak dat curatoren rekening mogen houden met maatschappelijke belangen, maar niet ten koste van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>22</sup> Sommige auteurs stellen dat curatoren zelfs een verplichting hebben om rekening te houden met maatschappelijke belangen.<sup>23</sup> Hoe curatoren rekening moeten (of mogen) houden met maatschappelijke belangen is niet duidelijk, maar hangt af van de omstandigheden van het geval. Curatoren genieten daarbij een grote mate van beleidsvrijheid en mogen zelf de afweging maken of en wanneer zij bij de afwikkeling van faillissementen rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.<sup>24</sup>

Het is de vraag of, en zo ja hoe curatoren in de praktijk rekening houden met maatschappelijke belangen. Een empirische interviewstudie door Van Eekelen-Atema wijst uit dat vrijwel alle curatoren bereid zijn maatschappelijke belangen mee te wegen.<sup>25</sup> Een recente empirische *mixed methods* studie door Pool laat vergelijkbare resultaten zien.<sup>26</sup> Haar interviewstudie laat bovendien zien dat er verschillend wordt gedacht over het meewegen van maatschappelijke belangen bij de afwikkeling van faillissementen. De ene curator is daartoe meer bereid dan de andere. De resultaten van haar surveystudie laten zien dat ruim 66%

---

22. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, r.o. 3.5, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon II*). Zie ook de INSOLAD Praktijkregels.

23. Zie bijvoorbeeld Van Eekelen-Atema 2022. en Van Hees 2015.

24. HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727 (Maclou) en HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515 (Prakke/Gips). Zie ook Verstijlen 2020, p. 126-130, par. 2.

25. M. van Eekelen-Atema, 'De faillissementscurator en maatschappelijke belangen', in: Enneking e.a. (red), *Publiek privaatrecht. Over publieke doelen en belangen in privaatrechtelijke verhoudingen*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, par. 2.4.

26. Pool 2022.

Prof. dr. J.A.A. Adriaanse, dr. N. Strohmaier, mr. dr. J.M.W. Pool, dr. M.J.R. Broekema

van de curatoren het eens is met de stelling dat de curator maatschappelijke belangen dient, slechts 6% was het met deze stelling oneens.

Of maatschappelijke belangen een rol spelen in de afwikkeling van faillissementen is volgens curatoren afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uit het onderzoek van Van Eekelen-Atema blijkt dat de rol van maatschappelijke belangen bij de afwikkeling van faillissementen in die zin afhangt van “de grootte, de aard en de arbeidsintensiviteit van de activiteiten van de gefailleerde onderneming.” Bovendien blijkt uit haar resultaten dat curatoren het werknemersbelang als “meest voor de hand liggende en meest relevante maatschappelijk belang” zien. Andere door curatoren genoemde maatschappelijke belangen zijn bijvoorbeeld het milieubelang, het belang van continuering van gezondheidszorg en het tegengaan van kapitaalvernietiging. Ook het onderzoek van Pool laat zien dat het behoud van werkgelegenheid voor curatoren het belangrijkste maatschappelijke belang is, gevolgd door fraudebestrijding en milieubelangen.

Het lijkt erop dat vrijwel alle curatoren bereid zijn rekening te houden met maatschappelijke belangen bij de afwikkeling van faillissementen, zij het dat met het ene belang misschien meer rekening wordt gehouden dan met het andere. Over de vraag of maatschappelijke belangen bij een eventuele strijdigheid met de belangen van de schuldeisers, die laatstgenoemde belangen ook opzij mogen zetten, bestaat echter geen consensus. Zowel het onderzoek van Van Eekelen-Atema als het onderzoek van Pool laten zien dat het in grote mate afhankelijk is van de curator die het faillissement afwikkelt of maatschappelijke belangen kunnen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Uit de surveystudie van Pool blijkt dat grote verdeeldheid bestaat over de vraag of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers altijd boven maatschappelijke belangen gaan: 35% is het met deze stelling eens, terwijl 40% het met de stelling oneens is.

Onderzoek van Pool wijst verder uit dat de variatie in opvattingen ten aanzien van bijvoorbeeld het wel of niet laten prevaleren van maatschappelijke belangen waarschijnlijk te maken heeft met i) de financiële toestand van de boedel, ii) de persoonlijke opvattingen en ervaringen van de curator en iii) de mening van de toezichthoudende rechtbank en haar insolventierechters.<sup>27</sup> Meer specifiek blijkt uit haar onderzoek dat curatoren bij het nemen van beslissingen ook meer subjectieve factoren in hun beoordeling betrekken, zoals hun eerste indruk van een bestuurder en persoonlijke zienswijzen.<sup>28</sup>

---

27. Pool 2022, par. 7.3.

28. Pool 2022, par. 4.4.2 en 8.4.

Kortom, op basis van bestaand onderzoek lijkt al grote verdeeldheid te bestaan onder curatoren over de vraag hoe zij rekening moeten houden met maatschappelijke belangen bij de afwikkeling van faillissementen. De vraag is echter of de verschillende meningen en opvattingen van curatoren in concrete situaties tot verschillende afhandelingen van (soortgelijke) faillissementen leiden.<sup>29</sup> Is het mogelijk dat er wel een grote variatie zit in opvattingen in algemene zin, maar dat in een concreet geval de belangafwegingen van curatoren juist vrij dicht bij elkaar liggen? Eerder onderzoek naar de zogeheten *abstract/concrete paradox* in juridische besluitvorming suggereert dat er inderdaad een dergelijke discrepantie kan zitten tussen wat juristen rapporteren in algemene zin (i.e. in abstractie) en hoe zij oordelen in een concreet geval.<sup>30</sup> Teneinde de daadwerkelijke belangenafweging door curatoren in een concreet geval te onderzoeken hebben wij dan ook in het surveyonderzoek een concrete casus voorgelegd aan een grote groep curatoren. De volgende paragraaf doet hier verslag van.

#### 4. Surveyonderzoek

Om te onderzoeken wat de mate van ruis is onder curatoren in het wegen van maatschappelijke belangen bij het afhandelen van een faillissement, en wat mogelijke bronnen zijn van ruis, hebben wij onder alle INSOLAD leden en fellows een survey uitgezet (*response rate* 27%).<sup>31</sup> Aan de deelnemers is een casus voorgelegd en gevraagd zich te verplaatsen in de schoenen van de betreffende curator die belast was met het afwickelen van het faillissement zoals beschreven in de casus. We zullen deze casus eerst uiteenzetten, om vervolgens dieper in te gaan op de specifieke onderzoeksvraag en vragen die aan de deelnemers zijn voorgelegd.

---

29. Daar heeft het op basis van bestaand onderzoek wel alle schijn van. Zie hiervoor Pool 2022, par. 7.3 en 8.4.

30. Zie N. Struchiner, G.D.F. De Almeida & I.R. Hannikainen, Legal decision-making and the abstract/concrete paradox. *Cognition*, 2020, 205, 104421.

31. INSOLAD heeft in totaal 739 geregistreerde leden (incl. fellows), met 200 ingevulde en bruikbare surveys bedroeg de *response rate* afgerond 27%. Onderzoekers zijn zich er van bewust dat niet alle leden en fellows actief zijn (geweest) als curator, desondanks wordt in deze bijdrage gesproken over curatoren, mede omdat in het experimentele deel de rol moest worden aangenomen van curator. Onderzoekers zijn het bestuur en de redactiecommissie van INSOLAD, evenals alle deelnemers zeer erkentelijk voor hun vrijwillige bijdragen aan het onderzoek. De jongste deelnemer was 32, de oudste 72, de gemiddelde leeftijd was 49.8 jaar en de standaard deviatie (de gemiddelde afwijking van het gemiddelde) was 9.9 jaar. 81% was man, 17.5% was vrouw en 1.5% (drie deelnemers) gaf aan deze vraag liever niet te beantwoorden. 78% van de deelnemers gaf aan te werken als curator. Het gemiddeld aantal jaar ervaring als curator was 22.1 met een standaarddeviatie van 22.6.

#### 4.1. *Casus en surveyvragen*

Alle deelnemers aan het onderzoek hebben een casus voorgelegd gekregen betreffende een onderneming in staat van faillissement, waarbij de kernvraag was of de deelnemer, die gevraagd werd zich te verplaatsen in de schoenen van de curator, geneigd zou zijn om in dit specifieke geval aan te sturen op een doorstart of liquidatie. We hebben ervoor gekozen om in de casus te focussen op het belang van werknemers als voorbeeld van een maatschappelijk belang, omdat de belangen van werknemers als een van de eerste maatschappelijke belangen voet aan de grond kreeg in de afwikkeling van faillissementen en ook in recente wetgevingsactiviteiten als belangrijk maatschappelijk belang wordt beschouwd.<sup>32</sup> Bovendien wordt een dergelijke casus vaak als voorbeeld gebruikt om de strijdigheid tussen maatschappelijke belangen en de belangen van de schuldeisers te illustreren.<sup>33</sup>

De casus betrof een familiebedrijf met 50 vaste medewerkers dat in zwaar weer was beland door een combinatie van factoren (e.g., COVID-19, veranderende markt en regelgeving daarvan, onvoorziene gebeurtenissen zoals een brand, et cetera).

Na faillietverklaring wordt door de familie zelf een doorstartplan bij de curator neergelegd, dat door een onafhankelijk bureau is beoordeeld als kansrijk. Er hebben zich geen andere kandidaten voor een doorstart gemeld. Het doorstartplan omvat de belofte om alle werknemers in dienst te houden. De keerzijde van de doorstart is dat de familie door het in dienst nemen van alle werknemers een bod neerlegt waarbij na afwikkeling van het faillissement de faillissementsschuldeisers slechts 25% van hun vorderingen betaald zien. Het alternatief van liquidatie zorgt voor een betaling van 40% van de vorderingen van de faillissementsschuldeisers, waarbij deelnemers ervan uit mochten gaan dat in deze versimpelde situatie bij een doorstart geen besparing van de boedelkosten ontstond.

---

32. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996/472, r.o. 3.5 (Sigmacon II). Zie ook de vele wetgevingsactiviteiten gericht op continuïteit van de onderneming, waarbij het belang van behoud van werkgelegenheid is gediend, zoals de WHOA, de WCO I en de WOVOF.

33. Zie Van Eekelen-Atema 2021, p. 305, Pool *TvI* 2022/20, par. 3.1, R.D. Vriesendorp, 'De taak van de curator', *TvI* 1995/5, p. 117 e.v. en S.H. de Ranitz, 'Crediteurenbelangen versus "andere belangen." De taak van de curator nader bezien. In: S.C.J.J. Kortmann (e.a.), *De curator een octopus*, Deventer: Tjeenk Willink 1996, p. 189-190.

We hebben ervoor gekozen om in de casus het verschil tussen de uitkeringspercentages van de doorstart en de liquidatie groot te maken. De curator staat daarmee voor de volgende keuze: i) meewerken aan een doorstart met als voordeel dat de onderneming blijft voortbestaan, maar met als nadeel dat de faillissementsschuldeisers 25% in plaats van 40% van hun vorderingen betaald zien, of ii) tot liquidatie overgaan met als voordeel dat schuldeisers 40% in plaats van 25% van vorderingen betaald krijgen en als nadeel dat het bedrijf stopt en werknemers hun baan verliezen, leveranciers hun klant, en de familie haar levensonderhoud.

Wat de deelnemers aan het onderzoek niet wisten is dat er twee varianten van deze casus waren, hetgeen in de sociale psychologie gebruikelijk is bij ‘experimenteel onderzoek’. De helft van de deelnemers kreeg een casus te lezen waarin het betreffende (hypothetische) bedrijf werd afgeschilderd als een ‘sympathiek bedrijf’ (recreatiepark “De Groene Wijk”) dat was opgericht door de familie van Wijk die een goede reputatie genoot. De familie streefde ernaar wat terug te doen voor de maatschappij door met het vakantiepark mensen met een wat kleinere beurs de mogelijkheid te bieden toch op vakantie te gaan. In deze variant waren de schuldeisers ogenschijnlijk kapitaalkrchtig (e.g., een schoonmaakbedrijf met een omzet van € 2 miljard). Het doel van deze variant van de casus was om *sympathie* op te wekken voor het bedrijf, de familie en de werknemers.

In de alternatieve versie van de casus werd het betreffende bedrijf juist afgeschilderd als een ‘onsympathiek bedrijf’ (lijmfabrikant “VLACO”) dat was opgericht door de notoire familie Vlasbom waarvan met name de jongste telgen zich graag lieten gelden in de plaatselijke horeca en op ‘feesteiland Ibiza’. In deze variant waren de schuldeisers kwetsbaar en deze hadden dan ook flink geleden door het faillissement van VLACO. Deze variant diende juist om een *antipathie* voor het bedrijf en de familie op te wekken.

Het aantal medewerkers dat hun baan zou verliezen, de opgelopen schuld, beschikbare kandidaten voor een doorstart, de *haircut* voor de schuldeisers, et cetera, waren in beide varianten identiek.

Aan het einde van de casus werd de deelnemers gevraagd om op een 7-punts schaal (middels een schuifknop) aan te geven in hoeverre zij neigden naar een doorstart dan wel liquidatie (1: Zeer zeker doorstart – 7: Zeer zeker liquidatie). Ook werd respondenten gevraagd hun antwoord toe te lichten door inzicht te geven in hun belangenafweging en uit te leggen hoe ze tot een keuze zijn gekomen.

#### 4.2. Doel van het onderzoek

Doel van het onderzoek was allereerst om inzicht te krijgen in de *mate* van ruis in oordelen van curatoren, door te onderzoeken in hoeverre deelnemers tot overwegend gelijke oordelen komen. Een onderliggend doel, en daarmee de reden om twee varianten van een anderszins identieke casus te gebruiken, was om te bekijken of er een relatie bestaat tussen de perceptie van een onderneming en de mate waarin een maatschappelijk belang als het behoud van werkgelegenheid wordt meegewogen. Met andere woorden, mede gezien eerder onderzoek naar het handelen van curatoren, verwachtten wij dat curatoren eerder geneigd zijn om mee te werken aan een doorstart om zodoende werkgelegenheid te behouden als zij, bewust of onbewust, een positief beeld hebben van het bedrijf, dan wanneer zij juist een negatief oordeel over het betreffende bedrijf hebben. Naast het gebruiken van twee verschillende varianten van de casus hebben we om die reden ook gemeten welke indruk de respondenten hadden van de onderneming, middels een 7-punts schaal (1: Helemaal niet sympathiek – 7: Zeer sympathiek).

Een tweede doel van het onderzoek was om inzicht te krijgen in *bronnen* van mogelijke ruis in oordelen van curatoren. Ook om die reden hebben we de deelnemers via een open vraag gevraagd inzicht te geven in hun belangenafweging.

Naast de vraag of er een relatie is tussen het oordeel over een onderneming (positief of negatief) en het laten prevaleren van maatschappelijke belangen is in dit onderzoek nog een aantal andere factoren onderzocht die mogelijk invloed kunnen hebben op de belangenafweging van curatoren. Deze factoren trachten te onderzoeken of ook in deze context een mogelijke invloed uitgaat van meer arbitraire factoren. Zo is in de survey tevens gevraagd naar de leeftijd van de deelnemers, evenals hun nachtrust, en zijn enkele vragen gesteld die tezamen de mate van ‘intellectuele nederigheid’ meten.<sup>34</sup> In eerder onderzoek bleek een verband te bestaan tussen de hoeveelheid slaap die rechters hebben gehad en de strafmaat die zij oplegden. Bij slaapgebrek zouden zij zwaarder straffen.<sup>35</sup> Ook is in de psychologie in toenemende mate aandacht voor het fenomeen van *intellectual humility* en is dit gekoppeld aan uitkomsten

---

34. De (volledige) vragenlijst ten aanzien van slaap en intellectuele nederigheid is als meetinstrument ontwikkeld door M. Haggard, W.C. Rowatt, J.C. Leman, B. Meagher, C. Moore, T. Fergus & D. Howard-Snyder, Finding middle ground between intellectual arrogance and intellectual servility: Development and assessment of the limitations-owning intellectual humility scale. *Personality and Individual Differences*, 2018, 124, p. 184-193.

35. Zie K. Cho, C.M. Barnes & C.L. Guanara, Sleepy punishers are harsh punishers: Daylight saving time and legal sentences. *Psychological science*, 2016.



zoals verminderde politieke ‘*myside bias*’<sup>36</sup>, een hogere mate van prosociaal gedrag, minder dogmatisme, et cetera.<sup>37</sup> Zonder concrete verwachtingen te hebben ten aanzien van hoe eerder onderzoek naar slaap(gebrek) en intellectuele nederigheid zich zou vertalen naar de belangenafwegingen van curatoren leek het ons desondanks interessant om dergelijke variabelen mee te nemen voor exploratieve doeleinden. Vraag was bijvoorbeeld of een mate van slaapgebrek curatoren mogelijk strenger maakt, of juist ‘*softer*’, ten aanzien van de maatschappelijke afweging. Hetzelfde geldt voor intellectuele bescheidenheid; zou een intellectueel bescheiden curator mogelijk meer geneigd zijn om een maatschappelijk belang mee te wegen, of vice versa?

### 4.3 Resultaten

#### 4.3.1. Mate van ruis in de belangenafweging van curatoren

In onderstaande figuur 1 zijn de resultaten weergegeven van de keuze van de deelnemers voor een doorstart of een liquidatie. Opvallend is dat (bij beide casussen) geen eenduidig antwoord wordt gegeven, maar er gemiddeld genomen wel een lichte neiging is naar liquidatie. Het middelpunt van de 7-punts schaal die liep van zeer zeker doorstart tot zeer zeker liquidatie betrof optie ‘4’ en vertegenwoordigde hiermee de keuze voor ‘neutraal’. Scores boven dit middelpunt duiden op een neiging naar liquidatie en scores beneden dit middelpunt op een neiging naar een doorstart.

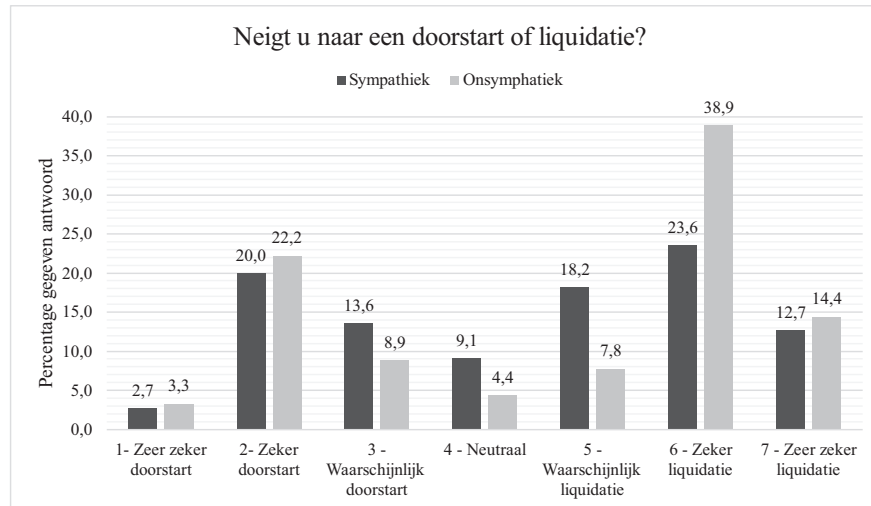
De resultaten van de survey laten zien dat deelnemers van zowel de sympathieke als de onsympathieke casus de voorkeur geven aan een liquidatie. 54.5% van de deelnemers die de sympathieke casus te zien kregen scores boven de 4 (en neigen dus naar liquidatie) en voor de deelnemers die de onsympathieke casus te zien kregen is dit percentage 61.1%, hetgeen betekent dat de deelnemers aan de onsympathieke casus iets meer neigen naar liquidatie dan de deelnemers aan de sympathieke casus. Het verschil in de gemiddelde score voor beide varianten was echter niet significant.<sup>38</sup>

---

36. Zie S.M. Bowes, T.H. Costello, C. Lee, S. McElroy-Heltzel, D.E. Davis & S.O. Lilienfeld, Stepping outside the echo chamber: Is intellectual humility associated with less political *myside bias*?, *Personality and Social Psychology Bulletin*, 2022, 48(1), p. 150-164.

37. Voor een goed overzichtsartikel over de voorspellers en consequenties van intellectuele nederigheid, zie T. Porter, A. Elnakouri, E.A. Meyers, T. Shibayama, E. Jayawickreme & I. Grossmann, Predictors and consequences of intellectual humility, *Nature Reviews Psychology*, 2022, 1(9), p. 524-536.

38. De gemiddelde score in de sympathieke variant betrof 4.42 en in de onsympathieke variant 4.66. Dit verschil was statistisch niet significant,  $t = -.88$ ,  $p = .17$ .

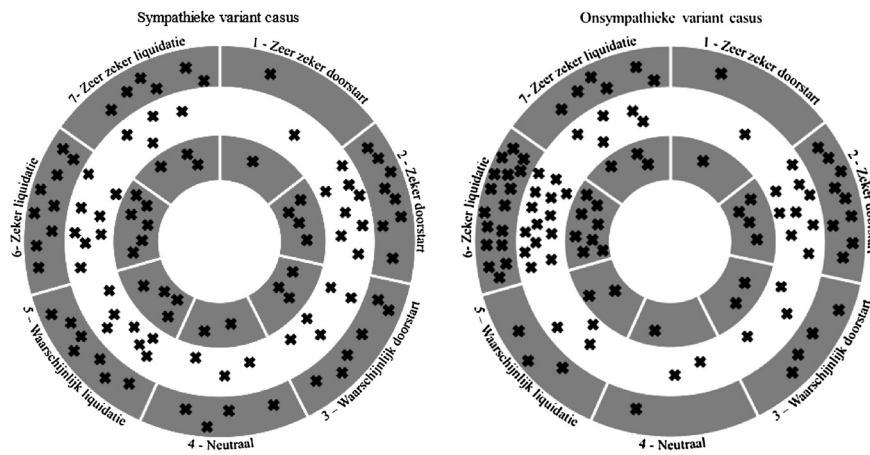


*Figuur 2.* Respondenten scoorden hun belangafweging op een 7-puntsschaal, van zeer zeker een doorstart (1) tot zeer zeker liquidatie (7). In deze figuur is voor alle zeven antwoordmogelijkheden het percentage respondenten aangegeven dat de respectievelijke optie heeft gekozen, opgesplitst naar de variant van de casus (sympathiek bedrijf en onsympathiek bedrijf).

De belangrijkste observatie uit Figuur 1 is de mate van *spreiding* in de antwoorden, ongeacht de variant van de casus, waardoor we *geconstateerde ruis* duidelijk gevisualiseerd zien. Alle respondenten in beide varianten van de casus hadden dezelfde informatie tot hun beschikking, maar komen toch tot wezenlijk andere beoordelingen, variërend van ‘zeer zeker doorstart’ tot ‘zeer zeker liquidatie’.

Ter illustratie, in Figuur 3 zijn de resultaten van ons onderzoek naar analogie met het onderzoek van Kahneman c.s. tevens als conceptuele visualisatie in de vorm van “dartborden” weergegeven. Dit geeft nog duidelijker de gevonden ruis weer, in beide casusvarianten. Interessant is daarbij te zien dat de ‘onsympathieke’ variant van de casus een duidelijke polariserende werking heeft.

## De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief



Figuur 3. Ruis dartborden 'sympathieke' en 'onsympathieke' casusvariant.

### 4.3.2. Bronnen van ruis in de belangenafweging van curatoren

Om inzicht te krijgen in mogelijke bronnen van ruis in de afweging van curatoren om rekening te houden met maatschappelijke belangen, hebben we de deelnemers als gezegd via een open vraag gevraagd toelichting te geven op hun belangenafweging. Het leeuwendeel van de deelnemers (92%) heeft gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

De antwoorden op de open vraag zijn in de analyse gecategoriseerd door elk antwoord het label "boedelbelang prevaleert" of het label "maatschappelijk belang prevaleert" te geven. Vervolgens hebben we in de antwoorden gezocht naar redenen waarom volgens de deelnemers het boedelbelang ofwel het maatschappelijk belang prevaleert.

#### *Boedelbelang prevaleert*

De resultaten van deze analyse laten zien dat het grootste deel van de respondenten van mening is dat het boedelbelang dient te prevaleren. Het belangrijkste argument daarvoor is volgens de deelnemers dat de curator zijn taak uitoefent in het belang van de (gezamenlijke) schuldeisers. Eén respondent verwoordde het kort en bondig:

Prof. dr. J.A.A. Adriaanse, dr. N. Strohmaier, mr. dr. J.M.W. Pool, dr. M.J.R. Broekema

*“De curator is er voor de crediteuren. Punt uit.”*<sup>39</sup>

Hoewel de curator rekening *mag* houden met maatschappelijke belangen, is niet iedere deelnemer van mening dat dat ook een verplichting is.

*“Als curator dien ik primair de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Ik kan – op grond van Sigmacon II en enkele andere arresten – als curator mede rekening houden met maatschappelijke belangen, maar daar waar dit er toe zouden leiden dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daaronder lijden, is er m.i. geen plaats voor een belangenafweging.”*

Bovenstaande quote laat zien dat sommige curatoren alleen rekening houden met maatschappelijke belangen wanneer dat (ook) in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Sommige (andere) curatoren zijn echter van mening dat maatschappelijke belangen in sommige situaties wel kunnen prevaleren boven de belangen van de (gezamenlijke) schuldeisers. Onderstaande quote is ook interessant in dit kader:

*“De crediteuren ontvangen bij liquidatie een zodanig hoger percentage dat dit de doorslag geeft. Ook in het licht van de jurisprudentie mag je als curator maatschappelijke belangen meewegen maar in deze situatie kunnen mijns inziens de belangen van maatschappelijke aard niet opwegen tegen het verschil in percentage aan de crediteuren.”*

Deze curatoren menen dat het behartigen van het maatschappelijk belang niet significant ten koste mag gaan van de belangen van de (gezamenlijke) schuldeisers. Interessant is de vraag wanneer het behartigen van het maatschappelijk belang *significant* ten koste gaat van de belangen van de schuldeisers, en waar dus voor curatoren de grens ligt. In deze casus was het verschil tussen beide scenario's 15%. Veel deelnemers die ervoor kozen het boedelbelang te laten prevaleren vonden dat verschil te groot.

*“De belangen van de gezamenlijke schuldeisers staan voorop. Zij zijn het beste af bij een liquidatie-scenario. Het verschil, 15%, is te groot om te compenseren met het oog op maatschappelijke belangen.”*

De deelnemers die kozen om het boedelbelang te laten prevaleren gaven ook vaak als reden dat de arbeidsmarkt gunstig was.

---

39. Onderzoekers hebben quotes van deelnemers ten behoeve van leesbaarheid soms licht gecorrigeerd voor spel- en stijlfouten.

De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief

*“Het belang van werknemers is weliswaar een belang, maar minder belangrijk dan het belang van de crediteuren, zeker wanneer het verschil voor de crediteuren – zoals hier – aanzienlijk is. Ik vind hierbij ook meespelen dat de arbeidsmarkt op dit moment goed is, zodat niet te verwachten is dat (het gros van) het personeel daadwerkelijk (langer) werkloos zal zijn.”*

#### *Maatschappelijk belang prevaleert*

Een kleiner deel van de deelnemers was van mening dat het maatschappelijk belang in de casus prevaleerde. Het belangrijkste argument hiervoor was het belang van de continuïteit van de onderneming en daarmee het behoud van werkgelegenheid. Ook de gedachte dat leveranciers in de toekomst weer zaken kunnen doen met de onderneming werd veelvuldig genoemd.

*“De curator mag naast financiële overwegingen ook maatschappelijke belangen meewegen. Het belang van de werkgelegenheid speelt hier zeker een rol nu het blijkens de casus gaat om veelal oudere werknemers. Voor de crediteuren hoeft een lager percentage overigens niet persé negatief te zijn omdat bij een doorstart ook in de toekomst weer geld kan worden verdiend.”*

*“Het onnut van liquidatie. Er is in liquidatie niets te ‘halen’ voor de curator d.m.v. persoonlijke aansprakelijkheden of andere onderzoeken naar onregelmatigheden. Crediteuren die nu met slechts 25% genoeg moeten nemen, kunnen bij doorstart vanuit faillissement opnieuw zaken doen. In dit licht mogen de betrokken maatschappelijke belangen (continuering en werkgelegenheid) m.i. voor de curator de doorslag geven.”*

Bovenstaande quote laat tevens zien dat het voor deelnemers belangrijk was dat er geen aanwijzingen waren voor eventuele onregelmatigheden, omdat dat een belemmering zou vormen voor een doorstart.

Opvallend is dat de deelnemers die het maatschappelijk belang lieten prevaleren ook van mening waren dat het verschil in uitkering aan de faillissementsschuldeisers gering was.

*“Het verschil in uitkering voor de crediteuren is niet spectaculair. De curator moet met meer belangen rekening houden dan dat van de crediteuren. Onder deze belangen is het belang van de werkgelegenheid een zwaarwegend maatschappelijk belang, dat in dit geval zwaarder dient te wegen.”*

Interessant genoeg lijkt de mogelijke invloed van de gepercipieerde indruk van het bedrijf vooral onbewust te verlopen. Slechts een handjevol deelnemers

Prof. dr. J.A.A. Adriaanse, dr. N. Strohmaier, mr. dr. J.M.W. Pool, dr. M.J.R. Broekema

benoemde de indruk die zij hadden van de onderneming in hun belangenafweging en daarvan gaf één aan dat dit geen invloed zou mogen hebben.

*“[...] Uiteraard is dit een sympathieke onderneming maar een curator moet geen (persoonlijke) politiek gaan voeren. Daarmee maakt zij of hij het faillissement persoonlijk en dat leidt vaak tot ongenoegen bij diverse stakeholders over curatoren in het algemeen. Een faillissementsproces moet zo voorspelbaar en transparant mogelijk zijn.”*

*“[...] Ondanks dat je als mens de neiging hebt om hier te kiezen voor een doorstart meen ik dat je als curator toch de belangen van de schuldeisers in deze situatie voor moet laten gaan.”*

Als een tussentijdse conclusie kan gesteld worden dat er een aanzienlijke mate van ruis zit in de belangenafwegingen van de deelnemers en dat dit (mede) veroorzaakt wordt door uiteenlopende opvattingen ten aanzien van de gepresenteerde feiten in de casus. Zoals eerder genoemd zijn in dit onderzoek ook meer arbitraire factoren gemeten die idealiter geen invloed hebben op het oordeel van curatoren, zoals de perceptie van de onderneming, leeftijd van de curator, nachtrust en intellectuele nederigheid. We behandelen hierna de resultanten ten aanzien van deze factoren.

#### 4.3.3. *De rol van de gepercipieerde indruk van de onderneming en andere factoren bij de belangenafweging van curatoren*

Bij aanvang van het onderzoek waren we als gezegd ook geïnteresseerd in de vraag in hoeverre de indruk die curatoren hebben van een bedrijf meespeelt in hun belangenafweging. Om die reden hebben we de deelnemers gevraagd in hoeverre zij het bedrijf zoals geschetst in de casus sympathiek vonden, hebben we gemeten hoe de (recente) nachtrust van de respondenten is geweest, hun leeftijd, alsook de mate van ‘intellectuele nederigheid’. In onderstaande tabel zijn de correlaties te zien waaruit kan worden opgemaakt in hoeverre deze factoren samenhangen met de voorkeur voor een doorstart of liquidatie.

Tabel 1. Correlatietabel met de gemeten factoren voor de gehele groep participanten (dus niet opgesplitst naar variant van de casus). Significante correlaties zijn aangegeven met \* ( $p < .05$ ).

|                            | Doorstart vs. Liquidatie | Sympathie voor het bedrijf | Leeftijd | Slaap kwaliteit | Slaap kwantiteit | Intellectuele nederigheid |
|----------------------------|--------------------------|----------------------------|----------|-----------------|------------------|---------------------------|
| Doorstart vs. Liquidatie   | -                        | -.11                       | -.17*    | .04             | .11              | .04                       |
| Sympathie voor het bedrijf |                          | -                          | -.11     | -.03            | -.04             | .03                       |
| Leeftijd                   |                          |                            | -        | .18*            | -.02             | -.05                      |
| Slaap kwaliteit            |                          |                            |          | -               | .28*             | .03                       |
| Slaap kwantiteit           |                          |                            |          |                 | -                | .07                       |
| Intellectuele nederigheid  |                          |                            |          |                 |                  | -                         |

In bovenstaande tabel is te zien dat de leeftijd van de respondent significant samenhangt met de uiteindelijke belangenafweging. Dit betekent concreet dat naarmate de respondent een hogere leeftijd had, deze persoon eerder geneigd was om voor een doorstart te gaan. Verder zien we, voor wat het waard is, dat leeftijd positief samenhangt met slaapkwaliteit. Met andere woorden, naarmate men ouder wordt heeft men, in ieder geval gevoelsmatig, een betere nachtrust. Wellicht dat dit een geruststellende boodschap kan zijn voor de ietwat vermoeide jongere curatoren.<sup>40</sup> Behalve een te verwachte samenhang tussen de hoeveelheid slaap en gepercipieerde slaapkwaliteit zien we verder geen significante correlaties. Splitsen we de correlatietabel echter op naar de variant van de casus die de respondenten te zien heeft gekregen, dan zien we wel nog enkele opvallende zaken.

40. Overigens kan het ook zo zijn dat er in de loop der jaren een verandering plaatsvindt in wat men percipieert als een goede nachtrust en men al wat eerder tevreden is. Qua hoeveelheid slaap zien we dat de kortste slaper slechts drie uur en twintig minuten geslapen heeft, en de langste slaper negen en een half uur. De gemiddelde hoeveelheid nachtrust was 7 uur en 26 minuten, met een standaarddeviatie van 55 minuten.

Tabel 2. Correlatietabel met de gemeten factoren opgesplitst naar variant van de casus (S = sympathiek, O = onsympathiek). Significante correlaties zijn aangegeven met \* ( $p < .05$ ).

|                            | Doorstart vs. Liquidatie |   | Sympathie voor het bedrijf |       | Leeftijd |      | Slaap kwaliteit |      | Slaap kwantiteit |      | Intellectuele nederigheid |      |
|----------------------------|--------------------------|---|----------------------------|-------|----------|------|-----------------|------|------------------|------|---------------------------|------|
|                            | S                        | O | S                          | O     | S        | O    | S               | O    | S                | O    | S                         | O    |
|                            | Doorstart vs. Liquidatie | - | -                          | -.19* | .05      | -.13 | -.22*           | .02  | .07              | .05  | .16                       | -.02 |
| Sympathie voor het bedrijf |                          |   | -                          | -     | -.16     | -.09 | -.07            | -.08 | .08              | .01  | -.05                      | .01  |
| Leeftijd                   |                          |   |                            |       | -        | -    | .21*            | .15  | -.00             | -.05 | -.02                      | -.07 |
| Slaap kwaliteit            |                          |   |                            |       |          |      | -               | -    | .40*             | .16  | .01                       | .03  |
| Slaap kwantiteit           |                          |   |                            |       |          |      |                 |      | -                | -    | -.03                      | .20  |
| Intellectuele nederigheid  |                          |   |                            |       |          |      |                 |      |                  |      | -                         | -    |

Wat in bovenstaande correlatietabel opvalt is dat er voor de sympathieke variant van de casus een significante correlatie bestaat tussen de perceptie van het bedrijf (sympathiek of niet) en de belangenafweging. Met andere woorden, hoe sympathieker men het bedrijf vindt, hoe eerder men geneigd is te werken aan een doorstart. Er lijkt hier dus een verband te zijn tussen het morele oordeel over het bedrijf en de mate waarin maatschappelijke belangen prevaleren. Daarnaast zien we dat de samenhang tussen leeftijd en de belangenafweging alleen significant is voor de onsympathieke variant van de casus. Slaap en intellectuele nederigheid bleken in dit onderzoek niet samen te hangen met de belangenafweging. Dit laatste is interessant in het licht van eerdere onderzoeken, zoals voornoemd, waarin bijvoorbeeld rechters juist wél vatbaar bleken voor de invloed van slaapgebrek op hun oordelen in een gegeven context.

#### 4.3.4. Concluderend

Concluderend kunnen we stellen dat in het huidige onderzoek een grote mate van ruis zit in de belangenafwegingen van de deelnemers, en dat dit (mede) wordt veroorzaakt door uiteenlopende opvattingen over de vraag in hoeverre rekening gehouden moet worden met maatschappelijke belangen. Bovendien blijkt dat subjectieve oordelen over (de indruk van) het bedrijf invloed hebben



op de keuze voor het boedelbelang of het maatschappelijk belang, terwijl de deelnemers niet expliciet aangaven dat mee te nemen in hun belangenafweging.

Opvallend is verder dat deelnemers de keuze voor het boedelbelang of het maatschappelijk belang baseren op uiteenlopende argumenten. Het meest in het oog springende voorbeeld daarvan is de kwalificatie van het verschil in uitkering aan de faillissementsschuldeisers. Deelnemers die het maatschappelijk belang lieten prevaleren vonden het verschil van 15% klein, terwijl deelnemers die het boedelbelang lieten prevaleren het verschil in uitkering van 15% juist groot vonden.

## 5. Implicaties, aanbevelingen en beperkingen

### 5.1. *Implicaties van het onderzoek*

Het vertrekpunt van dit onderzoek was de open norm op basis waarvan curatoren bij de afwikkeling van faillissementen ‘rekening mogen houden met maatschappelijke belangen.’ De gedachte achter deze open norm is dat het voor de hand ligt dat een curator, gezien het casuïstische karakter van faillissementen, de aangewezen persoon is om te bepalen hoe in een specifiek faillissement rekening gehouden moet worden met maatschappelijke belangen.<sup>41</sup> Daarachter schuilt weer de aanname dat curatoren, als professionele beroepsgroep, tot ongeveer gelijke oordelen kunnen komen. Als dat immers niet zo zou zijn dan ontstaat (bij voorbaat) rechtsonzekerheid en/of rechtsongelijkheid voor zowel crediteuren als andere stakeholders in faillissementen.<sup>42</sup>

Dit onderzoek heeft laten zien dat curatoren niet (altijd) in staat zijn om gelijksoortige belangenafwegingen te maken als gevolg van ruis. Ruis maakt het faillissementsproces in die zin minder voorspelbaar en ook minder transparant. Dit laatste omdat factoren die de grote mate van subjectiviteit en variëteit veroorzaken veelal onbewust plaatsvinden en derhalve moeilijk te identificeren zijn. De factoren die in dit onderzoek zijn meegenomen zijn overigens slechts een kleine greep uit de vele factoren die mogelijk een rol kunnen spelen.

Nu op basis van dit onderzoek de (negatieve) invloed van ruis is aangetoond met betrekking tot de belangenafweging van curatoren dient, althans zo concluderen wij, de vraag te worden gesteld of de praktijk überhaupt gebaat is bij de open norm ‘rekening houden met maatschappelijke belangen.’<sup>43</sup> Het risico bestaat immers dat deze open invulling van de norm leidt tot willekeur, hetgeen

---

41. Zie bijvoorbeeld Van Eekelen-Atema 2022, par. 3.5.

42. Pool *TvI* 2022/20.

43. Zie ook Pool *TvI* 2022/20.

als gezegd rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid in de hand werkt. In die zin kan het vasthouden aan of juist zelfs versterken van het primaat van de schuldeisers voor vermindering van ruis zorgen. Wij denken echter dat die route niet realistisch is (en wellicht ook niet wenselijk) mede omdat de roep om binnen het recht rekening te houden met maatschappelijke belangen steeds luider wordt, ook in het licht van ontwikkelingen op het gebied van ‘milieu, maatschappij en governance’ (ook wel ESG genoemd).<sup>44</sup> Een alternatieve route is om nader te specificeren met welke maatschappelijke belangen onder welke omstandigheden rekening moet worden gehouden, zodat het antwoord op die vragen minder afhankelijk wordt van de curator die toevallig het faillissement afwikkelt.<sup>45</sup>

Ook voor andere taken van curatoren is het de vraag in hoeverre open normen wenselijk zijn. Zo worden curatoren bijvoorbeeld wettelijk verplicht om onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt.<sup>46</sup> Hoe curatoren onderzoek doen naar eventuele onregelmatigheden en wanneer zij optreden tegen die onregelmatigheden is niet vastgelegd. Ook bij de invulling van deze norm is het derhalve aannemelijk dat ruis optreedt.<sup>47</sup> De beslissing om wel of niet onderzoek te doen naar eventuele onregelmatigheden (of de wijze waarop dat gebeurt) zal immers, naar analogie, in zekere mate worden beïnvloed door *irrelevante* factoren als (in elk geval) de algehele perceptie die curatoren hebben van ondernemingen (sympathiek/onsympathiek) en leeftijd van curatoren. Dit betekent dat het simpelweg afhankelijk is van de curator die het faillissement afwikkelt, of en hoe onderzoek wordt gedaan naar eventuele onregelmatigheden, hetgeen ook rechtsongelijkheid in de hand werkt.<sup>48</sup> Ook voor deze norm zou verdere invulling ruis kunnen verminderen.<sup>49</sup>

## 5.2. Aanbevelingen

Op basis van dit onderzoek concluderen wij dat de open norm ‘rekening houden met maatschappelijke belangen’ voor onwenselijke ruis, gebrek aan transparantie, onvoorspelbaarheid en rechtsongelijkheid zorgt. Indien toch vast wordt gehouden aan deze open norm, dan zou nagedacht moeten worden over een

---

44. Zie bijvoorbeeld J.W. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoorde deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86, p. 471 e.v.; L. Timmerman, ‘Uitdagingen voor het ondernemingsrecht; op weg naar een echt ondernemingsrecht?’, *MvO* 2020, afl. 5/6, p. 133-141. ESG staat voor Environmental, Social and Governance.

45. Zie ook Pool *TvI* 2022/20.

46. Art. 68 Fw.

47. Zie voor aanwijzingen voor die aanname Pool 2022.

48. Pool 2022, par. 7.3.

49. Pool 2022, par. 8.4.

De maatschappelijke taak van de curator in sociaalpsychologisch perspectief

(door alle curatoren te gebruiken) toets-criterium/checklist op het moment dat in de praktijk mogelijk (deels) wordt afgeweken van het schuldeisersbelang als primaire taak van de curator. Gebaseerd op de inzichten van Kahneman c.s. zou deze methodiek – puur gericht op het *verbeteren van besluitvorming* – in elk geval de volgende vragen/thema's moeten bevatten, zoals weergegeven in onderstaande tabel (niet-limitatief).<sup>50</sup>

| <b>Checklist afweging schuldeisersbelangen versus maatschappelijk belangen</b> |  |
|--|--|
| <i>Aanpak van beslissing</i>   |  |
| Substitutie  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Is het besluit van de curator gebaseerd op een objectieerbare norm? Zo ja, hoe is deze onderbouwd?</li> <li>- Is er mogelijk een belangrijke factor over het hoofd gezien bij de belangenafweging? Zo nee, waarom niet?</li> </ul>  |
| Blik van buiten  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Zijn gezichtspunten meegenomen die door andere personen dan de curator zijn of kunnen worden ingebracht? Zo ja, waarin wijken deze af?</li> </ul>   |
| Diversiteit van gezichtspunten   | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Is door de curator vanuit verschillende, tegenovergestelde gezichtspunten naar de situatie gekeken? Zo ja, wat is het meest overtuigende argument vóór en tégen de te nemen beslissing?</li> <li>- Zijn kantoorgenoten van de curator – en/of de rechter-commissaris – meegenomen in de gedachtevorming en is actief aan hen gevraagd tegenovergestelde gezichtspunten in te brengen? Zo nee, waarom niet?</li> </ul> |
| <i>Vooronderstellingen en voorbarige conclusies</i>                            |  |
| Vooronderstellingen  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Is er enige reden om te veronderstellen dat sprake is van een vooronderstelling bij de curator, dan wel een mate van gescaleerd commitment (“niet meer terug kunnen of durven komen op eerdere uitspraken of toezeggingen”)? Zo ja, welke redenen zijn er om hier geen rekening mee te houden?</li> </ul>   |
| Voorbarige conclusies  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Is mogelijk sprake van enige vorm van voorbarigheid in de aanloop naar de beslissing? Zo ja, waar komt dit vandaan en verstoort dit mogelijk het besluitvormingsproces?</li> <li>- Zijn alle voors en tegens van diverse alternatieven op een rij gezet, en met anderen besproken?</li> </ul>   |

50. Zie voor de bron van inspiratie Kahneman, Sibony & Sunstein 2021, p. 387 e.v.

| <i>Informatieverwerking en besluitvorming</i> |   |
|---|---|
| Ankers  | - Zijn er cijfers genoemd en/of is kwalitatieve data (inclusief verhalen en anekdotes) ingebracht rondom het besluitvormingsproces die mogelijk het finale oordeel beïnvloeden? |
| Betrouwbaarheid prognoses                     | - Is sprake van betrouwbare prognoses – indien van toepassing in een gegeven situatie – op basis waarvan besloten moet worden? Zo ja, waar is het vertrouwen op gebaseerd?      |
| Verliesaversie                                | - Is degene die moet beslissen risicomijdend en bang om een verlies te nemen, dan wel achteraf te worden aangesproken? Zo ja, in hoeverre beïnvloedt dit de eindbeslissing?     |

Antwoorden op bovenstaande (niet-limitatieve) vragen kunnen in de praktijk helpen om ruis te mitigeren c.q. de belangenafweging meer diepgang te geven opdat de kans op willekeur en rechtsongelijkheid afneemt.

### 5.3. *Beperkingen*

Een onderzoek zoals uitgevoerd voor deze bijdrage kent beperkingen. Zo gebruikten we een fictieve casus met relatief beperkte informatie, wat het realisme van de casus niet ten goede komt. Dat gezegd hebbende, deze beperking trekt de bevindingen niet per definitie in twijfel. Integendeel, een meer uitgebreide casus met meer informatie en realisme zou ook meer bronnen voor ruis kunnen bevatten. Er zijn dan immers meer ‘informatiepunten’ die het oordeel en de belangafweging kunnen beïnvloeden. Aangezien deze oordelen en afwegingen voor iedereen weer net wat anders zijn, kan gezegd worden dat de mate van ruis niet per definitie zou afnemen naarmate de casus aan realisme zou toenemen. Het is aannemelijker dat de mate van ruis slechts zou toenemen naarmate meer informatie beschikbaar is. De resultaten uit dit onderzoek zijn derhalve eerder een *onderschatting* dan een overschatting van het probleem.

Bovendien hebben we goede aanwijzingen dat de deelnemers op basis van de casus een onderbouwde beslissing konden nemen. Dat heeft er allereerst mee te maken dat we de casus hebben gebaseerd op de belevingswereld van curatoren en daarbij hebben aangesloten bij veelgenoemde voorbeelden van maatschappelijke belangen in faillissementen. En we hebben gekozen voor een maatschappelijk belang dat volgens eerder onderzoek voor veel curatoren belangrijk blijkt. Daar komt in de derde plaats bij dat de resultaten van dit onderzoek laten

zien dat slechts een gering aantal respondenten voor de middelste, neutrale optie heeft gekozen. Het lijkt er dus op dat de respondenten voldoende informatie uit de casus konden halen om stelling in te nemen.

## **6. Samenvatting bevindingen en enkele afsluitende overwegingen**

Samenvattend, in dit onderzoek is getracht te onderzoeken in hoeverre sprake is van ruis in de belangafweging van curatoren, in hoeverre deze ruis verband houdt met morele oordelen ten aanzien van het betreffende bedrijf, en welke andere mogelijke bronnen er zijn die ruis veroorzaken. Gesteld kan worden dat er een sterke mate van ruis aanwezig is in de belangenafwegingen van curatoren. Deze ruis komt enerzijds voort uit uiteenlopende opvattingen ten aanzien van de invulling van de open norm ‘rekening houden met maatschappelijke belangen.’ Daarnaast lijken in lijn met eerder onderzoek meer arbitraire situationele factoren een invloed te hebben, zoals morele oordelen over het bedrijf en de leeftijd van de curator. Belangrijk hierbij op te merken is dat de onderzochte factoren slechts een kleine greep zijn uit de vele factoren die mogelijk kunnen zorgen voor een onverantwoorde mate van ruis. Wij hebben, anders gezegd, niet getracht een limitatieve lijst van de belangrijkste bronnen van ruis te identificeren. Dit onderzoek dient dan ook primair als demonstratie van het fenomeen ruis in de insolventiepraktijk en de mogelijke oorzaken ervan. Om ruis te verminderen hebben we evenwel enkele aanbevelingen gedaan in de vorm van een checklist om de open norm nader in te vullen.

De onderzoekers hopen met deze sociaalpsychologische bijdrage een nuttige aanvulling c.q. aanscherping te hebben aangebracht in het debat rondom de invulling van de taak van de curator in het licht van maatschappelijke belangen.



## Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?

MR. DR. A. VAN HEES, MR. M. VAN EEKELEN-ATEMA<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

De vraag die de redactie van deze bundel heeft voorgelegd bij haar verzoek om daaraan een bijdrage te leveren, is wat de taak van de curator zou moeten zijn. Deze vraag is geïnspireerd door het Consultatiedocument betreffende het Insolventierecht<sup>2</sup> en de reacties die daarop zijn gekomen, waaronder die van INSOLAD. INSOLAD gaat daarbij uit van het volgende:<sup>3</sup>

*“Naar geldend recht behartigt de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij hij ook op andere, met name maatschappelijke, belangen (zoals behoud van werkgelegenheid) acht mag – of bij het bestrijden van onregelmatigheden moet – slaan. Dit betreft een open norm waarvan de invulling in de praktijk ingewikkeld kan zijn. Een faillissement is per definitie een botsing van verschillende belangen en het is dan ook zaak dat duidelijkheid bestaat over de vraag wie voor welke belangen opkomt en welke rol de curator in dat spanningsveld bekleedt. De praktijk zou gebaat zijn bij concretere invulling van de hierboven genoemde open norm.”*

De taak die de curator heeft volgt rechtstreeks uit de wet. Zoals hierna zal worden toegelicht bestaat zijn hoofdtaak uit het liquideren en vereffenen van de failliete boedel. Daarnaast heeft hij een fraudesignalerende taak. Heel veel onduidelijkheid bestaat daarover niet en meer taken heeft de curator niet.

Iets anders is dat de curator bij de uitoefening van zijn taken behalve met de belangen van de schuldeisers ook vaak te maken heeft met een veelheid van andere belangen die vaak met de belangen van die schuldeisers conflicteren. Denk daar-

- 
1. Mr. dr. A. van Hees was tot 1 september 2022 advocaat en partner bij Stibbe. Mr. M. van Eekelen-Atema is advocaat bij Stibbe.
  2. Te vinden via <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie/document/7441>.
  3. Het citaat is onderdeel van de reactie van INSOLAD op het Consultatiedocument Insolventierecht. De consultatiereactie van INSOLAD is te vinden op: [https://static.basenet.nl/cms/105928/Publicaties/Consultatiebrief\\_INSOLAD\\_-\\_consultatiedocument\\_Insolventierecht\\_-\\_28\\_februari\\_2022.pdf](https://static.basenet.nl/cms/105928/Publicaties/Consultatiebrief_INSOLAD_-_consultatiedocument_Insolventierecht_-_28_februari_2022.pdf).

bij bijvoorbeeld aan de belangen van werknemers, leveranciers en afnemers. Ook algemene belangen kunnen in het geding zijn, zoals die van het milieu bij dreigende vervuiling of die van de veiligheid bij gevaar voor ongelukken. De vraag rijst dan of, en zo ja in hoeverre, de curator bij zijn taakuitoefening met die belangen rekening mag of moet houden en hoe die belangen zich tot elkaar verhouden.

De curator zag zichzelf veelal als behartiger van de belangen van de schuldeisers. Bij een belangenconflict was zijn primaire reactie dan ook vaak dat het belang van de schuldeisers in het faillissement diende te prevaleren. Hij werd daarbij gesteund door rechtspraak<sup>4</sup> en de praktijkregels van zijn eigen beroepsvereniging.<sup>5</sup> Alleen voor zover het belang van de schuldeisers daardoor niet zou worden geschaad zou hij ook met andere belangen rekening kunnen houden.

Na het arrest Saint Maclou uit 1996 van de Hoge Raad<sup>6</sup> werd deze benadering wat genuanceerd en konden (zwaarwegende) belangen van maatschappelijke aard wel voorrang krijgen maar alleen boven die van een *individuele schuldeiser*. De belangen van de *gemeenschappelijke schuldeisers* bleven echter nog steeds prevaleren boven alle andere belangen. De Hoge Raad heeft dat nadien nog eens bevestigd in het arrest Mobell/Interplan<sup>7</sup> en recent overwoog de Hoge Raad in de Heiploeg arresten:<sup>8</sup>

*“3.5.2 De faillissementsprocedure in Nederland heeft ten doel het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers en beoogt daarbij de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bewerkstelligen. Een van de wijzen waarop dat doel kan worden bereikt, is door verkoop als going concern van (een deel van) de onderneming die tot het vermogen van de schuldenaar behoort. (...)*

4. Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 5 december 1913, *NJ* 1914, p. 257: “*dat volgens art. 20 Fw het faillissement omvat het geheele vermogen van den schuldenaar (...) en volgens art. 23 dier wet de schuldenaar tengevolge der faillietverklaring beschikking en beheer over dit vermogen verliest, terwijl volgens art. 68 dier wet de curators met het beheer over dit vermogen zijn belast; dat derhalve (...) het beheer daarover door de curators in het belang der schuldeisers moest worden gevoerd (...)*. [onderstreping toegevoegd].
5. Zie toelichting bij art. 8.1 van de INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren (laatste versie april 2019).
6. Hoge Raad 19 april 1996, *NJ* 1996/727, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, met noot W.M. Kleijn. Uit het eerder gewezen Sigmacon II arrest (ECLI:NL:HR:1995:ZC1643) zou overigens dezelfde regel kunnen worden afgeleid.
7. Hoge Raad 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, *NJ* 2004/293.
8. Hoge Raad 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954.



Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?

*3.6.4 (...) de curator en de rechter-commissaris (...) zijn, nadat het faillissement is uitgesproken, ongeacht de mate van hun betrokkenheid voorafgaand aan de faillietverklaring, op grond van hun wettelijke taak gehouden te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden. (...).” [onderstrepingen toegevoegd]*

Ook in de literatuur wordt de curator uitdrukkelijk aangemerkt als de belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers. Zie onder meer Verstijlen:

*“De curator [...] heeft tot taak de belangen van de gezamenlijke bij het faillissement betrokken schuldeisers te behartigen”,<sup>9</sup> en “De curator die het belang van de gezamenlijke schuldeisers moet behartigen, dient zorg te dragen voor een zo hoog mogelijke boedel.”<sup>10</sup>*

En Wessels:<sup>11</sup>

*“Behartigen belangen gezamenlijke schuldeisers. Het stelsel van de wet brengt mee dat de curator zijn taak ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren verricht. Bij het beheer richt hij zich op het (verhaals)belang van de gezamenlijke schuldeisers en streeft hij naar een maximale opbrengst ter verdeling onder die schuldeisers, overeenkomstig ieders gerechtigheid.”*

## **2. Het doel van de Faillissementswet en de taak van de curator**

Onderscheid moet worden gemaakt tussen de (wettelijke) taak van de curator enerzijds, en de wijze waarop hij met de bij zijn taakuitoefening betrokken belangen moet omgaan anderzijds. In dit onderdeel wordt ingegaan op de taak van de curator. In de volgende onderdelen wordt ingegaan op de wijze waarop hij met de bij zijn taakuitoefening betrokken belangen moet omgaan.

De Memorie van Toelichting van de Faillissementswet is duidelijk over het doel van die wet:<sup>12</sup>

---

9. F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator, 1998, p. 104.

10. F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator, 1998, p. 105.

11. Wessels Insolventierecht IV 2020/4092.

12. Memorie van Toelichting, Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet, heruitgave Van der Feltz*, I, p. 27.

*“De instelling van het faillissement beoogt niets anders dan, bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op eene billijke wijze onder al zijne schuldeischers, met eerbiediging van ieders recht, te verdeelen, en het geheele samenstel der bepalingen, welke in eene faillietenwet wordt gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen.”*

Over dat doel op zich bestaat geen enkele discussie, ook thans niet, 130 jaar nadat de Faillissementswet in het Staatsblad verscheen. Het faillissement heeft een belangrijke maatschappelijke functie. Het faillissement voorkomt dat ingeval een persoon of rechtspersoon niet langer in staat is om aan zijn financiële (verbintenisrechtelijke) verplichtingen te voldoen, er een chaotische situatie ontstaat waarin schuldeisers zich, ten koste van hun medeschuldeisers, op allerlei wijzen bij voorrang proberen te voldoen uit de beperkte middelen die nog bij de schuldenaar aanwezig zijn.

Verder bewerkstelligt het faillissement dat rechtspersonen die niet langer aan hun verplichtingen kunnen voldoen uit het handelsverkeer worden verwijderd. Een faillissement van een rechtspersoon leidt immers in beginsel tot een ontbinding van die rechtspersoon.<sup>13</sup> Insolvable partijen die niet aan hun verplichtingen kunnen voldoen maar in het handelsverkeer actief blijven, schaden de handel en de kredietverlening. In het door de Wereldbank tot 2020 jaarlijks uitgebrachte rapport over de mate waarin de regelgeving van de 190 onderzochte landen het starten en uitoefenen van een bedrijf bevordert, was de kwaliteit van de insolventieregeling dan ook één van de twaalf criteria waaraan werd getoetst.<sup>14</sup>

De uitvoering van de regeling in de Faillissementswet heeft de wetgever grotendeels in handen gegeven van de curator. Deze wordt door de rechter aangesteld<sup>15</sup> die daarbij ook een rechter-commissaris benoemt.<sup>16</sup> De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.<sup>17</sup> De bevoegdheid daartoe komt met ingang van de dag van de faillietverklaring exclusief toe aan de curator.<sup>18</sup> De

---

13. Art. 2:19 lid 1 sub c BW.

14. World Bank, *Doing Business 2020*, Washington DC, p. 19, waar als één van de twaalf “*Indicator sets*” wordt genoemd “*Resolving insolvency*”. Daarbij worden beoordeeld: “*Time, cost, outcome, and recovery rate for a commercial insolvency and the strength of the legal framework for insolvency.*”

15. Art. 14 lid 1 Fw.

16. Art. 14 lid 1 Fw.

17. Art. 68 lid 1 Fw.

18. Art. 23 Fw.

### Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?

rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening en daarmee op de taakuitoefening van de curator.<sup>19</sup>

In het kader van de Wet versterking positie curator<sup>20</sup> heeft de curator er een taak bijgekregen. Hij dient bij zijn beheer en vereffening te “bezien” of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot.<sup>21</sup> Als de rechter-commissaris of hijzelf dat nodig acht dient de curator daarvan melding of aangifte te doen bij de bevoegde instanties.<sup>22</sup> Volgens de wetgever is de taak van de curator om onregelmatigheden rondom een faillissement te traceren en redresseren in wezen inherent aan zijn primaire taak om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen en ligt deze in het logische verlengde van die primaire taak. De curator heeft volgens de wetgever een fraudesignalerende rol die een bredere maatschappelijke verantwoordelijkheid reflecteert.<sup>23</sup>

Over de wenselijkheid van deze fraudesignalerende taak van de curator bestaat minder eenstemmigheid dan over zijn rol als beheerder en vereffenaar van de boedel, hoewel het ook hier een belangrijke maatschappelijke taak betreft. De belangrijkste bezwaren komen erop neer dat de curator onvoldoende is toegerust om fraudeonderzoek te doen en dat het niet juist zou zijn om de kosten daarvan ten laste van de schuldeisers te laten komen.<sup>24</sup> Eenzelfde kritiek kwam overigens ook al op de twee jaar eerder ingevoerde Wet civielrechtelijk bestuursverbod,<sup>25</sup> waarin de curator de mogelijkheid kreeg om in een faillissement van een rechtspersoon te vorderen dat aan bestuurders en gewezen bestuurders van die rechtspersoon een bestuursverbod wordt opgelegd.<sup>26</sup> Overigens lijkt het niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest om de curator met uitvoerige frau-

---

19. Art. 64 Fw.

20. Staatsblad 2017, 124, inwerking getreden op 1 juli 2017.

21. Art. 68 lid 2 sub a Fw.

22. Art. 68 lid 2 sub c Fw.

23. Tweede Kamer, vergaderjaar 2014-2015, 34 253, nr. 3 (MvT), p. 3.

24. Zie onder meer A.T.M. Adams, *Een (wettelijke) taak tot faillissementsfraudebestrijding: de negende tentakel van de curator*, MvO 2017, aflevering 3-4; C.V. van Enckevort, *De curator als private partner van het Openbaar Ministerie? – Het aansprakelijkheidsrisico van de curator en financiering van faillissementsfraudebestrijding*, Tijdschrift voor Curatoren, 2016, nr. 1; R.D. Vriesendorp, *[\*\*]it happens; then and now*, TvI 2017/23.

25. Artt. 106a t/m 106<sup>e</sup> Fw, Stb. 2016, 205, inwerking getreden op 1 juli 2016.

26. Zie onder meer M.L. Lennarts, *Boeven vangen op kosten van de boedel? De curator als hoeder van het algemeen belang? Geen goed plan!*, TvI 2013/25, en F.E. Keijzer, *Het Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod: een placebo met bijwerkingen*, Ondernemingsrecht 2015/30.

deonderzoeken te belasten. Verstijlen gaat ervan uit dat het de bedoeling van de wetgever is dat de curator zich moet afvragen of de feiten en omstandigheden waarvan hij bij zijn beheer en vereffening toch al kennis neemt, gelden als ‘onregelmatigheden’.<sup>27</sup>

Uit het voorgaande is duidelijk dat met de wettelijke taken van de curator steeds is beoogd zwaarwegende maatschappelijke belangen te dienen: een ordelijke beheer en vereffening van het vermogen van schuldenaren die niet langer in staat zijn om aan hun verbintenisrechtelijke verplichtingen te voldoen, het verwijderen van insolvable rechtspersonen uit het handelsverkeer en het bestrijden van faillissementsfraude. Het zijn taken die een logische combinatie vormen.<sup>28</sup> Bij het beheer en de vereffening zal de curator een zeker inzicht verkrijgen in de oorzaken van het faillissement en kunnen vaststellen of er aanwijzingen zijn dat er onregelmatigheden hebben plaatsgevonden. Mochten er dergelijke aanwijzingen zijn dan kan hij daarvan vervolgens melding of aangifte doen bij de bevoegde instanties. In zoverre de boedel als gevolg van die onregelmatigheden is geschaad kan de curator vanuit zijn beheerstaak met bijvoorbeeld een beroep op de faillissementspauliana, bestuurdersaansprakelijkheid of onrechtmatige daad,<sup>29</sup> (rechts)maatregelen nemen om de boedel te herstellen. Dit alles maakt dat het, anders dan wordt gemeend,<sup>30</sup> begrijpelijk is dat de curator bij de bestrijding van faillissementsfraude een taak heeft gekregen.

Het is duidelijk dat de gezamenlijke schuldeisers van een insolvente schuldenaar belang hebben bij de uitoefening van deze wettelijke taken door de curator, vooral waar het gaat om het beheer en de vereffening van de boedel en het zo nodig nemen van (rechts)maatregelen om de boedel te herstellen. Anders dan op basis van de hierboven aangehaalde rechtspraak en literatuur wordt aangenomen, betekent dat echter zeker niet dat de curator tot *taak* zou hebben de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Dat volgt niet uit de wet en zou ook wonderlijk zijn. Bij de afwikkeling van een faillissement zijn immers meestal ook andere belangen betrokken die bovendien mogelijk van groter gewicht zijn dan die van de gezamenlijke schuldeisers. Het past dan niet om die afwikkeling te laten plaatsvinden door een functionaris wiens taak beperkt zou zijn tot het behartigen van de belangen van alleen de gezamenlijke schuldeisers.

---

27. GS Faillissementswet, art. 68 Fw, aant. 10.2 (Verstijlen).

28. Aldus ook de wetgever. Zie bijvoorbeeld Tweede Kamer, vergaderjaar 2014-2015, 34 253, nr. 3 (MvT), p. 3.

29. Bij onrechtmatige daad gaat het met name om de Peeters/Gatzen-vordering die de curator op grond van het Peeters/Gatzen-arrest van de Hoge Raad (HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597; ECLI:NL:HR:1983:AG4521) ten behoeve van de boedel kan instellen.

30. Zie noot 23.

Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?

Daarbij komt dat de curator een functionaris is die op grond van de wet door de rechter is benoemd, met een wettelijke taak is belast en onder toezicht staat van een rechter. Van een dergelijke functionaris, een ‘officer of the court’, mag worden verwacht dat hij bij zijn taakuitoefening rekening houdt met *alle* daarbij betrokken rechtmatige belangen. Het kan dus niet zo zijn en het volgt ook niet uit de wet dat de curator bij die taakuitoefening de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zou moeten laten *prevaleren* boven alle andere belangen die bij die taakuitoefening zijn betrokken. Als gezegd lijkt de heersende opvatting echter merkwaardig genoeg anders te zijn.

### **3. Hoe dient de curator om te gaan met de bij zijn taakuitoefening betrokken belangen?**

Zoals hiervoor uiteengezet is de heersende opvatting dat de curator de taak heeft de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen en dat die belangen daarom in beginsel prevaleren. De curator zal volgens de heersende opvatting alleen met andere betrokken belangen rekening mogen houden indien dat de positie van de gezamenlijke schuldeisers niet nadelig beïnvloedt, althans niet significant. Dat zou alleen anders liggen wanneer het om het belang van een individuele schuldeiser gaat. In dat geval mag de curator onder omstandigheden daarmee strijdige zwaarwegende maatschappelijke belangen laten prevaleren. De Commissie Insolventierecht lijkt nog een stap verder te gaan en kennelijk te menen dat het gehele vermogen van de schuldenaar aan de schuldeisers toekomt: de curator zou volgens de Commissie zijn taken op kosten van de schuldeisers verrichten.<sup>31</sup>

Uitgaande van deze (bijna) absolute dominantie van de belangen van de gemeenschappelijke schuldeisers, zou dat bijvoorbeeld betekenen dat de curator, met het oog op het besparen van kosten of het kunnen realiseren van een hogere opbrengst:

- in geval hij het bedrijf van de failliet zonder personeel voor een hogere prijs kan verkopen dan met personeel, zou moeten kiezen voor een verkoop zonder personeel,<sup>32</sup>
- om een betere verkoopprijs te kunnen realiseren het duurdere personeel en het personeel met een ziekteverleden zou moeten ontslaan,<sup>33</sup>

---

31. Zie advies Commissie Insolventierecht van 26 april 2022 inzake het voorontwerp Novelle WCO I, te vinden via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2022/04/26/advies-over-voorontwerp-wijziging-wet-continuïteit-ondernemingen-i>, randnr. 35.

32. Bescherming van werknemers in deze gevallen zou plaatsvinden indien de thans in het stadium van voorbereiding bevindende wetsvoorstel *Wet verbetering positie werknemer bij een overgang van onderneming in faillissement* (afgekort: WOVOF) wet zou worden.

33. Zie vorige noot.

Mr. dr. A. van Hees, mr. M. van Eekelen-Atema

- als curator van een industrieel bedrijf de bedrijfsbrandweer zou moeten opheffen in verband met de daaraan verbonden kosten, en het materieel daarvan aan de hoogste bieder zou moeten verkopen,
- als curator van een failliete reisorganisatie geen moeite zou moeten doen – en dus geen kosten zou moeten maken – om in het buitenland gestrande reizigers te repatriëren.

Verder zou dit betekenen dat de curator indien daarmee kosten kunnen worden bespaard of een hogere opbrengst kan worden gerealiseerd:

- de productie of dienstverlening van de failliet moeten beëindigen,
  - de hosting door de failliet van webwinkels moeten beëindigen,
  - de door de failliet geëxploiteerde kinderopvanglocatie(s) of onderwijsinstelling(en) moeten sluiten,
  - het door de failliet geëxploiteerde ziekenhuis moeten sluiten en de bedden en apparatuur ervan aan de hoogste bieder zou moeten verkopen,
- ook wanneer daardoor de belangen van betrokkenen, klanten, ouders, leerlingen, patiënten, ernstig zouden worden geschaad.

Uit eigen ervaringen en uit interviews van curatoren<sup>34</sup> weten wij echter dat de realiteit anders is en dat curatoren in de praktijk vaak wel degelijk rekening houden met andere bij het faillissement betrokken belangen dan alleen met die van de gezamenlijke schuldeisers, en dat curatoren die andere belangen soms ook laten prevaleren. Bekende voorbeelden uit de praktijk zijn het in 2012 failliet verklaarde fosfor-bedrijf Thermphos in Vlissingen en de recente ziekenhuisfaillissementen. In het faillissement van Thermphos maakten de curatoren ten laste van de boedel € 750.000 per maand aan kosten voor de blijvende inzetbaarheid van de bedrijfsbrandweer en het veilig houden van een bedrijfsterrein met de daarop aanwezige installaties, en de omgeving daarvan. In zowel het faillissement van het Slotervaartziekenhuis als het faillissement van de IJsselmeerziekenhuizen hebben curatoren een grote rol gehad in de afbouw, overdracht en voortzetting van de zorg<sup>35</sup> en daarbij ook aanmerkelijke kosten gemaakt.

Vastgesteld kan daarom worden dat er een groot gat lijkt te bestaan tussen enerzijds de wijze waarop de curator volgens de heersende leer zijn taak rechtens

---

34. Zie M. van Eekelen-Atema, 'De faillissementscurator en maatschappelijke belangen', in: L.F.H. Enneking, M.R. Hebly & K.K.E.C.T. Swinnen (red.), *Publiek Privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 313.

35. Mr. H.M.D. Bentfort van Valkenburg & mr. J.H.M. van de Wiel, 'Ziekenhuisfaillissementen: de onderzoeksrapporten gezien vanuit het perspectief van de curator', *TvI* 2021/23, par. 3.4.3.

Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?

zou moeten uitoefenen, en anderzijds de wijze waarop hij die taak in de praktijk invult.

Met name naar aanleiding van de ziekenhuisfaillissementen is de vraag gerezen wat de positie en de rol van de curator precies is. In een bijdrage van Bentfort van Valkenburg, de huidige voorzitter van INSOLAD, en Van de Wiel in *TvI* over die faillissementen en de in verband daarmee verschenen onderzoeksrapporten<sup>36</sup> wordt (onder meer) op die vraag ingegaan. Daarbij wordt vastgesteld dat in de ziekenhuisfaillissementen sprake was van met elkaar strijdige belangen van schuldeisers en patiënten: de patiënten hadden belang bij een (tijdelijke) voortzetting van de zorg, maar dat zou veel geld kosten zodat bij voortzetting van de zorg minder middelen zouden resterend voor de schuldeisers. Ook bij een voorgenomen sluiting van het ziekenhuis kan de zorg (uiteraard) niet ineens worden beëindigd. De vraag is dan wie voor en tijdens die afbouw verantwoordelijk is, de regie voert en de kosten draagt.<sup>37</sup> In de genoemde ziekenhuisfaillissementen lijken de curatoren in ieder geval feitelijk de verantwoordelijkheid te hebben genomen en de regie te hebben gevoerd.

Bentfort van Valkenburg en Van de Wiel merken op dat de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ), die toezicht houdt op de kwaliteit en veiligheid van de zorg,<sup>38</sup> de curator als een opvolger van het ziekenhuisbestuur leek te zien en dat de IGJ steeds sprak van de 'bestuurlijke' verantwoordelijkheid van de curatoren, en in het verlengde daarvan van een 'integrale (eind)verantwoordelijkheid' van de curator voor de bedrijfsvoering en zorgverlening.<sup>39</sup>

De vraag is of de IGJ het hiermee niet geheel bij het rechte eind had. De curator is immers belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel<sup>40</sup> en de bevoegdheid daartoe komt met ingang van de dag van de faillietverklaring exclusief aan hem toe.<sup>41</sup> Het bestuur van het failliete bedrijf of de failliete instelling komt daarmee exclusief in handen van de curator en de curator draagt daarmee dan ook – wederom exclusief – de verantwoordelijkheid voor de vervulling van die taak. Het bestuur van de failliete rechtspersoon blijft weliswaar in beginsel in functie, maar mist de bevoegdheden die nodig zijn om het bedrijf

---

36. Vermeld in vorige noot.

37. A.w. par. 3.2.5 en 3.3.2.

38. Art. 24 Wvkgz.

39. Bentfort van Valkenburg en Van de Wiel verwijzen daarbij naar het rapport IGJ Slotervaart-ziekenhuis, p. 39 en het rapport IGJ IJsselmeerziekenhuizen, p. 5,14.

40. Art. 68 lid 1 Fw.

41. Art. 23 Fw.

of de instelling van die rechtspersoon te kunnen besturen. Die bevoegdheden berusten als gezegd immers (exclusief) bij de curator.

Dit doet onmiddellijk een volgende vraag rijzen. Als de curator in die hoedanigheid de facto bestuurder van het failliete bedrijf of de failliete instelling is, hoe moet hij dan omgaan met de op dat bedrijf of die instelling rustende verplichtingen en verantwoordelijkheden? Een ziekenhuis, een zorgaanbieder als bedoeld in art. 1 lid 1 Wkkgz,<sup>42</sup> heeft de wettelijke verplichting tot het aanbieden van goede zorg (art. 2 leden 1 en 2 Wkkgz) en tot het treffen en in stand houden van de daarvoor nodige voorzieningen (art. 3 Wkkgz). Die verplichtingen rusten uiteraard op degene die het ziekenhuis bestuurt en die het daarmee in beginsel in zijn macht heeft om daaraan te voldoen, en dat is hier de curator. Het gaat hier daarmee om een boedelverplichting.

Afgezien daarvan is het natuurlijk ondenkbaar dat de curator wanneer grote belangen op het spel staan en dringend moet worden ingegrepen, passief zou blijven en geen gebruik zou maken van de middelen en bevoegdheden die hij heeft om groot onheil te voorkomen. Nietsdoen is daarbij ook een beslissing, maar meestal ook de beslissing die het meest slecht uitpakt. Het komt erop neer dat het onvermijdelijk is dat de curator bij zijn taakuitoefening ook andere belangen betreft dan alleen die van schuldeisers.

INSOLAD lijkt daarmee weinig gelukkig te zijn en moedigt de wetgever in haar consultatiereactie aan:<sup>43</sup>

*“om in het vervolg bij het ontwikkelen van wetgeving de primaire taak van de curator, te weten het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, als uitgangspunt te nemen en dit uitgangspunt een uitdrukkelijke(r) wettelijke basis te geven. Indien en voor zover sprake is van andere belangen die als gevolg van een faillissement in het gedrang komen, zou de verantwoordelijkheid hiervoor en behartiging daarvan neergelegd moeten worden bij het betreffende bestuursorgaan. In voorkomend geval heeft de curator hier hooguit een signalerende en coördinerende rol.”*

INSOLAD ziet er daarbij aan voorbij dat de betrokken belangen meestal nauw met elkaar verweven zijn en daardoor niet los van elkaar kunnen worden beheerd.

---

42. Wkkgz staat voor Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg.

43. De consultatiereactie van INSOLAD is te vinden op: [https://static.basenet.nl/cms/105928/Publicaties/Consultatiebrief\\_INSOLAD\\_-\\_consultatiedocument\\_Insolventierecht\\_-\\_28\\_februari\\_2022.pdf](https://static.basenet.nl/cms/105928/Publicaties/Consultatiebrief_INSOLAD_-_consultatiedocument_Insolventierecht_-_28_februari_2022.pdf).



Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?

De suggestie van INSOLAD zou daarom alleen tot nieuwe complicaties leiden en verdient daarom zeker geen navolging.

#### **4. Door de wet beschermde maatschappelijke belangen**

Zoals hiervoor al in het kader van een ziekenhuisfaillissement werd vastgesteld, is de curator in beginsel gebonden aan de wettelijke verplichtingen die op het bedrijf of de instelling van de failliet rusten. Na de uitspraak van de Hoge Raad in het faillissement van de Ridderkerkse Taxi Centrale,<sup>44</sup> en eerdere uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State<sup>45</sup> en het College van Beroep voor het bedrijfsleven,<sup>46</sup> kan daar weinig twijfel over bestaan. Deze wettelijke verplichtingen beogen in de regel maatschappelijke belangen te beschermen.

In dit verband kan verwezen worden naar de ontwerp Memorie van Toelichting Novelle WCO I.<sup>47</sup> Ook daar wordt uitgegaan van de verplichting van de curator om de voor het failliete bedrijf of instelling geldende regelgeving in acht te nemen:<sup>48</sup>

*“(…) de schuldenaar of de onderneming die hij drijft, [zijn] vaak onderworpen aan bijzondere wet- en regelgeving, die in het leven is geroepen om de maatschappelijke belangen te waarborgen die met de activiteiten zijn gemoeid. De curator moet ervoor zorgen dat bij de afwikkeling van de activiteiten van deze ondernemingen en instellingen deze wet- en regelgeving zoveel mogelijk in acht genomen blijft worden.”*

Verder in deze Memorie van toelichting wordt dit nog eens herhaald en wat verder uitgewerkt:<sup>49</sup>

*“Zoals eerder opgemerkt moet de curator ervoor zorgen dat ook na de faillietverklaring de op de onderneming van toepassing zijnde bijzondere wet- en regelgeving zoveel mogelijk in acht genomen wordt. Deze wetgeving schrijft in feite voor hoe bepaalde maatschappelijke belangen moeten*

---

44. HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, NJ 2021/233 met noot Verstijlen.

45. Zie onder meer ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:598 en ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1063.

46. CBb 7 augustus 2018, ECLI:NL:CBB:2018:405.

47. Te vinden via [https://www.internetconsultatie.nl/novelle\\_wet\\_continuiteit\\_ondernemingen\\_i/document/6990](https://www.internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i/document/6990).

48. Memorie van toelichting Novelle WCO I, p. 7.

49. Memorie van toelichting Novelle WCO I, p. 8.

*worden gediend. Hier vloeit automatisch uit voort dat de curator acties zal moeten ondernemen die niet direct in het belang zijn van de schuldeisers, maar zien op de maatschappelijke belangen waar de bijzondere wetgeving betrekking op heeft. (...)*

Maar dan volgt toch nog een opvallende nuancering:<sup>50</sup>

*Dat de naleving van de bijzondere wet- en regelgeving leidt tot kosten, kan spanning opleveren met de primaire taak van de curator om in het belang van de schuldeisers een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren bij de verffening van de boedel. In het geval van een (gedeeltelijke) overname van de activiteiten van een gefailleerde zorgaanbieder, zullen deze kosten deel uitmaken van de afspraken tussen de curator en de overnemende partij, zodat deze spanning zich in mindere mate voordoet. Wanneer evenwel geen sprake is van een (gedeeltelijke) overname, kan van de curator niet worden verlangd dat hij de kosten die samenhangen met het nakomen van verplichtingen voor zorgaanbieders, volledig voor rekening laat komen van de boedel en daarmee de schuldeisers. Wel zal de curator zich actief moeten inspannen om de nodige financiering rond te krijgen, bijvoorbeeld door hierover proactief met stakeholders (zoals zorgverzekeraars of gemeenten) in overleg te treden. Zo kan de curator borgen dat de zorgactiviteiten veilig (tijdelijk) kunnen worden voortgezet of afgebouwd en de medische dossiers van (oud) cliënten ordentelijk worden overgedragen. [onderstreping toegevoegd]*

Terecht wordt hier onderkend dat de nakoming door de curator van wettelijke verplichtingen nadelig kan uitpakken voor de schuldeisers doordat met die nakoming kosten zijn gemoeid, waardoor minder middelen beschikbaar zullen zijn voor een uitkering aan de schuldeisers. Er is daarmee dus sprake van een strijd tussen de belangen van de schuldeisers en de maatschappelijke belangen die met de nakoming van die wettelijke verplichtingen zijn gediend. Die wettelijke verplichtingen zijn in beginsel boedelverplichtingen. Uiteraard zal de curator gebruik moeten maken van de mogelijkheden die hij heeft om die boedelverplichtingen op derden af te wentelen, zoals bij de ziekenhuisfaillissementen bijvoorbeeld op de betrokken ziektekostenverzekeraars. Opmerkelijk is echter dat als dat afwentelen niet mogelijk blijkt te zijn, de ontwerp Memorie van toelichting het niet redelijk acht dat de kosten van die boedelverplichtingen (uiteindelijk) geheel voor rekening van de schuldeisers komen. Dat zou echter betekenen dat de curator die kosten dan niet zou mogen maken, en dus op hem rustende boedelverplichtingen die strekken tot het beschermen van maatschappelijke

---

50. Memorie van toelichting Novelle WCO I, p. 8 en 9.

Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?

belangen, zou moeten achterstellen bij de belangen van schuldeisers met verifieerbare vorderingen.

Dat laatste is in strijd met de wettelijke rangorde van vorderingen in faillissement en ook overigens niet goed te begrijpen. Het zou immers betekenen dat in een faillissement de belangen van schuldeisers categorisch zouden prevaleren boven maatschappelijke belangen, zelfs ook de maatschappelijke belangen die door de wet worden beschermd.

## **5. De belangen van schuldeisers**

Omdat, zoals ook uit het voorgaande blijkt, in de rechtswetenschap en ook in de praktijk de belangen van schuldeisers in een faillissement zo'n centrale rol hebben, lijkt het goed om aan die belangen afzonderlijk enige aandacht te besteden. Zijn die belangen inderdaad zo groot en zo zwaarwegend dat zij steeds zouden moeten prevaleren boven (alle?) andere belangen die bij een faillissementsafwikkeling betrokken zijn, en daarom aanspraak kunnen maken op een bijzondere bescherming? Daarvoor lijkt geen grond te zijn. De schuldeisers in een faillissement zijn immers voor het overgrote deel professionele partijen, die verschillende mogelijkheden hebben om zich tegen insolventie van de schuldenaar te beschermen. Bijvoorbeeld door een eigendomsvoorbehoud of zekerheid te bedingen, door een voorschot te verlangen, door kredietonderzoek te doen of door een kredietverzekering af te sluiten. Verder zullen deze professionele schuldeisers in de prijzen die zij voor hun producten of diensten berekenen, rekening houden met mogelijke afboekingen op hun vorderingen wegens insolventie van de afnemer.

Veel andere betrokkenen hebben niet deze mogelijkheden om het risico van een faillissement van de schuldenaar of de nadelige gevolgen ervan te mitigeren.

Zoals hiervoor al werd opgemerkt impliceert het feit dat schuldeisers een duidelijk belang hebben bij de afwikkeling van een faillissement, niet dat de curator belangenbehartiger van de schuldeisers is of dat de belangen van de schuldeisers bij die afwikkeling zouden prevaleren boven andere betrokken belangen. Ook uit de wet volgt niet dat de belangen van schuldeisers op de een of andere wijze voorrang zouden moeten hebben op de belangen van andere betrokkenen.

## **6. De niet door de wet beschermde belangen**

Vaak zijn bij een bedrijf of instelling niet uitsluitend wettelijke verplichtingen relevant. De curator kan ook met andere regels en voorschriften van doen

krijgen, die steeds verschillende bij het bedrijf of instelling betrokken belangen beogen te beschermen. Denk aan gedragsregels van beroepsorganisaties en aan door het failliete bedrijf of instelling aanvaarde ESG-principes.<sup>51</sup> Verder zijn er naast die van de schuldeisers, vaak meerdere andere belangen bij het failliete bedrijf of instelling betrokken die geraakt kunnen worden door de wijze waarop de curator het faillissement afwikkelt, waaronder met name die van werknemers en afnemers van de failliet. Ook algemene belangen kunnen in het geding zijn, zoals die van het milieu bij dreigende vervuiling of die van de veiligheid bij gevaar voor ongelukken. Het gaat daarbij overigens niet altijd om financiële belangen. Denk bijvoorbeeld aan het belang van werknemers bij het behoud van hun baan, het belang van afnemers bij de voortzetting van de levering van diensten of goederen, en het maatschappelijke belang van een duurzame bedrijfsvoering.

Het feit dat het hier om regels en voorschriften gaat die de curator niet binden en het belangen betreft die in het faillissement geen wettelijke bescherming genieten, betekent echter zeker niet dat deze belangen er bij de faillissementsafwikkeling niet toe zouden doen en daarmee geen rekening gehouden zou moeten worden. Voor *elke* deelnemer aan het maatschappelijke verkeer geldt dat hij bij zijn handelen tot op zekere hoogte rekening zal moeten houden met de belangen van anderen. Dat geldt voor de bestuurder van een bedrijf of instelling, zoals blijkt uit onder meer het Cancun-arrest<sup>52</sup> waarin de Hoge Raad overwoog dat “*Elke bestuurder is gehouden om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming en om zorgvuldigheid te betrachten jegens al degenen die bij de vennootschap en jaar onderneming zijn betrokken*”. Dat geldt dan zeker ook voor een curator van dat bedrijf of die instelling, die op grond van zijn aanstelling door de rechter en onder toezicht van de rechter, de wettelijke taak heeft het vermogen van de schuldenaar te liquideren en te vereffenen.

Niet alleen zou het wonderlijk zijn dat belangen waarmee een schuldenaar vóór zijn faillissement rekening diende te houden, er ná zijn faillissement er in het geheel niet meer toe zouden doen. Wellicht nog belangrijker is dat van een *onafhankelijke* curator die een *wettelijke* taak uitvoert verwacht mag worden dat hij daarbij als ‘*officer of the court*’ met alle betrokken belangen rekening houdt. Zijn positie is tot op zekere hoogte te vergelijken met dat van een bestuursorgaan, dat op grond van art. 3.2 AWB gehouden is bij de voorbereiding van

---

51. ESG staat voor Environmental, Social en Governance en verwijst naar de drie centrale factoren in het meten van de duurzaamheid van een bedrijf of instelling.

52. HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797.

Maatschappelijke belangen, onderdeel van de taak van de curator?

een besluit de nodige kennis te vergaren omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.

## **7. De curator zal bij het beheer en de vereffening een afweging moeten maken van de betrokken belangen**

Eigen aan vrijwel alle faillissementen is dat er niet voldoende middelen zullen zijn om aan alle verplichtingen te kunnen voldoen en aan alle betrokken belangen tegemoet te kunnen komen. Er zal dan ook een afweging moeten plaatsvinden. Hoe de curator die afweging moet maken is afhankelijk van een veelheid van factoren en van regels van moraal en fatsoen. Het zou kunnen zijn dat de wetgever al bepaalde afwegingen heeft gemaakt, en (bijvoorbeeld) voorrang heeft willen geven aan de voldoening van de schuldeisers. Dat een dergelijke afweging is gemaakt blijkt echter nergens uit. Zou die afweging wel zijn gemaakt dan zou deze overigens zijn geldigheid hebben verloren. De belangen die in de huidige tijd bij een faillissement spelen waren 130 jaar geleden ten tijde van de totstandkoming van de Faillissementswet voor een belangrijk deel in het geheel niet aan de orde of werden toen geheel anders gewogen dan nu.

De curator zal de afweging daarom zelf moeten maken. Een complicatie daarbij is dat van geval tot geval andere belangen kunnen spelen die ook nog eens niet altijd met elkaar te vergelijken zijn en daarom verschillend gewogen kunnen worden. Dat maakt de door de curator te maken afweging lastig maar, anders dan de Commissie Insolventierecht meent,<sup>53</sup> niet ondoenlijk. In onze complexe maatschappij moeten voortdurend beslissingen genomen worden waarvoor dergelijke afwegingen moeten worden gemaakt. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor de rechtspraak waarin veel beslissingen moeten worden genomen op basis van “redelijkheid en billijkheid” of vergelijkbare formules. Daarbij gaat het er niet om of de gemaakte afweging “juist” is, maar of deze te verantwoorden is. Het gaat erom dat alle relevante belangen voor zover die bekend zijn, in ieder geval zijn meegewogen en op die wijze aan die belangen recht is gedaan. Een curator moet tot een dergelijke afweging in staat zijn. Voor zover nodig kan hij daarbij gebruik maken van kennis die binnen het failliete bedrijf of instelling aanwezig is, of van deskundige derden.

---

53. Zie advies Commissie Insolventierecht van 26 april 2022 inzake het voorontwerp Novelle WCO I, te vinden via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2022/04/26/advies-over-voorontwerp-wijziging-wet-continuïteit-ondernemingen-i>.

## **8. Tot slot**

De vraag die de redactie van deze bundel heeft voorgelegd laat zich gemakkelijk beantwoorden. De hoofdtaak van de curator bestaat uit het liquideren en vereffenen van de failliete boedel. Daarnaast heeft hij een fraudesignalerende taak. Over het feit dat de curator deze taken heeft bestaat geen discussie. Wel bestaat er discussie over de wijze waarop de curator deze taken moet uitvoeren. Hierboven is uiteengezet dat – anders dan vrij algemeen wordt gemeend – de curator geen belangenbehartiger van de schuldeisers is en dat de belangen van de schuldeisers niet prevaleren boven alle andere belangen die bij de afwikkeling van een faillissement zijn betrokken.

De curator zal bij de uitoefening van zijn taken alle betrokken belangen in aanmerking moeten nemen en deze zo nodig tegen elkaar moeten afwegen. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om belangen van werknemers en afnemers, maar ook om maatschappelijke belangen die bij het faillissement aan de orde kunnen zijn. Niet zelden zal de curator daarbij andere belangen dan die van de schuldeisers zwaarder moeten laten wegen.

## Over de bezorgde curator

MR. M.R. VAN ZANTEN<sup>1,2</sup>

### 1. Inleiding

Negentig procent van de Nederlandse ziekenhuizen dreigt in 2023 in de rode cijfers te komen door de inflatie en de kostenstijgingen voor personeel en energie. Dat is de conclusie van een onderzoek dat onder 56 ziekenhuizen is uitgevoerd in opdracht van de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen.<sup>3</sup> Hoewel de verwachting bestaat dat er, na de ziekenhuisfaillissementen in 2018, niet snel nog eens een ziekenhuis failliet gaat, verkeert een groot aantal ziekenhuizen in financiële nood. Een nieuw ziekenhuisfaillissement, al dan niet voorbereid, is niet ondenkbaar.

In deze bijdrage wordt ingegaan op de taak van de curator van een zorginstelling en de financiële aspecten daarvan. De taak van een curator van een zorginstelling is een lastige. Bij de afwikkeling van een faillissement van een zorginstelling staat meer op het spel dan geld alleen. Het gaat om de gezondheid van de patiënten en het (immateriële en grote) belang dat zij hebben bij voortzetting van de voor hen noodzakelijke zorg. Het faillissement brengt uiteraard de voortzetting van de zorgactiviteiten in gevaar. Als gevolg hiervan kan de patiëntveiligheid in gevaar komen. Een dergelijk faillissement leidt in het algemeen tot (maatschappelijke) onrust en onveiligheid.

De auteur is als curator betrokken geweest bij het faillissement van het Amsterdamse ziekenhuis MC Slotervaart.<sup>4</sup> Tijdens de afwikkeling van dat faillissement bleek dat het faillissementsrecht niet alle antwoorden geeft op de vragen die cu-

- 
1. Mr. M.R. van Zanten, partner en curator bij CMS.
  2. Deze bijdrage is afgesloten op 12 december 2022. Met ontwikkelingen na deze datum kon geen rekening worden gehouden.
  3. Zie: 'Ziekenhuizen in acute geldnood door personeels- en energiekosten', *Het Financieele Dagblad*, 26 november 2022, voorpagina. Zie ook de Kamerbrief van de bewindslieden van VWS d.d. 22 november 2022 (kenmerk 3471530-1040034-FEZ) met betrekking tot de maatregelen ten aanzien van de (energie)prijzen.
  4. Op 23 oktober 2018 is de auteur samen met zijn kantoorgenoot Marlous de Groot benoemd tot bewindvoerder in de surseance van Slotervaartziekenhuis BV ("MC Slotervaart") en op 25 oktober 2018 als curator in het faillissement aangesteld. Het faillissement is op 22 mei 2020 geëindigd door het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie van het akkoord.

ratoren moesten beantwoorden. Moet het ziekenhuis nog enige tijd open blijven (tegen betaling van onder meer aanzienlijke boedelvorderingen in verband met energievoorziening en loonkosten), waardoor zoveel mogelijk zorg kan worden geboden aan de patiënten? Of moet besloten worden gelijk de deuren te sluiten zodat er meer actief overblijft ter verdeling onder de gezamenlijke schuldeisers? Is het een taak van de curator om (ten laste van de boedel) zorg te dragen voor het beheren van de patiëntendossiers gedurende een termijn van 20 jaar? Mogen er kosten worden gemaakt om ervoor te zorgen dat patiënten, die hun behandeling bij een ander ziekenhuis moeten voortzetten, hun patiëntendossiers kunnen krijgen? Mogen er kosten worden gemaakt om de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de medisch specialisten voort te zetten zodat deze hun werkzaamheden nog enige tijd na de faillietverklaring kunnen blijven verrichten? Hoe verhoudt de voor de patiënt noodzakelijke continuïteit van de behandeling zich met de aard van het faillissement waarin nu juist sprake is van discontinuïteit en liquidatie van de activa? Wij hebben deze vragen beantwoord door elke keer te bepalen welk gedrag leidt tot een redelijke en zorgvuldige afwikkeling. En niet, welk gedrag leidt tot de hoogste boedelopbrengst.

In deze bijdrage worden in hoofdstuk 3 enkele onderwerpen besproken waarbij de vraag kan worden gesteld of een bepaalde taak behoort tot de verantwoordelijkheid van de curator in een zorgfaillissement en zo ja, op welke wijze de curator in staat moet worden gesteld deze taak op zich te nemen. Bij deze onderwerpen wordt telkens een voorstel gedaan voor verbetering van de huidige (vaak ongeregelde) praktijk. De voorstellen moeten leiden tot een zorgvuldige(re) afwikkeling van een faillissement van een zorginstelling, waarbij rekening kan (en moet) worden gehouden met de belangen van de patiënten. Voorafgaand aan de voorstellen wordt in hoofdstuk 2 ingegaan op het doel van de faillissementsprocedure en het behartigen van andere belangen dan schuldeisersbelangen. Over het belangenconflict en de bijzondere afwikkeling van een zorgfaillissement is de afgelopen jaren een groot aantal lezenswaardige artikelen gepubliceerd.<sup>5</sup>

---

5. Zie o.a.: A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen', *TvI* 2015/1; K. Meersma/T. Hekman/J. Rijken, 'De faillerende zorginstelling', *OenF* 2017 (25) 1; J.W. Andringa/G.R.G. Driessen, 'De stille curator voor de kwakkelende zorginstelling', *TvI* 2019/7; R.J. van Galen, 'Het ziekenhuis aan de afgrond', *Ondernemingsrecht* 2019/21; H.J. de Kloe, 'Belangenpluralisme in faillissement', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2020-3; M.R. Schreurs, 'De interactie tussen boedelbelang en patiëntenbelang: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissementen en voorstellen ter verbetering', *TvI* 2020/25; L. Brand, 'Zorgplicht en ziekenhuisfaillissement', *NJB* 2020, p. 602-608; F.D. Crul, 'Ziekenhuisfaillissementen na Slotervaart. Regelgeving noodzakelijk' *FIP* 2020/83, p. 36-42; F.D. Crul, 'Ziekenhuisfaillissementen na Slotervaart- een update', *FIP* 2021/130, p. 4-8; M.R. van Zanten, 'Nouvelle WCO I: een belangrijke stap naar een zorgvuldige(re) afwikkeling van faillissementen', *TvI* 2021/29; H.M.D. Bentfort van Valkenburg/J.H.M. van de Wiel, 'Ziekenhuisfaillissementen:



In deze artikelen wordt het belangenconflict duidelijk beschreven. Dit onderwerp zal in deze bijdrage dan ook slechts op hoofdlijnen worden besproken. Het zwaartepunt van deze bijdrage ligt in hoofdstuk 3 waarin de concrete problemen worden besproken die de curator tegenkomt bij de afwikkeling van een zorgfaillissement en de gewenste oplossingen. Wanneer deze voorstellen in de praktijk of door de wetgever worden overgenomen kan een bezorgde curator zich inzetten voor de noodzakelijke voortzetting van de zorg in de eerste periode na het faillissement en hoeft deze er niet aan te twijfelen of in strijd met de Faillissementswet wordt gehandeld.

## 2. Doel faillissementsprocedure en (conflicterende) belangen

### 2.1. Inleiding

Het faillissement wordt beschouwd als een gerechtelijk beslag op het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van diens gezamenlijke schuldeisers.<sup>6</sup> De curator is na de faillietverklaring belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.<sup>7</sup> Tijdens de afwikkeling van de boedel krijgt de curator te maken met meerdere (en vaak tegenstrijdige) belangen. Er is altijd sprake van schaarste, anders zou er geen faillissementstoestand zijn. Het is voor de curator daardoor niet mogelijk iedere bij het faillissement betrokkene datgene te geven waarop deze recht heeft. Als gevolg van de schaarste moet de curator steeds een afweging maken tussen de verschillende belangen. Op grond van vaste jurisprudentie moet de curator in zijn beleidsafweging ‘belangen van maatschappelijke aard, zoals continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid’ betrekken.<sup>8</sup> Bij het nemen van beslissingen, die vaak geen uitstel kunnen leiden, moet de curator óók rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.<sup>9</sup> Maar de curator moet de behartiging van een belang van maatschappelijke aard uitoefenen binnen de wettelijke context van de beleidsvrijheid die de curator bij de

---

de onderzoeksrapporten bezien vanuit het perspectief van de curator’, *TvI* 2021/23; R. Wijn, ‘Zorgplicht curator en burgemeester als medecurator’, *Tijdschrift voor curatoren* 2022/1, p. 9-13; J.M.W. Pool, ‘Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/20; M. van Eekelen-Atema, ‘Reactie op *TvI* 2022/20 Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/27 en J.M.W. Pool, ‘Naschrift bij de reactie op het artikel Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/20, *TvI* 2022/28.

6. Art. 20 Fw.

7. Art. 68 lid 1 Fw.

8. HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 (*Sigmacom II*).

9. HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou*); HR 19 december 2003, *NJ* 2004/293 (*Mobell/Interplan*).

uitoefening van zijn taak heeft. In beginsel kan door de curator bij zijn beleidsafwegingen geen afbreuk worden gedaan aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>10</sup>

Na de arresten inzake *Sigmacom II* en *Maclou* was de heersende leer in de literatuur aanvankelijk dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers zou moeten wijken voor het algemene belang. Later is in de literatuur betoogd dat deze conclusie niet uit beide arresten kan worden getrokken. Volgens die leer is er geen sprake van een afweging van belangen van maatschappelijke aard tegenover belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar juist tegenover belangen van een individuele schuldeiser. Alleen bij een dergelijke belangenafweging kunnen maatschappelijke belangen voor gaan.<sup>11</sup>

De botsing tussen het maatschappelijk belang en het belang van de gezamenlijke schuldeisers kan er in de praktijk toe leiden dat de curator voor lastige keuzes komt te staan. Wanneer de ‘verkeerde’ keuze wordt gemaakt kan een zorgvuldige afwikkeling van het faillissement in gevaar komen. Er kunnen dan bij zorgfaillissementen risico’s voor patiëntenzorg ontstaan. De Onderzoeksraad voor Veiligheid (“OVV”) heeft in 2019 in haar rapport geconcludeerd dat de curatoren in de faillissementen van MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen te maken hebben gekregen met diverse tegenstrijdige belangen:

*“De curatoren werden geconfronteerd met een afweging tussen het belang van schuldeisers, zoveel mogelijk uitstaande schuld terugbetaald krijgen, en het belang van patiënten die een (tijdelijke) voortzetting van zorgactiviteiten in de gefailleerde ziekenhuizen nodig hebben.”<sup>12</sup>*

Curatoren in de ziekenhuisfaillissementen werden ook met andere belangen geconfronteerd. De OVV heeft gewezen op het belang van artsen ten aanzien van het behoud van zekerheden gerelateerd aan hun baan, carrière, inkomen en/of marktpositie; het belang van omliggende ziekenhuizen met betrekking tot een gezonde financiële bedrijfsvoering; het privacybelang van patiënten en het belang voor de zorgverzekeraars om de zorg betaalbaar te houden door middel van het herinrichten van het zorglandschap. De OVV heeft geconcludeerd dat de aanwezigheid van deze belangen conflicteerde met het belang van de patiënt

---

10. B. Wessels, *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4221.

11. F.M.J. Verstijlen, ‘De faillissementscurator’ (diss), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 155. Zie ook: B. Wessels, *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4223.

12. Onderzoeksraad voor Veiligheid, ‘Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen Risico’s voor patiëntveiligheid’, p. 10, Den Haag, december 2019.

## Over de bezorgde curator

met betrekking tot de continuïteit van individuele behandel- en diagnosetrajecten. De uitkomst van deze belangenstrijd was volgens de onderzoekers dat het belang van de patiënt niet altijd de vereiste prioriteit kreeg. De OVV heeft geconcludeerd dat het faillissementsrecht niet expliciet rekening houdt met de mogelijkheid van ziekenhuisfaillissementen en de maatschappelijke functie die ziekenhuizen vervullen. Het faillissementsrecht is volgens de OVV namelijk hoofdzakelijk gericht op de belangen van schuldeisers:

*“De curator moet ernaar streven om na het faillissement zoveel mogelijk geld beschikbaar te maken voor de schuldeisers. In de loop der jaren zijn hier door jurisprudentie zwaarwegende maatschappelijke belangen bij gekomen zoals het behoud van werkgelegenheid of de opsporing van mogelijk strafbare feiten. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers staat echter nog altijd voorop. Bij een ziekenhuisfaillissement krijgt een curator de verantwoordelijkheid om zorg gecontroleerd af te bouwen en/of voort te zetten totdat een doorstart is gerealiseerd. Deze verantwoordelijkheid kan conflicteren met de wettelijke taak van de curator om de onderneming te liquideren en daarbij zoveel mogelijk geld te verzamelen waarmee vorderingen van schuldeisers kunnen worden voldaan. Er bestaat momenteel geen garantie dat de curator het maatschappelijke belang van patiëntveiligheid boven het belang van de schuldeisers plaatst. Het faillissement is hierdoor niet geschikt om een veilige afwikkeling van de activiteiten van een ziekenhuis te garanderen.”<sup>13</sup>*

Alles overziend heeft de OVV vastgesteld dat de veiligheid van patiënten bij een ziekenhuisfaillissement momenteel niet is gewaarborgd.<sup>14</sup> Wanneer belangen van maatschappelijke aard botsen met belangen van de gezamenlijke schuldeisers komt de curator in een onmogelijke positie. Door voorrang te geven aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers voldoet hij, zo mag hij aannemen, aan zijn wettelijke taak. Aan de andere kant kan dit leiden tot (extra) schade voor bijvoorbeeld de gezondheid van bij het faillissement betrokken personen.<sup>15</sup> Bij de afwikkeling van het faillissement van MC Slotervaart is door curatoren in de eerste weken (zolang sommige ziekenhuisactiviteiten nog werden voortgezet) voorrang gegeven aan de (overdracht van de) zorg voor de patiënten van

13. Onderzoeksraad voor Veiligheid, ‘Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen Risico’s voor patiëntveiligheid’, p. 12-13, Den Haag, december 2019.
14. Onderzoeksraad voor Veiligheid, ‘Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen Risico’s voor patiëntveiligheid’, p. 14, Den Haag, december 2019.
15. Zie voor een interessante beschouwing over het patiëntenbelang in de huidige wetssystematiek het lezenswaardige artikel van L. Brand, ‘Zorgplicht en ziekenhuisfaillissement’, *NJB* 2020/570.

het ziekenhuis. Maar bij deze keuze konden curatoren zich niet beroepen op een wettelijke bepaling en ook niet, zonder enige twijfel of mogelijkheid van betwisting, op de jurisprudentie. Voor het beantwoorden van de vraag welk belang in een concreet geval gediend is het zinvol te bekijken wat het doel van de faillissementsprocedure is.

## 2.2. Doel faillissementsprocedure

Bij de invoering van de Faillissementswet werd het doel van het faillissement als volgt beschreven:

*“De instelling van het Faillissement beoogt niets anders dan, bij staking van betaling door den schuldenaar, diens vermogen op een billijke wijze onder al zijne schuldeischers met eerbiediging van ieders recht, te verdeelen, en het geheele samenstel der bepalingen, welke in eene faillietenwet wordt gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen.”<sup>16</sup>*

Volgens de wetgever is het doel van het faillissementsrecht dus een verdeling van de schaarse middelen. Deze verdeling moet op een *billijke* wijze onder de schuldeisers plaatsvinden. Om de billijke verdeling mogelijk te maken bevat de Faillissementswet regels die duidelijkheid moeten geven over de positie van alle bij het faillissement betrokken partijen en de taak van de curator. Op basis van maatschappelijke ontwikkelingen is de taak van de curator inmiddels uitgebreid. Deze uitbreiding is vastgelegd in recente wetgeving. Met ingang van 1 juli 2017 heeft de curator op grond van art. 106a Fw<sup>17</sup> de bevoegdheid een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Hiermee wordt beoogd faillissementsfraude te bestrijden. Met ingang van 1 juli 2017 is de fraudesignalerende taak van de curator opgenomen in art. 68 lid 2 Fw.<sup>18</sup> De fraudesignalerende taak van de curator reflecteert, zo blijkt uit de memorie van toelichting, een ‘breder maatschappelijke verantwoordelijkheid’. Vanaf 1 januari 2019 is opgenomen in art. 75 lid 1 Fw dat ook niet-schuldeisers zeggenschap hebben over de afwikkeling van het faillissement.<sup>19</sup> De reorganisatiepijler van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht dient mede de behartiging van maatschappelijke belangen. Ten slotte is in de Novelle WCO I nadrukkelijk gesproken over de

16. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz, I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, Memorie van Toelichting, p. 27.

17. Wet civielrechtelijk bestuursverbod van 8 april 2016, *Stb.* 2016, 153.

18. Wet versterking positie curator van 22 maart 2017, *Stb.* 2017, 124.

19. Wet modernisering faillissementsprocedure van 27 juni 2018, *Stb.* 2018, 299.

maatschappelijke belangen.<sup>20</sup> Met de Novelle WCO I wil de minister een gefaseerde invoering bewerkstelligen van de WCO I<sup>21</sup> (waarmee de pre-packmethode een wettelijke basis krijgt) met een inperking van het toepassingsgebied tot ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend, zoals ziekenhuizen of onderwijsinstellingen.

### 2.3. *De taak van de curator*

De taak van de curator is sinds 1893 dus aanzienlijk ruimer geworden. Daarbij spelen steeds meer ook andere dan schuldeisersbelangen een rol, zoals milieuaspecten of fraudesignalering. De vraag kan worden gesteld wat in het kader van de verruiming van de taak van de curator nog een juiste opvatting is over het (al dan niet abrupte) einde van het bedrijf van de failliet. Moet de curator eigenlijk na faillissement gelijk de deuren sluiten, de activiteiten beëindigen en zich uitsluitend richten op de liquidatie van de activa? In de Faillissementswet ontbreken bepalingen op basis waarvan kan worden gesteld dat het faillissement ook met zich brengt dat het door de failliet gevoerde bedrijf is “overleden” of moet “overlijden”. Het faillissement brengt dus niet noodzakelijk het abrupte einde van het door de failliet gevoerde bedrijf met zich. In tegendeel, art. 98 Fw bepaalt dat de curator, met machtiging van de rechter-commissaris, bevoegd is het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten. De failliete patiënt hoeft dus niet te overlijden, maar kan aan de beademing nog enige tijd in leven worden gehouden en zelfs weer worden ontslagen uit het ziekenhuis.<sup>22</sup> In sommige faillissementen kunnen maatschappelijke belangen worden gediend met de beademing van de patiënt en voortzetting van diens bedrijf, ook al is niet (gelijk) duidelijk of dit wel in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Wanneer sprake is van enige voortzetting bedoeld om te komen tot een zorgvuldige afwikkeling en uiteindelijk ook liquidatie van het vermogen tegen de hoogste prijs, dan heeft de curator ook, eerder dan wanneer niet voor korte tijd wordt voortgezet maar gelijk tot liquidatie wordt overgegaan, rekening te houden met de belangen van anderen dan alleen de schuldeisers. Des te meer noodzaak bestaat tot zorgvuldige afbouw

---

20. Vindplaats: [https://www.internetconsultatie.nl/novelle\\_wet\\_continuiteit\\_ondernemingen\\_i](https://www.internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i). Zie voor mijn bespreking van het voorontwerp van de Novelle WCO I: M.R. van Zanten, ‘Novelle WCO I: een belangrijke stap naar een zorgvuldige(re) afwikkeling van faillissementen’, *TvI* 2021/29. Het is op het moment van schrijven van deze bijdrage niet duidelijk of en zo ja wanneer de minister de Novelle WCO I bij de Tweede Kamer indient.

21. Wet continuïteit ondernemingen I, EK 34.218. Dit voorstel is op 21 juni 2016 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer. Het voorstel ligt op dit moment (stil) bij de Eerste Kamer.

22. Bijvoorbeeld na de homologatie van een akkoord of na een doorstart na faillietverklaring, waarbij activiteiten worden voortgezet door de koper van de activa.

via voortzetting van de activiteiten, des te meer aandacht moet worden besteed aan de belangen van diegenen van wie de belangen ook buiten faillissement een belangrijke rol spelen. De curator zal bij beleidsbeslissingen rekening moeten houden met het beperken van schade bij de betrokkenen bij de voortzetting van bijvoorbeeld de zorginstelling, zoals de patiënten.

De vraag die in de eerste plaats kan worden gesteld is hoe de gedachte in de praktijk is ontstaan dat het bedrijf van de failliet na faillissement moet “overlijden” en het in strijd zou zijn met het doel van de faillissementsprocedure het bedrijf in leven te houden. De kritiek op voortzetting van het bedrijf (onderneming) van de failliet na faillissement lijkt vooral te komen uit arbeidsrechtelijke hoek. De voortzetting van de onderneming na faillissement wordt beschouwd als een bewijs van de juistheid van de stelling dat de beschermende regels van overgang van onderneming ook in faillissement van toepassing zouden moeten zijn. Hiertegen kan worden ingebracht dat wanneer de beschermende regels van overgang van onderneming ook in faillissement van toepassing zijn er in weinig gevallen nog sprake zal zijn van een overgang van onderneming. Doorstart van de failliete onderneming door een koper van de activa zal dan namelijk niet veel meer voorkomen, omdat dan alle werknemers van rechtswege in dienst komen van de doorstarter. Een doorstart is onder die omstandigheden vaak niet aantrekkelijk meer.<sup>23</sup>

De vraag die vervolgens kan worden gesteld is wat het meest in de weg zit aan het geven van voorrang aan de maatschappelijke belangen, die gediend kunnen zijn met het voortzetten van de onderneming van de failliet, bijvoorbeeld het openhouden van het ziekenhuis, terwijl dat gepaard gaat met (boedel)kosten. Allereerst wellicht het feit dat het faillissementsrecht zekerheid moet bieden aan de betrokken partijen (hard and fast rules). Wanneer andere belangen kunnen prevaleren boven belangen van schuldeisers bestaat het gevaar dat betrokkenen niet weten waar zij aan toe zijn. Wellicht is dan niet vooraf zeker welke belangen boven hun belang kunnen worden gesteld. Misschien is het de (ouderwetse) gedachte over het faillissementsrecht die in de weg zit aan het geven van voorrang aan de maatschappelijke belangen. Het gaat bij een faillissement om liquidatie van de activa, ofwel verdeling van de nalatenschap na het overlijden van de pa-

---

23. Zie voor mijn bespreking van het consultatiewetsvoorstel Wet overgang van onderneming na faillissement (“WOVOF”) en de gevolgen hiervan wanneer dit wet zou worden: M.R. van Zanten, ‘Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement’, *TvI* 2020/6, p. 34-48 en M.R. van Zanten ‘Voorontwerp wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement’, *MvO* nummer 2019/8&9, p. 271-278.

## Over de bezorgde curator

tiënt. Het is de vraag of dit een juiste gedachte is en dit wel leidt tot een billijke wijze van vereffening. Op grond van het uitgangspunt van de billijke verdeling moet de curator extra schade bij derden als gevolg van zijn beleidskeuze zoveel mogelijk beperken.

Op basis van de gedachte dat het gaat om liquidatie van activa alleen zal dit bij een ziekenhuisfaillissement betekenen dat vanaf datum faillissement het ziekenhuis ontruimd moet worden. Patiënten moeten dan onmiddellijk worden overgedragen aan andere ziekenhuizen. De energielevering van het ziekenhuispand moet worden beëindigd. De (kostbare) licenties met softwareleveranciers moeten worden beëindigd. De deuren moeten op slot en uiteraard mogen geen medicijnen meer worden aangeschaft voor de patiënten die werden behandeld in het ziekenhuis. Elke investering in de voortzetting van de patiëntenzorg is namelijk voornamelijk in het belang van de individuele patiënten en niet in het (financiële) belang van de gezamenlijke schuldeisers. Hoewel voortzetting van de zorg ook kan dienen ter voorbereiding van een doorstart die, vanwege de opbrengst, van belang is voor de gezamenlijke schuldeisers. De schaarste van de middelen bij een faillissement en de, ouderwetse, opvatting over de taak van de curator, dat hij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers moet laten prevaleren boven de belangen van maatschappelijke aard, staan naar mijn mening in de weg aan de zorgvuldige continuïteit, respectievelijk afbouw, van de zorgactiviteiten van de failliet.

Wanneer het gaat om een ziekenhuisfaillissement lijkt het maken van een keuze voor de voortzetting van de zorg en de gecontroleerde overdracht van de zorg maatschappelijk gewenst. Deze keuze zal niet snel op weerstand van andere betrokken partijen stuiten. Maar er kunnen zich natuurlijk andere situaties voordoen (bijvoorbeeld de faillissementen van energieleveranciers of onderwijsinstellingen) waarbij het niet gaat om leven of dood. In dat geval wordt de keuze voor de curator lastiger. In de literatuur bestaat verdeeldheid over de mogelijkheid en wenselijkheid van het laten prevaleren van maatschappelijke belangen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zonder wijziging van de Faillissementswet. Los van de vraag of een bepaald maatschappelijk belang kan worden gediend of prevaleert boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers moet ook de vraag worden gesteld wie de met het dienen van het belang gepaard gaande kosten moet dragen. Mijns inziens moeten de kosten voor het dienen van het maatschappelijk belang gedragen worden door het collectief, en niet door de boedel, respectievelijk de gezamenlijke schuldeisers. Dat betekent dat voor ieder concreet geval voor de curator duidelijk moet zijn welke partij zorg draagt voor de kosten van het dienen van het bepaalde belang.



De INSOLAD Praktijkregels bepalen, in de lijn van de huidige jurisprudentie, slechts dat een grondbeginselen van het faillissementsrecht is dat de curator zich laat leiden door de belangen van de boedel en rekening houdt met belangen van maatschappelijke aard.<sup>24</sup>

Op basis van de huidige jurisprudentie en regelgeving is de tussenconclusie dat de curator problemen kan ondervinden bij de afwikkeling van faillissementen als gevolg van de soms noodzakelijke afweging tussen de maatschappelijke belangen en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>25</sup>

### **3. Problemen bij de afwikkeling van zorgfaillissementen en de oplossingen**

#### *3.1. Inleiding*

Bij de afwikkeling van het faillissement van MC Slotervaart waren curatoren verbaasd over diverse ontwikkelingen. Deze ontwikkelingen zouden namelijk kunnen leiden tot (ernstige) problemen bij de voortzetting van de zorg. In dit hoofdstuk worden deze problemen besproken. Hierna worden de oplossingen besproken om te komen tot een zorgvuldige afwikkeling of overdracht van de zorg voor de patiënten van de zorginstelling. Bij de bespreking van de oplossingen wordt aandacht besteed aan het antwoord op de (belangrijke) vraag wie de kosten hiervoor zal moeten dragen.

#### *3.2. Geen pre-pack/stille voorbereiding*

Het bestuur van MC Slotervaart heeft er in oktober 2018 niet voor gekozen de rechtbank te vragen om de aanstelling van een beoogd curator, die via de pre-packmethode het faillissement van het ziekenhuis zou kunnen voorbereiden. Dat had er wellicht mee te maken dat ook de rechtbank Midden-Nederland betrokken was. Dat was de bevoegde rechter ten aanzien van de ziekenhuizen die onder MC IJsselmeerziekenhuizen vielen en waarvoor op dezelfde dag insolventieprocedures moesten worden geopend. De rechtbank Midden-Nederland zou naar verwachting geen beoogd curatoren kunnen en willen

---

24. Zie: INSOLAD Praktijkregels voor curatoren, april 2019, art. 1.1 sub b.

25. Zie voor een interessante bespreking van alternatieve regelgeving voor ziekenhuisfaillissementen: F.D. Crul, 'Ziekenhuisfaillissementen na Slotervaart', *FIP* 2020/83, p. 37-42. Zie ook het lezenswaardige artikel van M.R. Schreurs, 'De interactie tussen boedelbelang en patiëntenbelang: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissementen en voorstellen ter verbetering', *TvJ* 2020/25.



aanstellen. Deze rechtbank wacht met de aanstelling van een beoogd curator tot daarvoor een wettelijke basis is, na inwerkingtreding van de Wet Continuïteit Ondernemingen I (“WCO I”). Verder waren er wellicht ook andere redenen af te zien van een dergelijk verzoek. Een pre-pack had echter, zo blijkt uit de onderzoeksrapporten en uit onze eigen ervaringen, een hoop onrust en ongenoegen kunnen voorkomen.<sup>26</sup> In voorkomende gevallen moet de pre-pack bespreekbaar worden in de bestuurskamer en de Raad van Toezicht van zorginstellingen. Mogelijke koudwatervrees voor de toepassing van de pre-pack-methode moet verdwijnen. Zo er, na het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (“HvJ EU”) in de Heiploeg zaak<sup>27</sup> nog onduidelijkheden zouden bestaan over mogelijke arbeidsrechtelijke consequenties kan erop worden gewezen dat in de zorg een groot tekort aan personeel bestaat. Het mogelijke feit dat alle personeelsleden in dienst komen van de doorstarter zal bij een doorstart van een zorginstelling niet een probleem vormen, maar eerder een wens. Tot het moment waarop WCO I door de Eerste Kamer wordt aangenomen en in werking treedt zal de praktijk sterke behoefte hebben aan uniform beleid van de rechtbanken. Mede gelet op de recente uitspraken in de Heiploeg zaak van de Hoge Raad<sup>28</sup> en het HvJ EU is het wenselijk dat alle rechtbanken zich, vooruitlopend op de invoering van WCO I, in beginsel bereid verklaren tot het aanstellen van een beoogd curator bij een zorginstelling wanneer aan de in de praktijk geformuleerde voorwaarden wordt voldaan.<sup>29</sup> Sterker nog, mijns inziens zal ieder zorgfaillissement moeten worden voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase en aanstelling van een beoogd curator. Dat kan alleen maar wanneer vervolgens ook alle rechtbanken hieraan hun medewerking verlenen. Anders zou een zorgvuldige voorbereiding in sommige arrondissementen niet kunnen plaatsvinden, wat onwenselijk is. Zorgverzekeraars, de Nederlandse Zorgautoriteit (“NZa”), de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (“IGJ”) en VWS zullen tijdens de contacten met de besturen van zorginstellingen moeten blijven wijzen op de mogelijkheid van een pre-pack zodat, wanneer een faillissement onvermijdelijk is, de afbouw van de zorgactiviteiten en de overdracht van de zorg in stilte kan worden voorbereid en gelijk op datum faillissement ten uitvoer kan worden gelegd.

---

26. Zo heeft de pre-pack vanaf 5 juni 2013 tot datum faillissement op 24 juni 2013 in geval van het Ruwaard van Puttenziekenhuis in Spijkenisse een goed voorbereide doorstart mogelijk gemaakt.

27. HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*).

28. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (*FNV/Heiploeg*) en het daarop aanvullende arrest HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*FNV/Heiploeg*).

29. De afgelopen jaren werkten de rechtbanken Midden-Nederland, Limburg en Overijssel niet mee aan de aanstelling van een beoogd curator.

De wetgevingsgeschiedenis van WCO I is een bijzondere. De vaste Tweede kamercommissie heeft de minister van Veiligheid & Justitie tijdens het vragenuurtje gevraagd om een wettelijke basis voor de in de praktijk ontwikkelde pre-pack-methode, die als nuttig werd beschouwd. Vervolgens is het voorontwerp voor de WCO I op 22 oktober 2013 in consultatie gegeven. Het daarna ingediende wetsvoorstel is op 21 juni 2016 door de Tweede Kamer met algemene stemmen aangenomen. Inmiddels werd in de praktijk in diverse sectoren gebruik gemaakt van de pre-pack.<sup>30</sup> Op verzoek van de SP fractie in de Eerste Kamer is het wetsvoorstel op 4 april 2017 van de lijst van hamerstukken afgevoerd vanwege aanvullende vragen naar aanleiding van de conclusie van de Advocaat-Generaal van het HvJ EU in de Smallsteps zaak die op 29 maart 2017 was ingediend.<sup>31</sup> Het HvJ EU heeft vervolgens op de prejudiciële vragen van de verwijzende kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland (zittingsplaats Almere) op 22 juni 2017<sup>32</sup> overwogen dat de pre-pack niet valt onder de uitzondering voor geldigheid van de Richtlijn overgang van onderneming.<sup>33</sup> Daarna is slechts een enkele maal een stille voorbereidingsfase vooraf gegaan aan een faillissement. Om toch te komen tot invoering van WCO I is het voorstel voor de Wet overgang van onderneming in faillissement (“WOVOF”) in consultatie gegeven op 29 mei 2019. Hiermee zal de uitzondering voor toepassing van de arbeidsrechtelijke bescherming voor werknemers bij overgang van onderneming na faillissement grotendeels verdwijnen.

Alle Nederlandse rechters, inclusief de Hoge Raad in de Heiploeg zaak, met uitzondering van de kantonrechter in de Smallsteps zaak, hebben voor de invoering en het gebruik van de pre-pack gunstige uitspraken gedaan in de afgelopen jaren in afwachting tot meer duidelijkheid zou worden gegeven door het HvJ EU. In het arrest in de Heiploeg zaak heeft het HvJ EU overwogen dat een in stilte voorbereide doorstart wel degelijk onder de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG kan vallen.<sup>34</sup>

Inmiddels is op 7 december 2022 ook door de Europese wetgever steun gegeven aan de invoering van de pre-pack in de Lidstaten. Hiermee geeft de Europese

---

30. Zie voor een analyse van de aantallen pre-packs: M.R. van Zanten, ‘It takes Smallsteps to pre-pack: een analyse in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De curator en het Personeel (Insolad Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 47-52.

31. ECLI:EU:C:2017:241.

32. ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV c.s./Smallsteps BV*).

33. Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

34. Zie noot 27.

## Over de bezorgde curator

commissie gelijk ook de meest recente bevestiging dat de werknemersbescherming van de Europese Richtlijn 2001/23/EG bij overgang van onderneming niet geldt ingeval van toepassing van de pre-packmethode. In de Titel IV van het voorstel van de Richtlijn tot harmonisatie van Bepaalde Aspecten van het insolventierecht<sup>35</sup> is een aantal bepalingen opgenomen met betrekking tot de pre-pack. Deze bepalingen moeten ervoor zorgen dat de pre-packprocedures, die volgens de Europese wetgever worden beschouwd als effectief voor het waarde herstel voor de schuldeisers, beschikbaar zijn op een gestructureerde wijze in de wetgeving van de Lidstaten. Daartoe wordt bepaald dat de Lidstaten moeten verzekeren dat de pre-packprocedures bestaan uit twee elkaar opvolgende fases, te weten de voorbereidende fase en de liquidatiefase.<sup>36</sup> In art. 20 is bepaald:

*“1. The liquidation phase referred to in Article 19, paragraph 1, shall be considered to be an insolvency proceeding as defined in Article 2, point (4), of Regulation (EU) 2015/848. (...)*

*2. For the purposes of Article 5(1) of the Council Directive 2001/23/EC, the liquidation phase shall be considered to be bankruptcy or insolvency proceedings instituted with a view to the liquidation of the assets of the transferor under the supervision of a competent public authority.”*

De afgelopen jaren is als gevolg van de discussie over al dan niet onverkorte geldigheid van de Richtlijn 2001/23/EG het aantal faillissementen dat is voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase beperkt gebleven. Het wetgevingsprogramma is abrupt tot stilstand gebracht waardoor ook het gebrek aan uniformiteit bij de rechtbanken (waar nog steeds drie rechtbanken afwijzend staan tegenover de pre-pack zolang er geen wettelijke basis is) is blijven bestaan. Terwijl in de praktijk in een aantal gevallen wel degelijk behoefte bestond aan de mogelijkheid tot een zorgvuldige, stille, voorbereiding van het faillissement, waarmee schade en onrust had kunnen worden voorkomen. Uiteindelijk hebben alle Nederlandse en Europese gerechten, en straks ook de Europese wetgever, bevestigd dat pre-pack valt onder de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Het is nu van groot belang, zeker gelet op de huidige economische situatie, dat de behandeling van de WCO I in de Eerste Kamer zo snel mogelijk wordt voortgezet zodat de WCO I spoedig kan worden ingevoerd en verder geen tijd verloren gaat. Bij een volgend zorgfaillissement kan dan hopelijk gebruik gemaakt worden van de pre-packmethode die dan een wettelijke basis heeft. De

---

35. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonizing certain aspects of insolvency law d.d. 7 december 2022, COM(2022)702 final.

36. Art. 19 lid 1 concept Richtlijn d.d. 7 december 2022.

Novelle WCO I hoeft, als gevolg van het arrest van het HvJ EU in de Heiploeg-zaak en de voorgestelde tekst van de concept Richtlijn d.d. 7 december 2022, niet meer te worden ingediend bij de Tweede Kamer. Onder verwijzing naar het rapport van de OVV, en op basis van ervaringen opgedaan bij de afwikkeling van het faillissement van MC Slotervaart ben ik van mening dat iedere insolventieprocedure van een lopende zorginstelling in de toekomst moet worden voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase, in aanwezigheid van een beoogd curator. Pas dan kan sprake zijn van een zorgvuldige voorbereiding en het voorkomen van risico's voor de patiëntveiligheid. De risico's die genomen zijn bij de onvoorbereide ziekenhuisfaillissementen in 2018 mogen niet nog eens genomen worden.

### 3.3. *Geen goede handreiking/telefoonlijst*

Bij de aanvang van het faillissement ontvingen wij de 'Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren'.<sup>37</sup> De handreiking bevat geen oplossingen voor de problemen die de curator ondervindt bij de afwikkeling van een zorgfaillissement. Een telefoonlijst met de belangrijke contactpersonen bij de stakeholders ontbreekt, zodat de curator niet gelijk kan starten met de zorgvuldige voortzetting of overdracht van de zorg. Het zou goed zijn wanneer de handreiking wordt geactualiseerd aan de hand van de ervaringen tijdens de ziekenhuisfaillissementen uit 2018 en hieraan wordt toegevoegd een telefoonlijst, die beschikbaar wordt gesteld aan RECOFA. De rechtbank kan deze de handreiking en de telefoonlijst dan bij de benoeming aan de curator ter beschikking stellen zodat deze gelijk de juiste personen bij de stakeholders kan vinden en er geen kostbare tijd verloren gaat.

### 3.4. *Geen procedure voor verstrekking van noodzakelijke financiële middelen voor voortzetting/overdracht zorg*

Er bestaat geen draaiboek voor de financiering van de voortzetting en afbouw van de zorg na faillissement. Op datum surseance moesten wij in gesprek met de zorgverzekeraars over het verstrekken van gelden voor de voortzetting of overdracht van de zorg aan hun verzekerden. Aanvankelijk was de gedachte niet dat daarvoor budget beschikbaar zou kunnen of moeten worden gesteld. De gedachte van de zorgverzekeraars was aanvankelijk dat deze zorg na faillissement zou kunnen en moeten worden bekostigd via het gebruikelijke systeem

---

37. Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren. Informatie over ordening en bekostiging van de zorg relevant voor de afwikkeling van faillissementen, Ministerie van VWS Directie Markt & Communicatie mei 2017.

## Over de bezorgde curator

van vergoeding van de door het ziekenhuis bij de zorgverzekeraar ingediende declaraties aan het einde van de behandeling. Dat zou pas op termijn van enkele jaren financiële middelen opleveren, waardoor acute liquiditeitsnood zou ontstaan. Nadat vervolgens toch de bereidheid was uitgesproken tot het verstrekken van gelden voor voortzetting en overdracht volgden nog gesprekken over het exacte bedrag dat daarvoor beschikbaar moest komen. Gelukkig werd voor de eerste week gelijk een voorschot ter beschikking gesteld.

In een faillissement van een zorginstelling moet het vanaf het eerste moment duidelijk zijn dat (voortzetting, respectievelijk overdracht van) de zorgverlening aan de verzekerden geheel (en zonder enige beperking of cap) voor rekening komt van de zorgverzekeraars. Gelijk na faillissement dienen zorgverzekeraars dit te bevestigen aan de curator zodat de zorginstelling open kan blijven en ongestoorde zorg kan worden verleend. Vervolgens dient er, zo mogelijk via een standaard boedelkredietovereenkomst, te worden zorggedragen voor de terbeschikkingstelling van gelden waardoor de voortzetting of overdracht van de zorg aan de patiënten geen moment in gevaar komt. Hierover zijn de afgelopen jaren gesprekken gevoerd tussen de minister van VWS en de zorgverzekeraars. Maar deze kwestie is op dit moment nog niet geregeld. Het commitment van de zorgverzekeraars over te gaan tot bekostiging van deze voortzetting en afbouw na faillissement moet spoedig worden bevestigd. Er moet een draaiboek voor de terbeschikkingstelling van de gelden klaarliggen zodat de documentatie op de eerste dag gelijk kan worden getekend en de volgende dag de eerste betalingen van noodzakelijke kosten kunnen worden verricht door de zorgverzekeraars. Er moet een systeem worden opgezet voor de samenwerking tussen boedel en zorgverzekeraars op basis waarvan de zorgverzekeraars kunnen verifiëren dat de gelden worden gebruikt waarvoor ze worden verstrekt.

Het moet daarnaast duidelijk zijn dat de financiering van de (voortzetting en overdracht van) zorg na faillissement niet leidt tot een (boedel)vordering van de zorgverzekeraars die ten laste van de boedel komt. Dat zou namelijk betekenen dat de voortzetting en overdracht van de zorg uiteindelijk toch ten laste van de gezamenlijke schuldeisers komt. Dat is niet wenselijk. De kosten worden specifiek gemaakt voor de verzekerden en het zijn dan ook de zorgverzekeraars, en niet de gezamenlijke schuldeisers, die deze kosten moeten dragen. Zorgverzekeraars hebben zich bereid getoond om nadere afspraken te maken over hoe zij in de toekomst in gezamenlijkheid het boedelkrediet voor voortzetting van de zorg na faillissement kunnen garanderen.<sup>38</sup> Deze afspraken zijn tot op heden

---

38. Zie: brief Minister voor Medische Zorg en Sport d.d. 19 juni 2020 (Gebundelde beleidsreactie op rapporten over faillissementen MC-groep), kenmerk 1707265-207069-PZO, p. 9.

helaas nog niet (bekend) gemaakt. Ook is niet vastgelegd dat de zorgverzekeraars geen vordering hiervoor zullen indienen. Onduidelijkheid hierover kan leiden tot onrust en patiëntonveiligheid en complicaties bij de afwikkeling van een zorgfaillissement. Het is de hoogste tijd dat dit belangrijke punt door alle betrokken partijen wordt afgehandeld. VWS en de rechtbank Rotterdam (afdeling insolventies) hebben recent het initiatief genomen tot een Rondetafeldiscussie om alle belemmeringen voor de afwikkeling van een zorgfaillissementen op te lossen. Deelnemers zijn: curatoren, NZa, zorgverzekeraars, IGJ, rechtbank Rotterdam, VWS, de Jeugdautoriteit en VNG.<sup>39</sup>

### 3.5. *Geen procedure voor garantie voortzetting medische beroepsaansprakelijkheidsverzekering*

Er ontstond op datum faillissement van MC Slotervaart een acuut probleem met de medische beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Deze verlangde een garantie voor de betaling van het eigen risico ter hoogte van € 2 miljoen. Die werd verlangd van een zorginstelling die een paar uur daarvoor failliet was verklaard. Het ziekenhuis kon daaraan niet voldoen. De mogelijke beëindiging van de medische beroepsaansprakelijkheidsverzekering leidde op de dag van de faillietverklaring tot de voorbereiding van de evacuatie van het ziekenhuis om 15.00 uur. Er bleken geen afspraken te bestaan over de (financiering van) de noodzakelijke voortzetting van deze verzekering. In deze zaak verstreekte de minister voor Medische Zorg en Sport gelukkig aan het begin van de middag een garantie aan de verzekeraar zodat evacuatie achterwege kon blijven. Maar deze oplossing is totstandgekomen onder enorme tijdsdruk, zonder dat sprake is van beleid of van te voren gemaakte afspraken over dit onderwerp. Er moet zo spoedig mogelijk duidelijkheid komen dat de medische beroepsaansprakelijkheidsverzekering niet eindigt na surseance/faillissement zodat de zorg ongestoord kan worden voortgezet/afgebouwd. Zo nodig zal dit wettelijk geregeld moeten worden. De kosten voor de voortzetting van deze verzekering na surseance of faillissement zullen mijns inziens moeten worden gedragen door de zorgverzekeraars voor wiens patiënten de (verzekerde) zorg wordt voortgezet. Het ligt voor de hand dat deze kosten vallen onder de hiervoor onder 3.4 genoemde kosten van voortzetting en overdracht van zorg. Wellicht dat, gelet op het bijzonder belang bij voortzetting van deze overeenkomst, nog andere wettelijke mogelijkheden bestaan om de verzekering zoveel als mogelijk te kunnen voortzetten, uiteraard tegen betaling van hetgeen ook buiten faillissement verschuldigd zou zijn aan de verzekeraar voor de verzekering voor de periode na faillissement.

---

39. Curatoren MC Slotervaart nemen ook deel aan deze discussie.

### 3.6. *Geen procedure voor overdracht patiënten*

MC Slotervaart beschikte niet over een plan voor overdracht van de patiënten(groepen) aan de omliggende ziekenhuizen. De bespreking van een dergelijk plan in een fase waarin het ziekenhuis op omvallen staat is lastig. Maar het gevolg was dat de overdracht van de tientallen klinische patiënten, die binnen een paar dagen moest plaatsvinden, de dag na de surseance in spoedoverleg met de omliggende ziekenhuizen tot stand moest worden gebracht. Voor de overige patiënten zijn op 21 november 2018 de namen van zorginstellingen gepubliceerd waar zij, desgewenst, hun zorg konden voortzetten.<sup>40</sup> Voorts bleek dat de patiëntendossiers niet op elke afdeling geheel op orde waren en klaar voor overdracht, wat een zorgvuldige overdracht lastig maakte.

Het zou verstandig zijn wanneer iedere zorginstelling, voordat continuïteitsproblemen ontstaan, beschikt over een overzicht van haar populatie patiënten en plannen over een voorkeursverdeling heeft klaarliggen zodat na faillietverklaring met de zorgverzekeraars spoedig tot een verdeling van de patiëntenpopulatie kan worden gekomen. Er moet op dit punt dus bij iedere zorginstelling een plan van aanpak voor overdracht klaarliggen dat periodiek wordt geactualiseerd. De IGJ moet hierop, voordat continuïteitsproblemen ontstaan, toezicht houden. Bespreking van de overdracht van elkaars patiënten(groepen) in een fase waarin nog geen acute nood is gaat beter dan wanneer een zorginstelling in nood hierover overleg moet voeren met een collega-instelling met als gevolg dat grote onrust ontstaat en het gevaar bestaat dat de ernstige financiële positie van de zorginstelling bekend wordt, met alle (nadelige) gevolgen van dien. Overigens waren de omliggende ziekenhuizen in het geval van MC Slotervaart zeer snel met handelen en waren zij uiterst behulpzaam bij de overdracht<sup>41</sup>, maar meer rust na faillissement door een goede voorbereiding voorkomt risico's.

### 3.7. *Geen procedure voor overdracht en opslag dossiers patiënten*

Curatoren waren door de rechtbank aangesteld voor de afwikkeling van het faillissement van MC Slotervaart. De vraag werd gesteld of daaronder ook viel het voldoen aan de verplichting van art. 7:454 lid 3 BW. In deze bepaling is een

---

40. Daarnaast zijn door curatoren 73.000 brieven verstuurd aan de patiënten en de huisartsen om hen hierover te informeren. De patiënt heeft overigens een eigen keuze hierin en kan dus zelf een nieuwe behandelaar kiezen. De verdeling geldt dus alleen voor die patiënten die geen (andere) keuze maken.

41. Zie: 'Veerkracht en betrokkenheid: Goede zorg na overdracht uit MC Slotervaart', Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd, Utrecht november 2019.



bewaarplicht voor de patiëntendossiers opgenomen voor (thans) 20 jaar. Voor de beantwoording van deze vraag konden curatoren niet terugvallen op gelijke situatie<sup>42</sup> en er bestond geen procedure voor. Voor de beantwoording van de vraag is van belang wat de kwalificatie is van de bewaarplicht. Wat voor soort verplichting is dit?

Deze verplichting is te beschouwen als een contractuele verplichting van het ziekenhuis (werkgever van de artsen die de geneeskundige behandelovereenkomsten hebben gesloten) en de patiënten. Deze vloeit voort uit de geneeskundige behandelingsovereenkomsten die MC Slotervaart heeft gesloten met haar patiënten. In dit faillissement was MC Slotervaart de partij, en niet de behandelend arts, omdat alle artsen in loondienst waren bij het ziekenhuis. De bewaarplicht kan niet worden beschouwd als een boedelschuld.<sup>43</sup> Toch werd er door verschillende partijen gesteld dat de verantwoordelijkheid van de opslag van de medische dossiers na faillissement op curatoren zou rusten en dat zij dus voor nakoming van deze wettelijke verplichting moesten zorgdragen. Gesteld werd dat de curator na faillietverklaring het ziekenhuis vertegenwoordigt en de verplichtingen die op het ziekenhuis rusten met betrekking tot de opslag van medische dossiers na faillissement automatisch op de curator zijn komen te rusten. De kosten hiervan bedroegen ongeveer € 5 miljoen. Er werd een vergelijking gemaakt met een op de curator rustende verplichting tot beëindiging van een overtreding van de milieuwetgeving.

Curatoren konden (en wilden) de substantiële kosten niet dragen, zo deze verantwoordelijkheid al op hen zou rusten.<sup>44</sup> Wanneer de stelling juist zou zijn dat deze kosten door de boedel gedragen zouden moeten worden, zou het risico bestaan dat bij faillissementen waar onvoldoende boedelactief is niet voor opslag van de dossiers zou kunnen worden zorggedragen. Dat leek curatoren (maatschappelijk) ongewenst. Zou de boedel deze kosten wel kunnen dragen dan nog is het de vraag of dit wel ten laste van de gezamenlijke schuldeisers kan worden gebracht nu eerder sprake is van het dienen van een maatschappelijk belang dan van een schuldeisersbelang. Bovendien verwachtten curatoren niet dat zij 20 jaar in functie zouden zijn en zij dus niet zouden kunnen zorgen voor de

---

42. Bij een eerder faillissement van een ziekenhuis was sprake van een doorstart gelijk na faillissement en speelde niet, zoals bij MC Slotervaart, dat het ziekenhuis voorgoed de deuren sluit.

43. En valt niet onder een van de categorieën boedelschulden als genoemd door de Hoge Raad, zie HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) en Hoge Raad 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

44. Het archief was enorm. Het bestond uit 4 km archief opgeslagen in het Centraal Medisch Archief van MC Slotervaart, 216 pallets archief op twee externe locaties en 600.000 digitale patiëntendossiers van (oud) patiënten van het ziekenhuis.



## Over de bezorgde curator

nakoming van deze verplichting. Tenslotte hebben curatoren erop gewezen dat zij door de rechtbank zijn aangesteld om de boedel te beheren en te vereffenen, maar niet zijn te beschouwen als (een vertegenwoordiger van) de gefailleerde zorginstelling. De analogie met milieuzaken gaat niet op omdat het daar gaat om een publiekrechtelijke verplichting die volgens de bestuursrechter rechtstreeks rust op de curator in zijn hoedanigheid en die bestuursrechtelijk handhaafbaar is. Daarvan is geen sprake in het geval van de bewaarplicht van medische dossiers. De privacywetgeving vormde tenslotte een groot probleem bij de oplossing. Hoe kon tot overdracht worden overgegaan met instemming van de (zeer vele en voor curatoren onbekende en onbereikbare) patiënten?

Na uitvoerig overleg, waaraan is deelgenomen door de minister voor Medische Zorg en Sport, de IGJ en de zorgverzekeraars, heeft de minister bij brief van 13 maart 2019 aan de Tweede Kamer bevestigd dat het zorgdragen voor het bewaren en toegankelijk houden van dossiers eerste verantwoordelijkheid blijft van de zorgverlener. In zeer specifieke gevallen van aantoonbare overmacht waarin bijvoorbeeld geen doorstart plaatsvindt, zal de Rijksoverheid zorgen voor een 'last resort' functie, zodat altijd voorkomen wordt dat medische dossiers tussen wal en schip raken. De minister heeft daarom toegezegd in het specifieke geval van het faillissement van MC Slotervaart de kosten van het bewaren en toegankelijk houden van de dossiers voor zijn rekening te nemen.<sup>45</sup>

Het UMCU in Utrecht heeft vervolgens met ingang van 20 april 2020 alle dossiers overgenomen, waardoor de (oud) patiënten van MC Slotervaart hun dossier kunnen opvragen. Voor deze zaak is dus een oplossing gevonden. Maar er dient duidelijkheid te komen voor curatoren, zorginstellingen en patiënten wat er met de patiëntendossiers moet gebeuren na faillietverklaring zodra de instelling voorgoed haar deuren sluit. Ook hier lijkt het voor de hand te liggen dat de zorgverzekeraars de kosten dragen voor het bewaren van de dossiers van de bij hen verzekerde patiënten in verband met de aan hen verstrekte of te verstrekken zorg.

Voorts is toezicht nodig van IGJ op het op orde houden van de dossiers. Er moet, analoog aan de procedure die is ontwikkeld bij MC Slotervaart, een procedure worden vastgesteld op grond waarvan curatoren/zorginstellingen patiëntendossiers kunnen overdragen aan een andere zorginstelling, waarbij sprake is van een garantie voor betaling van de kosten voor deze overdracht en het bewaren. Dit zal niet nodig zijn wanneer een wettelijke bepaling wordt ingevoerd dat de

---

45. *Kamerstukken II*, vergaderjaar 2018-2019, 29 247, nr. 269, brief van de minister voor Medische Zorg en Sport van 13 maart 2019.

patiëntendossiers in geval van faillissement niet meer bewaard hoeven te worden. Ik betwijfel overigens of dat laatste in het belang is van de patiënten en zou daarvan geen voorstander zijn.

Het is te hopen dat de in de consultatieversie van de Uitvoeringswet AVG voorgestelde wijziging van art. 30 lid 3 AVG<sup>46</sup> wet wordt. Alsdan lijkt het privacy-probleem, dat zich voordoet bij de overdracht van de medische dossiers van patiënten, te zijn opgelost. Hierin is een extra uitzondering opgenomen op het verbod van gegevensverwerking inzake gegevens over gezondheid, zodat de medische dossiers in geval van faillissement zonder privacy-problemen kunnen worden overgedragen aan een andere instelling.

### 3.8. *Geen doorstart mogelijk*

Zo positief als een mogelijke doorstart kort na faillissement meestal wordt ontvangen, zo kritisch stonden diverse partijen tegenover een doorstart van MC Slotervaart. Er was sprake van grote tegenwerking van alle kanten voor het totstandbrengen van een mogelijke doorstart door een externe partij die ervaring had met de doorstart van een ander failliet ziekenhuis. En dat terwijl na de doorstart patiënten en artsen bij elkaar zouden kunnen blijven, de zorg ongestoord zou kunnen worden voortgezet in hetzelfde ziekenhuispand en de patiëntendossiers ook op dezelfde plaatsen bewaard zouden kunnen blijven. Een doorstart zou dus veel onrust, kosten en risico's besparen. In de toekomst zal mijns inziens meer aandacht moeten worden besteed aan de grote voordelen van een doorstart van een failliete zorginstelling. Bij discussies over een mogelijke doorstart moeten partijen (nog) meer oog houden voor het algemeen patiëntenbelang dan de overige belangen zoals bijvoorbeeld de ordening van het zorglandschap. Het niet laten doorgaan van een doorstart, en daar niet gezamenlijk met alle stakeholders vol op inzetten, heeft een hoop onrust veroorzaakt bij MC Slotervaart. Afgebroken/vertraagde behandeltrajecten, gestopte opleidingstrajecten voor artsen en zeer veel kosten, onder meer voor de overdracht van de patiëntendossiers, waren hiervan het gevolg.

### 3.9. *Gemeentelijk voorkeursrecht*

De Gemeente Amsterdam heeft twee weken na faillissement een voorkeursrecht op het ziekenhuispand van MC Slotervaart gevestigd. Daardoor werd de uitoefening van de wettelijke taak van het te gelde maken van het actief onmogelijk

---

46. Onderdeel M in het concept wetsvoorstel, zie ook concept MvT, p. 17-22.

en werd het totstandbrengen van een doorstart en de afwikkeling van het faillissement uiterst complex. Zonder medewerking van de gemeente was opeens niets meer mogelijk. Een zo sterke positie van een gemeente bij het boedelbeheer door de curator past niet in het systeem van de Faillissementswet. Beslagen vervallen<sup>47</sup> en de curator beheert de boedel onder toezicht van de rechter-commissaris. Het voorkeursrecht past niet in dit systeem. Het is wenselijk dat wordt onderzocht of nieuwe wetgeving noodzakelijk is om te voorkomen dat een gemeente een (voor voortzetting van de zorg noodzakelijk) vermogensbestanddeel, dat valt onder het beheer van een door de rechtbank aangestelde curator na faillissement uit de boedel kan halen door het vestigen van een voorkeursrecht. Het ziekenhuispand is essentieel voor het voortbestaan van de zorg op die plek. Het maatschappelijk belang dat daarmee kan worden gediend moet gaan boven het belang van een gemeente op verwerving van het ziekenhuispand om eigen plannen te kunnen ontwikkelen op die plek.

### 3.10. *Onduidelijkheid over de taak van de curator*

De taken van een curator van een zorginstelling gaan veel verder dan het beheren en vereffenen van de boedel. Er zijn immers patiënten die niet in de steek gelaten mogen worden en afhankelijk zijn. Maar aan de andere kant is er een ziekenhuis dat dicht gaat en geen middelen heeft voor voortzetting van de activiteiten.

Hier ontbreekt wetgeving voor de botsende belangen. Uiteraard kan worden gewezen op de jurisprudentie van de Hoge Raad. En natuurlijk zal een zorgvuldig handelend curator zijn uiterste best doen de patiëntveiligheid te garanderen. Maar daarvoor heeft hij geld nodig, rust en ondersteuning door personeel, dat ontslagen wordt en dus nog maar voor korte tijd aan het ziekenhuis verbonden zal zijn. De curator zal dan de belangen van de patiënten soms laten prevaleren boven de financiële belangen van de gezamenlijke crediteuren, voor wie hij nu juist is aangesteld. Daarnaast kan de vraag worden gesteld welke toezichthouder voor gaat: de IGJ, aan wie dagelijks gerapporteerd moet worden en die bewaakt of alle regels worden nageleefd, of de rechter-commissaris in het faillissement, die toezicht houdt op de afwikkeling van de boedel door de curator? De ene toezichthouder zal de curator waarschijnlijk een andere maat nemen dan de andere toezichthouder. Ook de OVV heeft gewezen op deze botsende belangen.<sup>48</sup>

---

47. Art. 33 lid 2 Fw.

48. Onderzoeksraad voor Veiligheid, 'Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen Risico's voor patiëntveiligheid', p. 10, Den Haag, december 2019.

De oplossing kan worden gevonden in aanpassing van art. 68 Fw op grond waarvan de curator in de eerste weken van een zorgfaillissement, waarin hij overwegend bezig is met zorg of overdracht van zorg, de patiëntveiligheid kan laten prevaleren boven het boedelbelang. Daarnaast dient de financiering hiervoor te worden verzekerd, via de zorgverzekeraars op basis van een verstrekte financiering of via een door hen opgericht noodfonds, zodat de curator deze algemene taak kan uitoefenen.<sup>49</sup>

#### **4. Conclusie**

De taak van de curator van een zorginstelling is hybride. Gedurende de eerste periode waarin de (voortzetting en overdracht van) zorg van de patiënten centraal staat heeft hij voornamelijk een maatschappelijke taak. Wanneer deze zorg is afgewikkeld verschiet de taak van kleur en wordt de curator de afwikkelaar van het vermogen van de failliet ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Om deze taak zo goed mogelijk te kunnen vervullen, en de schade bij betrokkenen zoveel mogelijk te beperken, is het wenselijk dat elk zorgfaillissement wordt voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase en de aanstelling van een beoogd curator. De Eerste Kamer wordt opgeroepen WCO I nu snel aan te nemen.

Wanneer sprake is van een faillissement moet in de toekomst duidelijk zijn dat (en door wie) de voortzetting en de overdracht van de zorg wordt betaald, anders dan uit het boedelactief (wat immers niet altijd voldoende is). Die duidelijkheid moet nu snel volgen omdat een groot aantal zorginstellingen als gevolg van de huidige economische ontwikkelingen in zwaar weer verkeert. Het overeind houden van elke zorginstelling moet geen doel op zich worden omdat de gevolgen van een eventueel faillissement nog onvoldoende zorgvuldig zijn gedempt. Daar waar een curator een meer maatschappelijke taak vervult dan de taak van boedelberedderaar voor de gezamenlijke schuldeisers moet de maatschappij haar verantwoordelijkheid nemen. Daarvoor is nu nog geen vast beleid ontwikkeld en moet dus per faillissement bekeken worden hoe dit moet worden afgewikkeld. De lessen van de ziekenhuisfaillissementen uit 2018 zijn duidelijk. Nooit meer op deze wijze een onvoorbereid faillissement met het risico van schade bij patiënten. Daarvoor is nog een hoop werk aan de winkel. De zorgverzekeraars vervullen daarbij een cruciale rol.

---

49. Zie hiervoor onder 3.4.

## Van belangenpluraliteit naar taakverdeling. Of: wat zou de taak van de curator *niét hoeven zijn*?

MR. DR. E.C. BOS<sup>1</sup>

### 1. Aanleiding – faillissementen in de zorg

Het thema van deze bundel is zeldzaam goed gekozen. De versnelde veranderingen in de maatschappij hebben een directe invloed op de rol en de taak van de curator bij faillissementen. In het bijzonder in de zorgsector hebben de rol en de taak van de curator bij het faillissement van zorginstellingen in de laatste jaren veel aandacht gekregen. Hoewel het onderwerp na het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis<sup>2</sup> al op menig agenda verscheen, hebben de faillissementen van het MC Slotervaart (het Slotervaartziekenhuis) en de MC IJsselmeerziekenhuizen<sup>3</sup> het bovenaan deze agenda gezet.<sup>4</sup> Deze ziekenhuisfaillissementen uit 2018 hebben geleid tot onderzoeksrapporten van de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OVV)<sup>5</sup>, de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en de Inspectie Gezondheidszorg & Jeugd (IGJ)<sup>6</sup> en van de, speciaal daartoe in het

- 
1. Deze bijdrage is geschreven door mr. dr. E.C. Bos, advocaat en partner bij DVDW Advocaten. De bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.
  2. Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis wed op 24 juni 2013 failliet verklaard. Voor een uitgebreide uiteenzetting; “Verslag van het onderzoek door Curatoren naar de oorzaken en achtergronden van het faillissement van de Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis”, Buren & DVDW Advocaten, 6 maart 2019.
  3. Op 23 oktober 2018 werd surseance van betaling verleend aan het Slotervaartziekenhuis en de MC IJsselmeerziekenhuizen. Aansluitend werd het faillissement van beide ziekenhuizen uitgesproken op 25 oktober 2018.
  4. Tussendoor werd naast de doorstart van het Ruwaard van Puttenziekenhuis, ook nog een doorstart van Sionsberg bewerkstelligd (Openbaar faillissementsverslag Zorggroep Pasana, F.17/14/274, verslag 4, par. 6.3).
  5. Onderzoeksraad voor de Veiligheid, “Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico’s voor patiëntveiligheid”, december 2019 (Bijlage bij Kamerstukken 2019/2020, 31 016, 269).
  6. IGJ en NZa, “Faillissement Slotervaartziekenhuis B.V., Onderzoek naar goed bestuur in de periode 2014–2018, november 2020”, (Bijlage bij Kamerstukken 2019/2020, 31 016, 299), IGJ, “Veerkracht en betrokkenheid: goede zorg na overdracht uit MC Slotervaart” (Bijlage bij Kamerstukken II 2019/2020, 31 016, 256) en IGJ, “Veerkracht en betrokkenheid: goede zorg na overdracht uit MC IJsselmeerziekenhuizen”(Bijlage bij Kamerstukken II 2019/20, 31 016, 270).

leven geroepen, Commissie van Maanen<sup>7</sup>. Elk van de rapporten laat een uitgebreide analyse van faillissementen volgen door een reeks van aanbevelingen. Tot slot heeft de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS), mede namens de Minister van Rechtsbescherming, in een gebundelde beleidsreactie<sup>8</sup> gereageerd op de diverse rapporten.<sup>9</sup> Deze reactie heeft onder meer geleid tot de novelle op het al eerder opgestelde Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) dat op 25 mei 2021 ter consultatie werd voorgelegd.<sup>10</sup>

De verschillende invalshoeken die deze onderzoeken tot uitgangspunt hebben genomen, tonen aan dat nergens de complexe maatschappelijke belangen zo sterk op de voorgrond treden als in de zorgsector. Naast herkenbare belangen zoals het behoud van werkgelegenheid en het onderzoeken (en aanpakken) van fraude, staan patiëntveiligheid, (patiënt)privacy, bewaarplicht van gegevens en continuïteit van zorg bovenaan de prioriteitenlijst. Bovendien worden daarbij overkoepelende maatschappelijke thema's als 'doelmatige besteding van zorggelden' en 'vertrouwen in de zorg in bredere zin' uitdrukkelijk benoemd.

Dát maatschappelijke belangen een rol kunnen spelen in het beheer van een faillissementsboedel is natuurlijk helemaal niet nieuw. Sterker, de norm uit het *Sigmacom II*-arrest dat de curator ook met deze 'andere belangen' rekening heeft te houden is inmiddels meer dan 25 jaar oud.<sup>11</sup> Deze andere belangen hebben dan ook hun plek gevonden in de INSOLAD Praktijkregels. Over de afweging van deze belangen zeggen de INSOLAD Praktijkregels het volgende:

*“De belangen van de boedel zijn met name die van de gezamenlijke schuldeisers. De curator dient maatschappelijke belangen evenwel niet uit het oog te verliezen.”*<sup>12</sup>

7. Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen, de aangekondigde ondergang, onderzoek naar de faillissementen van het MC Slotervaart en de MC IJsselmeerziekenhuizen, maart 2020, 2019 (Bijlage bij Kamerstukken 2019/2020, 31 016, 282).
8. Brief van de Minister voor Medische Zorg aan de Tweede Kamer, “Gebundelde beleidsreactie op rapporten over faillissementen MC-groep”, 19 juni 2020, 31 016, 288.
9. Zie voor een uitgebreide beschouwing van deze rapporten en de daarin gedane aanbevelingen, H.M.D. Bentfort van Valkenburg en J.H.M. van de Wiel, “Ziekenhuisfaillissementen: de onderzoeksrapporten bezien van uit het perspectief van de curator”, *TvI* 2021/23.
10. Wijziging van de Wet Continuïteit Ondernemingen I met het oog op de beperking van het toepassingsbereik ter bevordering van een gecontroleerde afwikkeling van faillissementen van ondernemingen met activiteiten van maatschappelijk belang.
11. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996, 472, r.o. 3.5 (met noot W.M. Kleijn).
12. INSOLAD Praktijkregels 2019, paragraaf 1.1.

Van belangenpluraliteit naar taakverdeling. Of: wat zou de taak van de curator *niét hoeven* zijn?

In haar reactie<sup>13</sup> op het Consultatiedocument betreffende insolventie<sup>14</sup>, heeft INSOLAD een vergelijkbare duiding gegeven bij de invulling van de taak van de curator:

*“Naar geldend recht behartigt de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij hij ook op andere, met name maatschappelijke, belangen (zoals behoud van werkgelegenheid) acht mag – of bij het bestrijden van onregelmatigheden moet – slaan.”*<sup>15</sup>

Wat de huidige discussie kenmerkt is dat bij een toenemend aantal faillissementen het aantal verschillende, relevante maatschappelijke belangen groeit. Daar waar ten tijde van *Sigmacom II* nog sprake was van een (enkel) ‘ander belang’ dan het boedelbelang, wordt de curator nu al snel geconfronteerd met een veelheid van andere belangen die naast het onmiddellijke boedelbelang strijden om aandacht en prioriteit. Denk aan de faillissementen van energieleveranciers, geldtransportondernemingen en afvalophaal- en verwerkingsbedrijven.

De verwachting is bovendien gerechtvaardigd dat dat in de toekomst niet anders wordt, omdat ondernemingen steeds nadrukkelijker bezig zullen zijn juist aan hun maatschappelijke rol en belang invulling te geven. Zo wordt dit door de – in december 2022 geactualiseerde – Corporate Governance Code voor grotere ondernemingen specifiek in een norm gevat. De Monitoring Commissie zoekt daarbij aansluiting bij de ESG normen (‘*Environmental, Social and Governance*’) en legt de nadruk op een *duurzame* lange termijn waarde-creatie.<sup>16</sup>

Deze veelheid van belangen en de (dreigende) botsing van deze andere, maatschappelijke belangen in het boedelbeheer wordt ook wel geduid met de term ‘belangenpluralisme’.<sup>17</sup> Hoewel de literatuur zich inmiddels lijkt te schikken in de conclusie dat de *curator* de meest aangewezen figuur is voor de ‘hoeder van de maatschappelijke belangen’<sup>18</sup>, is die conclusie bepaald niet onomstreden. De dis-

---

13. Reactie op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, INSOLAD, 28 februari 2022.

14. Consultatiedocument insolventierecht. Beleidsnota van de Minister van Justitie en Veiligheid van 1 november 2021.

15. Reactie op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, INSOLAD, 28 februari 2022, nr. 16.

16. Monitoring Commissie Corporate Governance Code, Verantwoordingsdocument actualisatie code, december 2022.

17. H.J. De Kloe, “Belangenpluralisme in faillissement”, *RM Themis* 2020, afl. 3, p. 134-141, en J.M.W. Pool, “Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator”, *TvI* 2022/20.

18. Pool, *TvI* 2020/20, p. 135 (en de in de voetnoot opgenomen bronnen).

cussie over deze (sluipende) taakuitbreiding van de curator werd onder meer gevoerd bij de invoering van de Wet versterking positie curator<sup>19</sup>, waarin de curator uitdrukkelijk een fraudesignalerende functie kreeg.<sup>20</sup> Het vraagstuk wat de precieze rol is van die maatschappelijke belangen wordt in direct verband gebracht met de (financiële) belangen van de schuldeisers. Immers, de klassieke kijk op de rol van de curator is die van de vereffenaar van het vermogen van de schuldenaar ten bate van diens gezamenlijke schuldeisers. Eveneens klassiek is de complicerende factor dat de curator zélf ook een (financieel) belang heeft bij die vereffening van de boedel. In situaties waar de boedel slechts beperkte activa kent of zelfs grotendeels leeg lijkt te zijn, wordt deze discussie al snel gevoerd in termen van ‘waar moeten de beschikbare gelden aan worden besteed’. Daarmee wordt het belangenpluralisme onlosmakelijk verbonden met het verdelingsvraagstuk.<sup>21</sup>

In de literatuur wordt door verschillende auteurs de ruimte om met ‘andere belangen’ rekening te houden verkend in de – al dan niet wettelijke – taakomschrijving van de curator. Daarbij worden aanhangers gevonden van zowel de beperkte uitleg als van de ruimere uitleg van ‘rekening houden met’ uit *Sigmacom II*. De beperkte uitleg laat zich vertalen naar ‘zolang dit geen strijd oplevert met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers’, terwijl de ruimere uitleg deze strijd juist niet uit de weg gaat.<sup>22</sup> In deze bijdrage wil ik het over een andere boeg gooien en onderzoeken of deze gecompliceerde groei van maatschappelijke belangen in het takenpakket van de curator nog een alternatieve aanpak kent; de door de rechter-commissaris te benoemen deskundige van art. 66 Fw. Het artikel biedt namelijk de mogelijkheid voor de rechter-commissaris om een deskundige te benoemen die hem bijstaat in het toezicht op het beheer van het faillissement, zonodig voor de gehele duur. Bij uitstek is hier dus gelegenheid om een inhoudsdeskundige te laten aanhaken die in het bijzonder het behartigen van (bepaalde) maatschappelijke belangen tot zijn takenpakket kan gaan rekenen.

---

19. Wet van 22 maart 2017 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de versterking van de positie van de curator (Wet versterking positie curator), *Stb.* 2017, 124.

20. Zie voor de nodige kritische noten, R.M. Vermaire & J.M. Luijkx, “Een curator die steviger in zijn schoenen staat? Over het wetsvoorstel versterking positie curator”, *FIP* 2016/84, afl. 2, p. 16-21 en R.D. Vriesendorp, “[\*]it happens, then and now. Terugblikken en vooruitkijken in het insolventierecht”, *TvI* 2017/23. Renssen vraagt zich zelfs af of deze niet de ‘Wet verzwaring positie curator’ had moeten heten. S. Renssen, “De nieuwe wetgeving inzake fraudebestrijding in faillissement: een verrijking of een lege huls?”, *TvOB* 2018-2, p. 45-46.

21. Zie hierover het vorige *Insolad* Jaarboek, “Het Verdelingsvraagstuk”, *Insolad Jaarboek 2022*, red. B. Rikkert e.a. Deventer: 2022

22. Pool, *TvI* 2022/20, p. 136 en A. van Hees, “Maatschappelijk verantwoord vereffenen”, *TvI* 2015/1.



Van belangenpluraliteit naar taakverdeling. Of: wat zou de taak van de curator *niét hoeven* zijn?

## 2. Behandelplan

Voordat ik nader inga op de mogelijkheden van een benoeming van een deskundige, bespreek ik om te beginnen de klassieke kijk op de taak van de curator. Hoe is deze (ooit) bedoeld in de Faillissementswet en hoe komt het dat die klassieke, beperkte taakomschrijving zo ingrijpend lijkt te zijn veranderd?

Vervolgens bespreek ik hoe met name in de zorgsector het belangenpluralisme zo sterk op de voorgrond is gekomen. Zijn specifiek oorzaken aan te wijzen die juist bij de zorgsector opgeld doen bij de botsing van belangen? Daarna zal ik een lans breken voor het benoemen van een deskundige bij het beheer en de afwikkeling van zorgfaillissementen. Om vervolgens te besluiten met de voor- en nadelen en een conclusie.

Tot slot is het verstandig ook de beperkingen van deze bijdrage te benoemen. In deze bijdrage richt ik mij met name op (middel)grote zorginstellingen waar in ieder geval de continuïteit van zorg een prominent maatschappelijk belang vormt. Hoewel dat op het eerste gezicht een beperkt blikveld lijkt, is mijn verwachting dat de denkrichting ook toepasbaar is op faillissementen van andere ondernemingen en semi-publieke instellingen met een sterke maatschappelijke rol in onze samenleving. Ik richt mij bovendien uitsluitend op de situatie van faillissement. De aanbevelingen in de hiervoor bedoelde rapporten, alsook andere verkenningen in de literatuur, richten zich (ook) op de fase vóór faillissement en juist ter voorkoming van deze situatie.<sup>23</sup> Deze verkenningen en het beoogde doel onderschrijf ik uiteraard van harte. Zij vormen echter geen onderwerp van deze bijdrage, omdat deze bijdrage uitgaat van de onvermijdelijkheid van het faillissement, ook in de zorg.

## 3. De veranderende taak van de curator

De leeftijd van de Faillissementswet mag inmiddels bekend worden verondersteld. Rechtbanken, rechters-commissarissen, curatoren en advocaten werken met een wet die in de herfst van dit jaar haar 130<sup>ste</sup> verjaardag viert.<sup>24</sup> Het is

---

23. Zie bijvoorbeeld de aanbevelingen in het artikel van M.R. Schreurs, “De interactie tussen boedelbelang en patiëntenbelang: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissementen en voorstellen ter verbetering”, *TvI* 2020/25, en het eveneens zeer lezenswaardige artikel van K.Beke, R.W.A. Brunninkhuis, E. in 't Groen, E.R. Kool en M.J.H. Vermeeren, “De toepasbaarheid van de WHOA in de zorg: een theoretische retrospectieve toepassing van de WHOA op het Ruwaard van Puttenziekenhuis”, *TvI* 2022/9.

24. Wet van 30 september 1893, *Stb.* 1893, 140. Overigens trad de Faillissementswet pas in 1896 in werking.

een openstaande deur, maar daarmee kón deze wet niet geschreven zijn voor de rechtspersonen (en daarmee verbonden ondernemingen) zoals wij die nu kennen. Nog afgezien van de evolutie van het juridische kader van de rechtspersoon zelf en bijvoorbeeld de voortschrijdende digitalisering van de boekhouding en het actief in de boedel, zijn ook de belangen die betrokken zijn bij een onderneming sterk veranderd.

Het systeem van de Faillissementswet voorziet – nog steeds – in een vereffening van het vermogen van de schuldenaar bij de samenloop van de belangen van diens schuldeisers (de *concursum creditorum*). De rol van de curator is daarbij die van “onpartijdige, rechtsgeleerde en boven de partijen staande curator”.<sup>25</sup> De curator treft vermogen aan in de boedel, liquideert dit voor zover nog nodig en keert uit aan de schuldeisers volgens de daarvoor toepasselijke rangorde. Tot voor kort schreef de Faillissementswet daarom voor, dat de rechter-commissaris binnen 14 dagen nadat de faillietverklaring in kracht van gewijsde was gegaan de verificatievergadering bepaalde (art. 108 Fw) en hij een termijn gaf voor het indienen van vorderingen door schuldeisers (art. 127 Fw). De verificatievergadering vormt immers de toetssteen voor het sluitstuk van de verdeling.

Pas bij de invoering van de Wet modernisering faillissementsprocedure werd de ‘dode letter’ van art. 128 uit de Faillissementswet gehaald en het indienen van vorderingen gemoderniseerd.<sup>26</sup> Bedacht moet worden dat de oorsprong van een zo snelle verificatievergadering was gelegen in de aanvankelijke werking van het faillissement; een korte beheerfase waarna een vereffeningfase plaatsvond die weer gevolgd werd door de verdeling van het vermogen van de schuldenaar onder de schuldeisers.

In tegenstelling tot het faillissement, was de surseance van betaling bedoeld voor en gericht op het saneren van de schuldenaar. In de praktijk is gebleken dat de surseance van betaling een aantal tekortkomingen kent waardoor deze procedure minder geschikt is om ondernemingen te redden. Meest in het oog springend is dat de separatist zich niets van de surseance van betaling hoeft aan te trekken. In plaats daarvan worden ondernemingen in faillissement gesaneerd, omdat in dat geval het totale pakket van instrumenten beschikbaar is, zoals het beëindigen van huur- en arbeidsovereenkomsten en een afkoelingsperiode in dienst van de beheerfase die ook de rechten van separatisten beperkt. Het gevolg

---

25. Van Hoof put hierbij rechtstreeks uit de Memorie van Toelichting van de (oorspronkelijke) Faillissementswet. V. van Hoof, “Enkele rechtshistorische beschouwingen over de legebodelproblematiek”, *Insolad Jaarboek 2022*, p. 35-36.

26. Wijziging van de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met het moderniseren van de faillissementsprocedure (Wet modernisering faillissementsprocedure), *Stb.* 2018, 299.

Van belangenpluraliteit naar taakverdeling. Of: wat zou de taak van de curator *niét hoeven* zijn?

van deze praktijk is dat het faillissement over tijd een dubbelrol heeft gekregen. Enerzijds het vereffenen van insolvente boedels en anderzijds het redden van in potentie solvante ondernemingen uit de boedel. In het eerste geval vindt enkel een korte (of in het geval van een negatieve boedel, ultrakorte) vereffeningsfase plaats, terwijl in het tweede geval de beheerfase in tijd sterk wordt opgerekt.

#### **4. Toename complexiteit van belangenpluraliteit en de beperkingen van boedel en curator**

Met name dit laatste heeft er toe geleid dat curatoren in toenemende mate nog draaiende ondernemingen in hun boedel aantreffen en aan blijven treffen. De evolutie van de taak van de curator als quasi-ondernemer introduceerde daardoor in de loop van de tijd niet alleen verschillende soorten belangen waar de curator rekening mee dient te houden, maar ook de complexiteit van die betrokken belangen nam toe. Steeds complexere vraagstukken dienden door de rechtspraak verder te worden ingevuld. Een goed voorbeeld daarvan vormen de milieulasten van een failliete onderneming die, sinds het Ridderkerkse Taxi Centrale arrest<sup>27</sup>, als eigen zelfstandige verplichting bij de boedel en de curator als ‘overtreder’ worden geparkeerd. Omdat sprake is van een nog deels draaiende onderneming met lopende verplichtingen, sluipen daarmee gepaard gaande maatschappelijke belangen (werkgelegenheid, milieu, zorgcontinuïteit) de boedel in.

Het directe gevolg is dat verschillende belangen strijden om de aandacht van de curator en de beperkt beschikbare financiële en juridische middelen van de boedel. Financieel beperkt, omdat de kosten die samengaan met het beheren van maatschappelijke belangen in beginsel ten laste komen van de gezamenlijke schuldeisers. Juridisch beperkt, omdat de curator in voorkomende gevallen ook niet de bevoegdheid of juridische kwaliteit heeft om bepaalde stappen te kunnen of te mogen nemen ter behartiging van maatschappelijke belangen.

Een tot de verbeelding sprekend geval betreft een failliete zorginstelling in Hardenberg waar de curator kennelijk met zijn handen in het haar zat. De curator liep vast in een wirwar van wet- en regelgeving en verzocht de rechtbank om de burgemeester van Hardenberg te benoemen als mede-curator. De rechtbank honoreerde dat verzoek en motiveerde dat als volgt:

---

27. HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833 (Ridderkerkse Taxi Centrale), *RvdW* 2021/613 met kritische noten van F. Verstijlen (*TvI* 2021/20) en G.A.J. Boekraad (*TvI* 2022/10). Overigens speelt dit arrest een belangrijke rol in de discussie over de juridisch-technische kwalificatie van boedelschuld, hetgeen het bestek van deze bijdrage te buiten gaat.

*“de burgemeester van die gemeente [heeft] een zorgplicht voor ‘zijn’ inwoners en hij moet – in tegenstelling tot de curator – beter in staat zijn om op zeer korte termijn tot een adequate oplossing van deze groep kwetsbare personen te komen.”<sup>28</sup>*

Deze ongebruikelijke constructie hoefde gelukkig niet lang stand te houden, maar toont wel aan dat de behartiging van maatschappelijke belangen soms een andere pet, een andere rol en wellicht zelfs een andere persoon moet betreffen om tot resultaat te leiden. De zorgsector kent immers een grote groep ‘andere belangen’-behartigers; waaronder de IGJ, de NZa, het Ministerie van VWS, zorgverzekeraars en de gemeente(n) in wiens omgeving de zorginstelling zorg verleent.

Daarbij moet bedacht worden dat de toename van complexe maatschappelijke belangen in de boedel ook effect heeft op de invulling van de aansprakelijkheid van de curator. Uit het arrest Maclou, dat juist het respecteren van rechten van derden bij een doorstart betrof, volgt dat *“wanneer hij [de curator, ECB] ook rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard (...) zijn aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd”*, hetgeen de Hoge Raad tot de norm bracht waarbij *“(…) een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht.”<sup>29</sup>*

In situaties waarin maatschappelijke en systeemkritieke ondernemingen failliet gaan, biedt deze afstemming van de invulling van de aansprakelijkheid van de curator bescherming, maar geen oplossing. Plat gezegd; dat een goede curator wordt geacht zijn best te doen, is geen oplossing op zich voor het betrokken maatschappelijk belang, maar (enkel) voor de bescherming van de curator. Deze complexe, maatschappelijke en acute belangenbehartiging verlangt dus aanvullende inhoudelijke ondersteuning, toezicht en/of bemiddeling.

Tot slot dreigt bij het uitblijven van een werkbare oplossing voor de belangenbehartiging binnen het systeem van de Faillissementswet, het ingrijpen van overheidswegen via nieuwe wetgeving of nieuw beleid. Zo concludeerde de OVV dat sprake is van “ontwerpfouten in het zorgstelsel” en dat “door het faillissement

---

28. Rechtbank Overijssel zittingsplaats Almelo, 2 november 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4574, JOR 2022/71.

29. HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou/Curatoren Van Schuppen, Maclou en Prouvost).

Van belangenpluraliteit naar taakverdeling. Of: wat zou de taak van de curator *niét hoeven* zijn?

(...) een ziekenhuis (...) in een wettelijke en strategische context wordt geplaatst die niet past bij de maatschappelijke functie die het vervult”. Dat bracht het OVV tot de conclusie dat wettelijk (in de Faillissementswet!) dient te worden verankerd dat patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten moet prevaleren boven de belangen van schuldeisers. Met mijn kantoorgenoten Bentfort van Valkenburg en Van de Wiel ben ik het roerend eens dat het bindend voorschrijven hoé de beleidsafweging in een situatie als deze door de curator dient uit te pakken *niét* past in het stelsel van de Faillissementswet.<sup>30</sup>

Het uitgangspunt dat de curator het belang van de gezamenlijke schuldeisers behartigt dient de rechtszekerheid die, juist voor partijen die hebben gecontracteerd met de schuldenaar essentieel is. Wanneer andere belangen via wet en/of beleid dit uitgangspunt rechts inhalen, dan ligt een afbreuk van het vertrouwen van ‘gewone’ schuldeisers in ons systeem van faillissement voor de hand.

## **5. Juridisch kader – De toezichts-deskundige na de Wet modernisering faillissementsprocedure**

Hoe dan? Op welke manier kan aan de wensen en belangen van de boedel, de curator, de toezichthoudende rechter-commissaris en eventueel externe toezicht-houders tegemoet worden gekomen bij de behartiging van de maatschappelijke belangen in het geval van het faillissement van zorginstellingen?

Een voorstel in drie delen.

### *1. De maatschappelijk inhoudelijk toezichts-deskundige*

Naar mijn mening wordt een mogelijk antwoord gevonden in de wijziging van de Faillissementswet door de Wet modernisering faillissementsprocedure. Met de invoering van deze wet is de werking van art. 66 Fw uitgebreid. De uitbreiding beoogt de rechter-commissaris, voor zover dit nodig is voor de goede en effectieve vervulling van het toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel (lid 1), zo nodig gedurende de gehele looptijd van het faillissement, bij te laten staan door een te benoemen deskundige. De rechter-commissaris heeft de bevoegdheid om deze deskundige ambtshalve of op verzoek te benoemen, waarbij deze bevoegdheid wordt geacht een ruime reikwijdte te hebben.<sup>31</sup> Het spreekt wat mij betreft voor zich dat de curator en verschillende

30. Bentfort van Valkenburg en Van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 187.

31. Kamerstukken 2016-2017, 34 740, nr. 3, p. 20, voortbouwend op het arrest van de Hoge Raad van 17 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3645, *JOR* 2014/77 (Impact Retail). Overigens gaat

‘andere belangen’-behartigers gehoord kunnen worden met betrekking tot het voornemen tot benoeming (ambtshalve of op verzoek).

Zie ik het goed, dan bevind ik mij voor deze benadering in goed gezelschap. Renssen<sup>32</sup> en Wessels, waarbij de laatste deze rol betitelt als de ‘toezichts-deskundige’<sup>33</sup>, voorzien het nut van een dergelijke deskundige. Dat deze toezichts-deskundige mogelijk bij uitstek geschikt is op maatschappelijke belangen toezicht te houden wordt door de Minister feitelijk al onderschreven. Tijdens de wetgevingsfase wordt als voorbeeld genoemd het toezicht op het belang van werknemers bij het verlengen van een machtiging door de rechter-commissaris bij de verkoop van bedrijfsonderdelen.<sup>34</sup> Een bekend en onmiskenbaar maatschappelijk belang. De vertegenwoordiging van een maatschappelijk belang dat – en dat kan geen toeval zijn – veel verbanden heeft met de oorspronkelijke WCO I (zie hiervoor).

De idee dat een inhoudsdeskundige iets extra’s bijdraagt in een complex faillissement is óók niet helemaal nieuw. Denk bijvoorbeeld aan de bankier die naast de curator wordt benoemd bij het faillissement van een bank.<sup>35</sup> De wetgever heeft dat bij dit wetsvoorstel daar kennelijk – ter inspiratie – ook oog voor gehad, nu hij verwijst naar de mogelijkheid voor de rechter-commissaris om een financieel expert te benoemen in het geval van een bedrijf dat handelt in complexe financiële producten. Verander het woord ‘financieel’ in de voorgaande zin in het woord ‘medisch’ en de lezer begrijpt waar ik naartoe wil.

Bij het faillissement van het Slotervaartziekenhuis leidde de situatie al naar een vergelijkbare constructie. De Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) stuurde drie externe experts naar het Slotervaartziekenhuis. Zij stonden de curatoren bij met zorginhoudelijke kennis en expertise. Twee van hen richten zich op de aansturing en ondersteuning van de medische staf, de derde krijgt een rol op bestuurlijk niveau bij de inrichting van de crisisorganisatie.<sup>36</sup>

---

het in dat arrest om het horen van een getuige, welke bevoegdheid van de rechter-commissaris in hetzelfde artikel is neergelegd.

32. S. Renssen, “De herijking van het faillissementsrecht. De pijler modernisering”, *Serie Recht en Praktijk Insolventierecht*, deel 12, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 59.

33. B. Wessels, “Modernisering faillissementsprocedure: meerdere rechters-commissarissen en de ‘toezichts’-deskundige”, NTVH 2019-4.

34. Kamerstukken 2016-2017, 34 740, nr. 6, Nota n.a.v. Verslag, p. 8.

35. Verwezen wordt naar de benoemingen van bankier Joost Kuiper (2010) en aansluitend bankier/oud-advocaat Ben Knüppe (2011) in het faillissement van DSB Bank naast curator Schimmelpenninck.

36. Rapport OVV, p. 33.

Van belangenpluraliteit naar taakverdeling. Of: wat zou de taak van de curator *niét hoeven* zijn?

Ook voor de kwaliteitscriteria van de toezichts-deskundige speel ik leentjebuur bij de mogelijkheid van de benoeming van een tweede curator. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage verscheen de nieuwe richtlijn met betrekking tot de benoeming van curatoren en bewindvoerders (de ‘Richtlijn Aanstellingen’).<sup>37</sup> In de Richtlijn Aanstellingen wordt uitdrukkelijk de mogelijkheid geboden om een (tweede) curator te benoemen die niet op de lijst van curatoren staat. Dit kan met name geraden zijn wanneer, u raadt het al, voor een faillissement een specifieke expertise is vereist.<sup>38</sup> In het geval een niet-curator wordt benoemd, biedt de Richtlijn Aanstellingen verschillende handvatten voor de beoordeling van de geschiktheid van de te benoemen persoon en waarborgen voor zijn functioneren.<sup>39</sup> Zo vereist de Richtlijn Aanstellingen dat de betrokken persoon ‘*ten minste anderhalf jaar lid [dient, ECB] te zijn van een beroepsgroep waar een vergelijkbaar gereguleerd toezicht bestaat*’. Nu net als advocaten en accountants, ook medisch specialisten onder gereguleerd toezicht vallen, opent zich hiermee buitengewoon grote bron van potentiële deskundigen.

## *II. De kosten voor rekening van degenen die baat hebben*

Een ander heet hangijzer bij de behartiging van maatschappelijke belangen in het kader van het boedelbeheer zijn de kosten die daarmee gemoeid zijn. Nu de kosten direct verbonden zijn aan de (netto)opbrengst en daarmee verbonden aan het belang van de gezamenlijk schuldeisers en de curator, vertroebelt dit punt de discussie onnodig. Daar biedt art. 66 Fw op dit moment geen oplossing voor. Immers, het artikel schrijft voor dat de kosten, van deze door de rechter-commissaris te benoemen rechterhand bij het toezicht, dienen te worden gedekt door de boedel (art. 66 lid 1 slotzin Fw). Is de kous daarmee af? Nee, want wanneer de rol van toezichts-deskundige goed wordt afgebakend, is daarmee de stap naar een inzichtelijk kostenplaatje feitelijk snel gemaakt.

Naar analogie met de werkwijze van benoeming van andere deskundige in het faillissementsrecht (de *herstructureringsdeskundige* van art. 371 Fw) kan voorafgaand aan de beschikking van de rechter-commissaris of ten geleide van het verzoek door een belanghebbende, een of meer offertes worden overgelegd van de beoogde toezichts-deskundige. Nu de kosten direct in verband kunnen worden gebracht met de maatschappelijke (toezichts)taak die daarmee wordt vervuld, zijn die kosten eenvoudiger toe te schrijven aan de betrokken belang-

---

37. Volut de richtlijnen aanstellen curatoren in faillissementen en benoeming bewindvoerders in surseances van betaling, vastgesteld door de Recofa en bekrachtigd door het Landelijk Overleg Vakinhoud Toezicht, 1 januari 2023.

38. Richtlijn Aanstellingen, p. 3.

39. Richtlijn Aanstellingen, p. 5.

hebbende. Hierbij kan worden aangeknoopt bij de conclusie die notabene de IGJ zelf heeft getrokken ter verantwoording van haar eigen rol als toezichthouder op de kwaliteit van de zorg bij faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen: een faillissement van een (acute) zorginstelling is dermate complex dat regulier toezicht niet volstaat.<sup>40</sup>

Met de benoeming van een medisch- en/of zorginhoudelijk toezichts-deskundige, mogelijk zelfs op verzoek van de IGJ en ‘andere belangen’-behartigers, kan tegemoetgekomen worden aan de wens om inhoudsdeskundig toezicht, advies en wellicht begeleiding in faillissementen met complexe zorginhoudelijke belangen. Dat de kosten voor dit toezicht, geheel of gedeeltelijk (bijvoorbeeld in de vorm van een boedelbijdrage), worden gedragen door de partijen die in niet-faillissement situaties de verantwoordelijkheid zouden dragen voor deze belangen, lijkt mij volstrekt logisch en verantwoord. Bovendien wordt daarmee een directe bevoegdheidsstrijd voorkomen. De toezichts-deskundige zit niet naast de curator op de stoel van het boedelbeheer, maar kan in alle (andere) opzichten een faciliterende rol spelen. Hij is onafhankelijk, maar kan evengoed van de curator inlichtingen en bepaalde medewerking verlangen.<sup>41</sup>

### *III. De deskundige als speler voor draagvlak en verantwoording*

Dat een nieuwe speler bij faillissement met complexe maatschappelijke belangen het toneel betreedt, heeft nog andere belangrijke voordelen. Zoals in de inleiding al gememoreerd heeft de curator primair een beperkte, belangenbehartigende rol; die van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Met andere belangen kan hij (slechts) rekening houden. Daargelaten de juridische nuancering van de tegenstrijdige belangen die dat met zich brengt, is het heel praktisch een nieuwe speler te benoemen die zich richt op die ‘andere belangen’. Weliswaar strikt genomen in een toezichthoudende rol, maar evengoed een verpersoonlijking van deze betrokken andere belangen; hij trekt de curator eenvoudig aan zijn jasje wanneer die andere belangen in de knel raken. Die verpersoonlijking heeft bovendien een praktische bijvangst: de betrokken inhoudelijke (medisch) specialist als toezichts-deskundige vindt bij medische specialisten, zorgpersoneel en patiënten gemakkelijker draagvlak en vertrouwen. Een dergelijke toezichts-deskundige kan in deze rol snel verbindend optreden tussen de verschillende ‘andere belangen’-behartigers, waaronder uitdrukkelijk de medisch specialisten, zorgpersoneel en externe toezichthouders.

---

40. Rapport IGJ Slotervaartziekenhuis, p. 41 en Rapport IGJ IJsselmeerziekenhuizen, p. 42.

41. Wessels, *NTvH*, 2019-6, p. 284.



Van belangenpluraliteit naar taakverdeling. Of: wat zou de taak van de curator *niét hoeven* zijn?

## 6. In het kort: voor- en nadelen

Eerst het zure:

- De toezichts-deskundige lijkt alleen zinvol bij faillissementen van enige omvang met dus een zekere mate van acut maatschappelijk belang;
- De toezichts-deskundige houdt in beginsel (slechts) toezicht en ondersteunt de rechter-commissaris;
- De toezichts-deskundige heeft dus geen *eigen* beschikkingsbevoegdheid om de boedel te binden en zo oplossingen te forceren;
- De toezichts-deskundige staat dus in beginsel niet op de werkvloer naast de curator; en
- Uiteindelijk beslist de curator.

Maar gevolgd door het zoete:

- De bevoegdheid tot benoeming van een toezichts-deskundige is ruim en kan zowel ambtshalve als op verzoek van een belanghebbende derde;
- De potentiële pool van capabele toezichthouders is ruim en biedt perspectieven voor verschillende soorten maatschappelijke belangenbehartiging;
- De focus van de curator blijft op zijn oorspronkelijke primaire mandaat en er vindt geen oprekking van de rol van de curator plaats ten koste van de belangen van schuldeisers<sup>42</sup>;
- De afwezigheid van een eigen beschikkingsbevoegdheid voorkomt een botsing met die van de curator, waarbij de toezichts-deskundige onafhankelijk zijn rol kan vervullen;
- De (informatie)lijnen met de rechter-commissaris, curator en externe toezichthouders kunnen kort en zelfs vertrouwelijk zijn. Publiceren van rapportage alleen voor zover de rechter-commissaris dat dienstig acht;
- De kosten van de toezichts-deskundige zijn inzichtelijk te maken en kunnen eenvoudig worden gedragen door een verantwoordelijke derde; en
- De curator, de rechter-commissaris en externe toezichthouders hebben een speler die zich kan concentreren op specifieke in het geding zijnde maatschappelijke belangen en elk van hen kan helpen bij het acht slaan op deze belangen bij de invulling van hun eigen rol en taken.

## 7. Conclusie

De geëvolueerde werking van de 19<sup>e</sup>-eeuwse Faillissementswet blijft een genoegen om te bestuderen. Het is fascinerend hoe de wet, die de lakmoesproef van

---

42. Bentfort van Valkenburg en Van de Wiel, *TvI* 2021/23, p. 190.

Mr. dr. E.C. Bos

ons recht vormt, ook de lakmoesproef zal gaan vormen van de behartiging van andere, maatschappelijke belangen in het faillissement.

Naar mijn smaak biedt de Faillissementswet nog genoeg onontgonnen terrein om met de instrumenten die het kent de veranderende maatschappelijke belangen van ondernemingen het hoofd te bieden. Een wijziging van de Faillissementswet is daar – for once – niet voor nodig.

De toezichts-deskundige biedt een alternatief om de tweestrijd die de curator nu bij een belangenpluralisme in zich lijkt te dragen, te verpersoonlijken naar een andere speler. Een speler die kan zorgen voor draagvlak en vertrouwen in het beheer en toezicht van de boedel met vaardigheden die juist zijn toegespitst op de maatschappelijke belangen die in de betrokken boedel om voorrang strijden. Een taakverdeling die de curator in staat stelt zich (weer) te concentreren op de kern van zijn taak; de behartiging van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

# De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’ (zoals de fiscus en het UWV)

MR. DR. A.J. TEKSTRA<sup>1</sup>

## 1. Achtergronden van de discussie

### 1.1. Inleiding; plan van behandeling

Het onderwerp van deze congresbundel – de taak van de curator, met als onder-titel: wat zou de taak van de curator moeten zijn? – opent vele deuren en kent diverse invalshoeken. Als basis voor het onderwerp is door de redactie gekozen voor het Consultatiedocument Insolventierecht (“het Consultatiedocument”)<sup>2</sup> en de reacties daarop van onder meer INSOLAD. Ter algemene inleiding zal ik aangeven wat in het Consultatiedocument over de taak van de curator is opgemerkt. Daarna bespreek ik enkele reacties, die het onderwerp mijns inziens meer in perspectief plaatsten en waarin de verschillende argumenten en omstandigheden die voor de discussie relevant kunnen zijn de revue passeren. Die bespreking zal een neutraal karakter dragen in die zin dat ik mij als zodanig van commentaar zal onthouden en vooral de aangedragen argumenten en omstandigheden zal weergeven. Verder bespreek ik een art 69 Fw-beschikking in het faillissement van het Slotervaartziekenhuis, waarin interessante overwegingen zijn terug te vinden over de rol en taak van de curator, mede gezien de doelstellingen van een faillissement. ChatGPT is ook geraadpleegd over dit onderwerp en de resultaten daarvan worden in een afzonderlijke paragraaf (par. 1.7.) ontsloten.

Na deze bespreking van de passages in het Consultatiedocument over de taak van de curator, de reacties daarop en de Slotervaartbeschikking zal in de volgende paragrafen van de bijdrage eerst worden stilgestaan bij de meer algemene aspecten die zijn verbonden aan, dan wel die de kern vormen van, de taak van de curator. Ik zal daarin tot een omschrijving – bij wege van “werkdefinitie” – proberen te komen van wat mijns inziens, in het huidige tijdsgewricht, kan worden gezien als de (kern)taak van de curator. Er zal in dat kader aandacht worden

- 
1. Mr. dr. A.J. Tekstra is advocaat en fiscalist en werkzaam bij Blauw Tekstra Uding Advocaten te Amsterdam.
  2. Consultatiedocument betreffende het insolventierecht gepubliceerd op 1 november 2021 (einddatum consultatie was 15 maart 2022), te vinden op de site van Overheid.nl.

besteed aan enkele “flankerende omstandigheden” die bij die taakstelling een belangwekkende – zo niet doorslaggevende – rol spelen. Zoals de vergoeding voor de (te onderscheiden) werkzaamheden van de curator. Die omschrijving wordt vervolgens, mede aan de hand van enkele voorbeelden, nader toegelicht.

Vervolgens zal worden ingezoomd op de taak van de curator in de relatie tot de ‘overheidscrediteuren’ die in een faillissement een rol kunnen spelen. Daarbij valt te denken aan de fiscus/ belastingdienst, het UWV en lagere overheden zoals gemeenten en waterschappen. Onderzocht zal worden of de taak van de curator ten opzichte van deze groep van crediteuren of een deel daarvan, een andere is dan wel dient te zijn dan de algemene taakstelling, zoals eerder geformuleerd. Van belang is daarbij onder meer de informatie-uitwisseling die pleegt plaats te vinden tussen de curator en overheidscrediteuren, met name met de belastingdienst/ontvanger. Bekeken zal worden in hoeverre dat binnen de taak van de curator valt en of daar een voldoende (wettelijke) grondslag voor aanwezig is.

#### 1.2. *Het Consultatiedocument*

Het Consultatiedocument begint met de vaststelling dat de curator optreedt als belangenbehartiger van de gezamenlijke crediteuren. Zijn of haar hoofdtaak is het beheren en vereffenen van het vermogen van de schuldenaar/gefaillieerde, teneinde de daarbij gerealiseerde opbrengst onder de crediteuren te verdelen conform de wettelijke rangorde. Daarnaast doet de curator onderzoek naar de oorzaken van het faillissement en beziet hij of zij wat er in de aanloop naar het faillissement is voorgevallen. Als daarbij bijvoorbeeld sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur of rechtshandelingen waardoor de crediteuren zijn benadeeld, kan de curator de verantwoordelijke bestuurders aansprakelijk stellen en/of de rechtshandelingen vernietigen. Het Consultatiedocument signaleert verder dat sinds de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator wordt verwacht dat hij of zij ook oog heeft voor eventuele onregelmatigheden en is uitgerust met het instrumentarium om een en ander te traceren en redresseren (zie art. 68 lid 2 Fw). In dit verband wordt gewezen op de versterking van de informatiepositie van de curator, onder meer via de art. 105 en 106 Fw.

Het Consultatiedocument gaat vervolgens in op de rol van de maatschappelijke belangen. Vermeld wordt dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de curator ook rekening dient te houden met (zwaarwegende) belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid en dat hij of zij die belangen onder omstandigheden ook mag

De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

laten prevaleren boven de belangen van een individuele crediteuren.<sup>3</sup> Het Consultatiedocument wijst er voorts op dat ondernemingen onderworpen kunnen zijn aan bijzondere regelgeving die in het leven is geroepen om bepaalde maatschappelijke belangen te waarborgen, waarbij kan worden gedacht aan milieuwetgeving of regelgeving die van toepassing is binnen een bepaalde sector, zoals de zorgsector. Het is dan aan de curator om te zorgen dat de van toepassing zijnde bijzondere wet- en regelgeving na de faillietverklaring zo veel mogelijk in acht wordt genomen.

Hierna komt het Consultatiedocument met een korte zijstap verband houdend met de kwestie van de boedelschulden, die in de kern los staat van de rol en positie (dan wel taak) van de curator, maar voldoende relevant is om aan te stippen.<sup>4</sup> Geconstateerd wordt dat uit de rechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven volgt dat op de curator in zijn/haar hoedanigheid een eigen, zelfstandige verplichting rust tot de naleving van de milieuwetgeving ten aanzien van een tot de boedel behorende inrichting en dat als de curator die verplichting niet naleeft, aan hem/haar in zijn/haar hoedanigheid bestuursrechtelijke lasten kunnen worden opgelegd. Onder verwijzing naar het arrest inzake de Ridderkerkse Taxicentrale<sup>5</sup> wordt geconstateerd dat volgens de Hoge Raad schulden die voortvloeien uit zodanige bestuursrechtelijke lasten, moeten worden aangemerkt als boedelschulden. Een en ander roept volgens het Consultatiedocument de vraag op of er een wettelijke regeling moet komen voor boedelschulden, in het bijzonder bij ‘negatieve boedels’.<sup>6</sup>

Weer terugkerend naar de taak van de curator, geeft het Consultatiedocument aan dat wel wordt betoogd dat sprake is van een tendens waarin maatschappelijke belangen in het faillissement een steeds grotere rol hebben gekregen. Er wordt op gewezen dat wel is bepleit dat er gevallen zijn waarbij maatschappelijke belangen spelen die zo zwaarwegend zijn dat de curator die belangen ook voorrang

3. Het Consultatiedocument verwijst hier naar de bekende arresten Sigmacon II, Maclou, Mobell/Interplan en Veluwse Nutsbedrijven.
4. In het vervolg van deze bijdrage zal blijken dat er inderdaad wel een zekere connectie valt te leggen tussen de maatschappelijke taakstelling van de curator en de boedelschulden, met name als sprake is van publiekrechtelijke verplichtingen zoals de naleving van milieurechtelijke normen. Zie daarover par. 2 en 5.
5. HR 4 juni 2021, *JOR* 2021/250, m.nt. Wessels, *NJ* 2021/233, m.nt. Verstijlen.
6. Op deze vraag over het al dan niet in de wet opnemen van een regeling voor de afwikkeling van boedelschulden wordt in deze bijdrage verder niet ingegaan. Ik verwijs naar de opmerkingen dienaangaande in de ‘klassieker’ noot bij De Ranitz en De Leeuw q.q./Ontvanger in *JOR* 2022/165, onder nr. 8.

zou moeten geven op de belangen van de gezamenlijke crediteuren.<sup>7</sup> Tegelijkertijd is er ook discussie over de vraag hoe ver de maatschappelijke taakuitoefening van de curator zou moeten strekken en (niet onbelangrijk, voegt schrijver dezes er aan toe) hoe die bekostigd moet worden. De voorgaande weergave in het Consultatiedocument over de taak van de curator en de maatschappelijke belangen/regels leidt tot de vraag hoe de bij de consultatie betrokken partijen aankijken tegen de taak van de curator en de bekostiging van diens werkzaamheden. Al met al een uitdagende vraagstelling. Ik bespreek enkele voor dit onderwerp interessante reacties dan wel beantwoordingen, omdat die mijns inziens een goed beeld geven van de van belang zijnde aandachtspunten.<sup>8</sup>

### 1.3. *Reactie INSOLAD*

De reactie van INSOLAD mag uiteraard niet ontbreken. Die constateert terecht dat de taak van de curator een belangrijk onderdeel van het Consultatiedocument vormt. Daarom besteedt INSOLAD met name aandacht aan de vraag welke belangen de curator behartigt en, in het verlengde daarvan, hoe de *governance* in insolventie is geregeld.<sup>9</sup> Belangrijk punt van aandacht is daarbij voor INSOLAD de invloed die crediteuren kunnen doen gelden in een faillissement en die thans in de praktijk te wensen over laat.<sup>10</sup> Ook permitteert INSOLAD zich nog enkele opmerkingen over de beloning van curatoren in de context van de lege-boedelproblematiek. INSOLAD stelt vast dat de curator naar geldend recht de belangen van de gezamenlijke crediteuren behartigt, waarbij hij of zij ook op andere, met name maatschappelijke belangen (zoals behoud van werkgelegenheid) acht mag – of bij het bestrijden van onregelmatigheden: moet – slaan. Dit betreft, zoals INSOLAD aangeeft, een open norm waarvan de invulling in de praktijk ingewikkeld kan zijn. Het faillissement is per definitie een botsing van verschillende belangen en het is dan ook zaak dat duidelijkheid bestaat over de vraag wie voor welke belangen opkomt en welke rol de curator in dat spanningsveld

- 
7. Opvallend is dat het Consultatiedocument op dit punt, naast het TvI-artikel van A. van Hees, “Maatschappelijk verantwoord vereffenen” (TvI 2014/1, als opvolger van zijn eerdere artikel over dit onderwerp in TvI 2004/45) verwijst naar par. 2.5 van de dissertatie van Van Zanten (uit 2012), terwijl Van Zanten zich in de genoemde vindplaats juist sterk verzet tegen de ‘maatschappelijke prioriteit’ die Van Hees heeft bepleit.
  8. De reacties zijn terug te vinden op de site Oveheid.nl bij het Consultatiedocument insolventierecht. Daar zijn overigens nog meer reacties te vinden; in deze bijdrage heb ik een keuze gemaakt van reacties die wat uitgebreider ingaan op de taak van de curator.
  9. Het onderwerp *governance* in insolventies – hoe interessant ook - blijft in deze bijdrage verder buiten beschouwing
  10. Op dit, zeker relevante onderwerp wordt in deze bijdrage niet nader ingegaan. Wel verwijs ik naar een komend artikel van mijn hand over de crediteurencommissie (nieuwe stijl) in een nog niet nader te vermelden afscheidsbundel van een ‘insolventiecoreyfee’.

De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

bekleedt. De praktijk zou zijn gebaat bij een concretere invulling van deze open norm, aldus INSOLAD.

Het komt INSOLAD dan voor dat bij de invulling van de open norm de taak van de curator primair ligt bij de behartiging van de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Deze primaire taak wordt ook wel aangeduid als *boedelmaximalisatie*, oftewel de realisatie van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de crediteuren. Dit is in lijn met de aard van de faillissementsprocedure als collectieve verhaalsprocedure en daarop zijn dan ook de bevoegdheden van de curator primair gericht. De curator heeft volgens INSOLAD ook niet de middelen of de expertise om alle mogelijke belangen te kunnen behartigen. Verwezen wordt naar de (spraakmakende) uitspraak van de rechtbank Overijssel<sup>11</sup> waarin een burgemeester werd aangesteld tot mede-curator omdat de burgemeester, anders dan de al aangestelde curator, de middelen had om (langs publiekrechtelijke weg) de belangen van bepaalde patiënten van de gefailleerde te behartigen. Deze mede-curator/burgemeester werd dus juist aangesteld om bevoegdheden uit te oefenen die de Faillissementswet niet aan een curator geeft. INSOLAD meent dat een curator voor de uitvoering van zijn of haar taak niet afhankelijk zou moeten zijn van bevoegdheden ontleend aan andere wetten dan de Faillissementswet en, in het verlengde daarvan, dat de curator derhalve ook geen zorgplicht of andere verantwoordelijkheid heeft jegens anderen dan de gezamenlijke crediteuren.

Verder wijst INSOLAD er op dat de (insolventie)praktijk vragen heeft gesteld bij de uitbreiding van de taken van de curator als gevolg van de wetswijzigingen van de laatste jaren. Daarbij gaat het met name om het bestrijden van ongewenste gedragingen zoals fraude. De curator zal er gezien de taak om primair de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen veelal de voorkeur aan geven om dergelijk onrecht civielrechtelijk aan te pakken, door middel van het instellen van een *actio pauliana* of een vordering uit onrechtmatige daad,<sup>12</sup> ten einde daarmee het ter verdeling onder de crediteuren beschikbare boedelactief te vergroten. In dit verband geeft INSOLAD aan van mening te zijn dat de taak om fraude te bestrijden “intrinsiek onverenigbaar” is met de primaire taak van de curator.

Ten aanzien van die andersoortige belangen, die door de curator zouden moeten worden behartigd, merkt INSOLAD nog op dat het vaak publieke belangen betreft zoals de milieurechtelijke verplichtingen. Hier spelen dan diverse kwesties

---

11. Rechtbank Overijssel 2 november 2021, *JOR* 2022/71, m.nt. Jansen.

12. Hieronder zal mede zijn begrepen een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.

die tot problematische situaties kunnen leiden. Zo is het de curator niet steeds (aanstonds) duidelijk om welke verplichtingen het gaat. De curator zou die informatie van de gefailleerde of diens bestuurders moeten ontvangen, maar in de praktijk gebeurt dat niet altijd. Dit plaatst de curator in een kwetsbare positie, aangezien hij of zij al gauw ongemerkt en onbedoeld dergelijke verplichtingen schendt. INSOLAD suggereert daarom om in de bijzondere wetgeving, waarop de verplichting is gegrond, een meldingsplicht richting de curator op te nemen voor het betreffende bestuursorgaan.

INSOLAD stelt in dit verband dat het bestuursorgaan primair verantwoordelijk is voor de behartiging van die andere belangen en, voor zover daaraan kosten zijn verbonden, voor die kosten een (regres)vordering op de boedel krijgt. Verwezen wordt daarbij naar de positie van het UWV, die op grond van de Loongarantieregeling een deel van de loonverplichtingen van de gefailleerde overneemt en de daarmee samenhangende regresvordering bij de curator indient. INSOLAD ziet als bijkomend voordeel van deze constructie dat zij past in een duidelijker en daarmee transparanter systeem van boedelschulden<sup>13</sup> en dat zij kan voorzien in de benodigde “voorfinanciering”, omdat de boedel in deze fase van het faillissement vaak niet beschikt over de middelen om de kosten zelf voor te financieren, ook bij faillissementen waarin later wel opbrengsten vloeien.

Hierna volgen de meer concluderende opmerkingen van INSOLAD. Aangegeven wordt dat voor de vraag bij welk door de curator te behartigen belang het primaat uiteindelijk ligt of dient te liggen, de praktijk behoefte heeft aan duidelijkheid. INSOLAD verwijst naar de reeds gegeven voorbeelden en noemt daarnaast de verkoop van klantenbestanden door de curator, waarbij privacy/AVG issues een rol spelen. Die duidelijkheid zal in veel gevallen verkregen kunnen worden door wettelijke regelingen. INSOLAD moedigt in dit kader de wetgever aan om in het vervolgetraject van het ontwikkelen van wetgeving de primaire taak van de curator, dus het behartigen van de belangen van de gezamenlijke crediteuren, als uitgangspunt te nemen en dit uitgangspunt een uitdrukkelijke(r) wettelijke basis te geven. Indien en voor zover sprake is van andere belangen die als gevolg van een faillissement in het gedrang komen, zou de verantwoordelijkheid hiervoor en de behartiging daarvan volgens INSOLAD neergelegd moeten worden bij het desbetreffende bestuursorgaan. In voorkomend geval heeft de curator hier hooguit een signalerende en coördinerende taak.

---

13. Deze opmerking lijkt er vanuit te gaan dat de regresvordering zoals door INSOLAD geadviseerd steeds een boedelschuld zou opleveren. Dat hoeft niet altijd het geval te zijn.



De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

#### 1.4. *Reactie NOvA*

De reactie van de adviescommissie insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: “NOvA”) laat zich als volgt weergeven. De NOvA stelt om te beginnen vast dat zowel in de rechtspraak als in de wetgeving de laatste tijd een verandering is te zien in de taak en de rol van de curator. Waar de curator tot enkele jaren geleden enkel de belangen behartigde van de gezamenlijke crediteuren en in die hoedanigheid het actief van de gefailleerde liquideerde, is de taak van de curator de laatste jaren steeds complexer en meer omvattend geworden. Onder verwijzing naar de reeds aangehaalde rechtspraak inzake Sigmacon II en Maclou wijst de NOvA er op dat de Hoge Raad daarin niet zozeer een instructie heeft gegeven over de inhoud van de taakopvatting van de curator, maar heeft overwogen dat de belangen van maatschappelijke aard onder omstandigheden kunnen prevaleren boven de belangen van een individuele crediteur. De Hoge Raad heeft in deze uitspraken uitdrukkelijk niet overwogen dat de curator altijd de maatschappelijke belangen voorrang dient te geven bij de afwikkeling van het faillissement. De NOvA wijst er wel op dat hierin de laatste jaren een verandering lijkt op te treden. Daarbij wordt in de eerste plaats verwezen naar het bestuursrecht waarin de verantwoordelijkheid voor milieuproblematiek in faillissementen bij de curator wordt neergelegd, met het arrest inzake de Ridderkerkse Taxicentrale als recent voorbeeld.<sup>14</sup>

De NOvA wijst verder op de faillissementen van het Slotervaart- en de IJsselmeerziekenhuizen in 2018. Die hebben tot maatschappelijke onrust geleid aangezien van de ene op de andere dag ziekenhuizen werden getroffen door de gevolgen van het faillissement en dat daardoor de continuïteit en de zorg voor de patiënten in gevaar leek te komen. De beide faillissementen waren niet voorbereid, bijvoorbeeld door middel van een pre-pack, zodat de onrust en onzekerheid direct ontstond bij het uitspreken van de faillissementen. De situatie rond de ziekenhuizen heeft geleid tot het opstellen van de Novelle bij WCO I, waarin de wettelijke mogelijkheid van een pre-pack wordt ingevoerd bij bedrijven/instellingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. In de toelichting bij de Novelle wordt met zoveel woorden aangegeven dat het primaire doel van de aanwijzing van een beoogd curator in het kader van een pre-pack is de voorbereiding van een faillissement met een gecontroleerde afwikkeling van activiteiten die van groot maatschappelijk belang zijn en niet de continuering van (onderdelen) van de door de schuldenaar gedreven onderneming. Op basis hiervan constateert de NOvA dat bij faillissementen van ondernemingen met een dergelijk maatschappelijk belang dat belang vóórgaat

---

14. Zie voetnoot 5.

op de belangen van de gezamenlijke belangen en niet enkel op de belangen van individuele crediteuren.

De NOvA stipt verder aan dat de taak van de curator ook in recente regelgeving een meer maatschappelijke invulling heeft gekregen. Daarbij wordt in de eerste plaats verwezen naar het nieuwe art. 68 lid 2 Fw, betreffende het onregelmatigheidsonderzoek en de mogelijke (verplichte) fraudemelding door de curator. De curator heeft deze verplichtingen/taken dus ook in gevallen waarin geen financieel belang voor de boedel bestaat, waardoor de maatschappelijke taak hier prevaleert. Ten tweede wijst de NOvA op de bevoegdheid (en mogelijk taak) van een curator om een bestuursverbod ex art. 106a e.v. Fw te vorderen. Ook hier prevaleert het maatschappelijke belang boven het belang van de crediteuren in het specifieke faillissement. De NOvA geeft aan dat door de taak van de curator aldus steeds verder te verzwaren, het risico ontstaat dat de primaire taak van de curator steeds verder “verwatert”.

Door de NOvA wordt het onwenselijk gevonden de fraudeopsporings- of signalerende taak te veel bij de curator te leggen, terwijl dat primair een overheids-taak is en het OM hiervoor verantwoordelijkheid dient te dragen. Daarnaast vindt de NOvA het onwenselijk belangen van werkgelegenheid te veel door de curator te laten bepalen, terwijl dat bij uitstek tot de taak van de wetgever dient te behoren. De huidige wetgeving omtrent ontslag enerzijds en overgang van onderneming anderzijds brengt met zich dat de curator bij de uitoefening van zijn of haar taak tussen twee vuren komt te staan, waarbij moet worden gekozen tussen het financiële belang van de gezamenlijke crediteuren en het sociale belang van de werknemers. Daarnaast stelt de NOvA de (enigszins retorische) vraag of van een curator kan worden gevraagd actief milieuproblemen bij zijn failliet (eerst) op te lossen alvorens aan de afwikkeling van het faillissement kan worden toegekomen, dan wel of dit een probleem is dat primair door de gemeente of provincie dient te worden opgelost.

De NOvA ziet kortom een duidelijke verruiming van zowel de taak als de werkzaamheden van de curator in relatie tot de belangen van maatschappelijke aard. Tegelijkertijd wordt vastgesteld dat ondanks de uitbreiding van de (wettelijke) taak van de curator niet is of wordt voorzien in de bekostiging van deze werkzaamheden. Indien de failliete boedel voldoende actief bevat, betalen dan uiteindelijk de crediteuren in dat faillissement de kosten voor werkzaamheden die een veelal breder maatschappelijk karakter hebben. Is sprake van een lege boedel, dan is het (het kantoor van) de curator zelf die deze kosten voor diens rekening moet nemen. Aangezien tegenwoordig steeds vaker sprake is van lege boedels wordt daarmee, volgens nog steeds de NOvA, een naar inschatting belangrijk

De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

deel van de deze maatschappelijke werkzaamheden op de schouders gelegd van één of enkelen, terwijl er voldoende argumenten zijn aan te voeren om deze kosten juist ook door die maatschappij te laten dragen.

### 1.5. *Reactie JIRA*

Ook de reactie van de Vereniging van Jonge Insolventierecht Advocaten (“JIRA”) mag niet ongenoemd blijven. Eveneens onder verwijzing naar de hiervoor reeds genoemde standaardarresten Maclou en Mobell/Interplan stelt JIRA dat helder is dat de curator maatschappelijke belangen dient mee te wegen en deze belangen, wanneer zij zwaarwegend zijn, kan laten prevaleren boven de belangen van een individuele crediteur. JIRA vraagt daarbij aandacht voor de situatie waarover de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgesproken, te weten of de maatschappelijke belangen ook mogen of moeten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke crediteuren. JIRA wijst er op dat de Praktijkregels van INSOLAD (met name art. 2.1 en 4.1<sup>15</sup>) daar wel ruimte voor lijken te bieden. In de literatuur bestaat hierover echter controverse, waarbij de meningen variëren van onwenselijkheid van het meewegen van maatschappelijke belangen, tot een gehoudenheid tot het altijd meewegen van dergelijke belangen en deze waar nodig laten prevaleren. Volgens JIRA lijkt in de praktijk consensus te bestaan dat de maatschappelijke belangen kunnen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Deze consensus beperkt zich volgens JIRA tot maatschappelijke belangen die worden gekwalificeerd als “evident zwaarwegend”. Als meest sprekend voorbeeld hiervan wordt gewezen op de afweging van patiëntenbelangen tegen de belangen van de gezamenlijke crediteuren in ziekenhuisfaillissementen.

In de praktijk lijken volgens JIRA curatoren verschillend om te gaan met het laten prevaleren van – niet evident zwaarwegende – maatschappelijke belangen en ook onder rechters-commissarissen<sup>16</sup> (R-C’s) lijkt een (grote) verdeeldheid te

---

15. In art. 2.1 van de Praktijkregels wordt bepaald dat de curator, na een korte inventarisatieperiode, de onderneming van de gefailleerde alleen voortzet als aannemelijk is dat voortzetting in het belang van de boedel is of een zwaarwegend maatschappelijk belang dat vergt. Daar wordt aan toegevoegd dat van voortzetting in het belang van de boedel sprake kan zijn indien redelijkerwijs verwacht mag worden dat de meeropbrengst die als gevolg van het voortzetten van de onderneming kan worden behaald, de daarmee gepaard gaande kosten zal overschrijden. Art. 4.1 van de Praktijkregels gaat over het procederen door de curator en bepaalt dat de curator lopende procedures uitsluitend voortzet als dit in het belang van de boedel is of als een zwaarwegend maatschappelijk belang dat vergt.

16. Het meervoud van rechter-commissaris luidt in sommige publicaties rechters-commissarissen en in andere publicaties rechters-commissaris. Ik zal hier verder gebruik maken van de aanduiding R-C dan wel R-C’s.

bestaan over dit onderwerp.<sup>17</sup> JIRA vindt dit onwenselijk en komt daarom met het voorstel/advies om wettelijk te verankeren (bijvoorbeeld in art. 68 Fw) dat de curator een maatschappelijke taak heeft en dat deze kan prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Daarmee wordt volgens JIRA meer zekerheid aan curatoren geboden en het kan helpen een (te) grote ongelijkheid in de afwikkeling van faillissementen op dit punt te voorkomen. Vervolgens is het aan de praktijk en de rechtspraak om daar nadere invulling aan te geven, omdat het (zo geeft JIRA aan) voor de wetgever ondoenlijk is om te voorzien in een uitputtende regeling voor alle potentiële maatschappelijke belangen en de wijze waarop die in een concreet geval dienen te worden afgewogen.

JIRA ziet er in dat kader meerwaarde in dat curatoren, samen met de rechters-commissarissen, met elkaar in gesprek gaan en blijven over de maatschappelijke taak van de curator. Het is van belang dat transparant wordt gemaakt hoe curatoren met deze belangen moeten omgaan en hoe de R-C's hierop toezicht houden. Verder vindt JIRA het wenselijk dat de maatschappelijke taak van de curator ook een plek krijgt in het openbare verslag. In faillissementen, waarbij dit relevant is, kan dan verslag worden gedaan van de vraag of er maatschappelijke belangen betrokken zijn en, indien dit het geval is, op welke wijze daarmee is omgegaan. JIRA acht het bij dit alles van groot belang dat voldoende aandacht bestaat voor de kosten die zijn gemoeid met de uitoefening van de taak van de curator, inclusief het behartigen van maatschappelijke belangen. JIRA maakt zich in dit verband zorgen om het feit dat het takenpakket van de curator steeds verder wordt uitgebreid, maar hiervoor – veelal – geen financiering bestaat. Zij vraagt zich af of het in alle gevallen gerechtvaardigd is dat de kosten van de uitvoering van de maatschappelijke taak van de curator ten laste van de gezamenlijke crediteuren komen. Dat wordt problematisch wanneer de boedel leeg of ontoereikend is, zodat JIRA oproept tot hernieuwde aandacht op dit punt van de wetgever.

Ter relativering schrijft JIRA nog: “Daarbij zij opgemerkt dat curatoren vaak goed in staat zijn om maatschappelijke belangen te combineren met de belangen van de gezamenlijke crediteuren en van tegenstrijdigheid dus geen sprake hoeft te zijn.”

---

17. JIRA verwijst hier naar M. van Eekelen-Atema, “De faillissementscurator en maatschappelijke belangen”, in: L.F. Enneking, M.R. Hebly en K.K.E.C.T. Swinnen (red.), *Publiek privaatrecht. Over publieke doelen en belangen in privaatrechtelijke verhoudingen*, Boom, Den Haag, 2021, p. 293-323.

De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

### 1.6. *De Slotervaartbeschikking*

Ter illustratie van de rol van de maatschappelijke belangen en de wijze waarop de rechters daar tegenwoordig (vele jaren na Sigmacon, Maclou e.d.) mee omgaat, kan worden gewezen op een art. 69 Fw-beschikking van de R-C’s uit de rechtbank Amsterdam inzake het faillissement van het Slotervaartziekenhuis.<sup>18</sup> Kort weergegeven bleek in dat faillissement, via een aan te bieden akkoord, een uitkering van 100% aan de crediteuren te gaan plaatsvinden,<sup>19</sup> waarmee het faillissement zou kunnen worden beëindigd. De gemeente Amsterdam vond echter dat de curatoren desondanks toch een rechtmatigheidsonderzoek zouden moeten uitvoeren dan wel een enquêteverzoek bij de Ondernemingskamer zouden moeten indienen.<sup>20</sup>

De rechtbank wijst dit verzoek van de gemeente af en gaat in haar overwegingen vooral in op het doel van het faillissement en daarmee op de taak van de curator. Hoofddoel van het faillissement is het te gelde maken van het vermogen van de gefailleerde en de verdeling daarvan onder de crediteuren. In het overgrote deel van de faillissementen komt dit erop neer dat de crediteuren bij het opmaken van de eindrekening de uitbetaling van slechts een gering percentage van hun vordering kunnen verwachten. Slechts bij hoge uitzondering worden alle crediteuren voldaan. De faillissementscurator – en met hem of haar de R-C als toezichthouder – behartigt primair de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Dat volgt, aldus nog steeds de rechtbank, uit het voornoemde hoofddoel. De curator moet zich dus inspannen de failliete boedel in een voor de crediteuren zo gunstig mogelijke zin te gelde te maken. Als dat volgens een systeem van biedingen geschiedt, zal de curator in beginsel het hoogste bod (dienen te) aanvaarden. Doet de mogelijkheid voor dat alle crediteuren kunnen worden voldaan, dan is evident dat die moet worden aangegrepen.

Vervolgens komt de rechtbank toe aan de rol van de maatschappelijke belangen. De verplichting voor de curator om de hoogste boedelopbrengst te genereren is in de loop der jaren in die zin genuanceerd dat in de rechtspraak wordt aangenomen dat de curator ook met maatschappelijke belangen rekening dient te houden. Daarbij wordt in het bijzonder aan de continuïteit van de tot de failliete

---

18. Rechtbank Amsterdam 4 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3999.

19. Voor de volledigheid: uit de beschikking blijkt dat een achtergestelde vordering hiervan is uitgezonderd.

20. De gemeente vroeg in hetzelfde art. 69 Fw verzoek ook een bevel door de R-C aan curatoren om onderhandelingen met de gemeente te starten over de verwerving door de gemeente van het vastgoed van MC Slotervaart. Dat verzoek en de beslissing van de rechtbank daarop (eveneens een afwijzing) blijft hier verder buiten beschouwing.

boedel behorende onderneming en aan behoud van werkgelegenheid gedacht. De curator is dus, aldus de rechtbank, niet verplicht bij een overname zonder meer voor de hoogste bieder te kiezen. Hij of zij mag de overname/doorstart gunnen aan een bieder die, hoewel hij of zij minder biedt, een bod doet waarbij meer met de maatschappelijke belangen rekening wordt gehouden. De rechtbank wijst er daarbij op dat in de literatuur ook wel andere belangen worden genoemd die een curator in het algemeen bij de afwikkeling in acht zou moeten nemen.

In willekeurige volgorde noemt de rechtbank:<sup>21</sup> het repatriëren van vakantiegangers bij het faillissement van een touroperator, het ter voorkoming van herhaling van fraude doen van strafaangifte, de continuïteit van de verzorging en verpleging van bewoners in een verzorgingstehuis, de continuïteit van netwerkverbindingen, het behoud van monumenten, milieubelangen, belangen bij plaatselijke of regionale ontwikkeling, behoud van een als waardevol beschouwde traditie of een bepaalde *know how*. Ook wijst de rechtbank erop dat de curator naast het beheer en het te gelde maken van de failliete boedel een tweede belangrijke taak heeft, te weten het onderzoeken van mogelijke onregelmatigheden. Na uitgebreide overwegingen over een dergelijk onderzoek (met name in faillissementen die veel maatschappelijke commotie veroorzaken zoals dat van het Slotervaartziekenhuis) komt de rechtbank tot de slotsom dat in dit geval geen oorzaken- en onregelmatigheidsonderzoek meer hoeft plaats te vinden, met name gezien de 100% uitkering aan de crediteuren.

### 1.7. *Standpunt ChatGPT*

In deze tijden ontkomen we er niet aan ook de *Artificial Intelligence* van ChatGPT (staat voor: “Generative Pretrained Transformer”) in te schakelen en die het onderwerp voor te leggen. Op de trefwoorden “de taak van de curator en de rol van maatschappelijke belangen bij de afwikkeling van een faillissement” komt de volgende reactie:

---

21. De rechtbank lijkt hierbij vooral geïnspireerd door het artikel van Toni van Hees over, wat hij aanduidt als maatschappelijke verantwoord vereffenen, in TvI 2015/1. Van Hees zijn ruimer opvatting betreffende de rol van mogelijke maatschappelijke belangen bij een faillissementsafwikkeling lijkt in belangrijke mate te zijn ingegeven door de gedachte dat de crediteuren in een faillissement toch al weinig krijgen, dus dan is het ook niet zo erg dat ze nog minder of helemaal niets krijgen. Dat is nogal de wereld op zijn kop en kan moeilijk een vrijbrief zijn om de curator – min of meer naar eigen inzicht – vermeende maatschappelijke belangen te laten prevaleren boven die van de gezamenlijke crediteuren (waaronder wat mij betreft mede begrepen de boedelcrediteuren). Zie verder par. 3.

De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

*“De taak van een faillissementscurator is om de boedel van een failliete onderneming te beheren en te verdelen onder de schuldeisers. Dit omvat het verzamelen en inventariseren van de activa van de onderneming, het beheren van deze activa tijdens het faillissement, het verkopen van de activa indien nodig, en het verdelen van de opbrengst hiervan onder de schuldeisers. De curator is ook verantwoordelijk voor het onderzoeken van de oorzaken van het faillissement en het verzamelen van informatie die nuttig kan zijn voor de schuldeisers en andere belanghebbenden.*

*Bij het afwickelen van een faillissement speelt de curator een belangrijke rol in het behartigen van de maatschappelijke belangen. Dit betekent dat de curator rekening houdt met de gevolgen van het faillissement voor de werknemers, de leveranciers, de klanten en de omgeving. Bijvoorbeeld, de curator zal er alles aan doen om werkgelegenheid te behouden en te bevorderen, en zal er ook voor zorgen dat de schade aan de omgeving wordt beperkt en opgeheven. De curator zal ook de belangen van de schuldeisers behartigen en actie ondernemen tegen degenen die verantwoordelijk zijn voor het faillissement, indien nodig.”*

Laten we het er vooralsnog maar op houden dat ChatGPT dit weerbarstige onderwerp nog niet helemaal onder de knie heeft.

## **2. De taak van de curator in meer algemene zin**

De in paragraaf 1 weergegeven aandachtspunten uit het Consultatiedocument betreffende de taak van de curator en de reacties daarop geven naar mijn mening een goed beeld van de verschillende elementen die bij dit onderwerp van belang (kunnen zijn). Zij vormen het vertrekpunt bij mijn verdere bespreking van dit fascinerende en belangwekkende onderwerp. Ik zou uit willen gaan van de volgende “werkdefinitie”:

De taak van de curator houdt in dat hij of zij<sup>22</sup> op een ordentelijke, efficiënte, voldoende transparante en maatschappelijk verantwoorde wijze, met inachtneming van de geldende regels (en met gezond verstand), het beheer over de boedel van de gefailleerde moet voeren, alsmede om vanuit diezelfde uitgangspunten diens vermogen te vereffenen en te gelde te maken, om zodoende – onder de gegeven omstandigheden – de hoogste opbrengst voor de

---

22. Een curator als ‘het’ zou tegenwoordig ook mogelijk (moeten) zijn.

gezamenlijke crediteuren in het faillissement (waaronder mede begrepen de boedelcrediteuren) te realiseren.

De meeste elementen uit deze werkdefinitie zullen wel voor zichzelf spreken. Bij enkele onderdelen sta ik toch wat langer stil. Om te beginnen dient wat mij betreft voorop te blijven staan dat de curator erbij wordt geroepen om de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen, in die zin dat de vereffening van het vermogen van de gefailleerde een zo groot mogelijke opbrengst voor de crediteuren wordt gerealiseerd. Het faillissement is en blijft een collectieve verhaalsprocedure ten behoeve van de crediteuren, dus die mogen verwachten dat de curator namens hen zo veel mogelijk verhaal realiseert, door de opbrengst van de in de boedel aanwezige activa te maximaliseren. Meestal wordt bij die groep van gezamenlijke crediteuren gedacht aan de faillissementscrediteuren. Wat mij betreft kan daar ook de groep van boedelcrediteuren onder worden geschaard. Dat zijn immers crediteuren die tijdens de faillissementsafwikkeling – zoals bekend op verschillende manieren – kunnen ontstaan en die bij de verdere vereffening een prominente positie innemen, waar de curator terdege rekening mee dient te houden. Dus de hoofdtaak van de curator is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de hier genoemde crediteuren. Mij lijkt niet dat het gegeven dat in veel faillissementen al snel duidelijk zal zijn dat aan een substantieel deel van de crediteuren geen uitkering kan worden gedaan, zou maken dat de curator deze hoofdtaak van de boedelmaximalisatie los zou moeten laten. Ook al is er maar een klein deel van de crediteuren *in the money* in het faillissement, dat mag de curator (mijns inziens) niet ontslaan van deze hoofdtaak.<sup>23</sup>

Nederland zal overigens met de doelstellingen van een faillissementsprocedure en (in het verlengde daarvan) de taak/taken van de curator in de pas moeten lopen met de rest van Europa, in ieder geval met de EU-regels. Op 7 december 2022 werd door de Europese Commissie een nieuw voorstel voor een Insolventierichtlijn gepresenteerd (Insolvency III)<sup>24</sup> met als doel om het insolventierecht binnen de EU op bepaalde onderdelen te harmoniseren. Deze harmonisatie is volgens de Commissie noodzakelijk omdat de huidige insolventiewetten onderling nog teveel verschillen, waardoor het voor (grensoverschrij-

---

23. Toni van Hees lijkt hier anders over te denken en ziet het gegeven dat de crediteuren toch over het algemeen al weinig krijgen kennelijk mede als argument om de andere belangen “vol” aan bod te laten komen, onder het motto dat het verschil tussen weinig en niks voor die crediteuren niet zo veel hoeft uit te maken: zie daarover par. 3.

24. Proposal for a Directive harmonising certain aspects of insolvency law d.d. 7 december 2022, 2022/0408 (COD).



De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

dende) investeerders lastig is om de gevolgen van een eventuele insolventieprocedure te voorzien. De Commissie beoogt met het voorstel de insolventiewetten van de verschillende EU-landen onderling op elkaar af te stemmen, zodat de voorspelbaarheid van insolventieprocedures wordt verhoogd. Dit voorstel richt zich met name op drie speerpunten van het insolventierecht: a. maximalisatie van de activa in de faillissementsboedel, b. verhoging van de efficiëntie van de faillissementsprocedure en c. een eerlijke en voorzienbare verdeling van het failliete vermogen onder de betrokken crediteuren.<sup>25</sup> Het moge duidelijk zijn dat dit voorstel voor een nieuwe richtlijn een bestendinging zal vormen van de hiervoor nader beschreven hoofdtaak van de curator.

De toevoeging in mijn werkdefinitie dat de curator zijn of haar wijze op een maatschappelijk verantwoorde wijze dient uit te voeren, beoogt niet aan te geven dat hij of zij (uit zichzelf) maatschappelijke belangen zwaarder moet laten wegen dan die van de gezamenlijke crediteuren. Het komt mij namelijk voor dat in de discussie over de taak van de curator en de rol van de maatschappelijke belangen een zekere spraakverwarring aan de orde is. Het lijkt geen twijfel dat een curator zich in algemene zin maatschappelijk betamelijk dient te gedragen, dus volgens de normen die in het maatschappelijke verkeer voor iedere burger of ondernemer dienen te gelden. Zie in dat opzicht de volgende – te onderschrijven – opmerkingen van Van Zanten in zijn Groninger oratie (weliswaar in het kader van de kwalificatie van schulden in faillissement, maar stellig breder toepasbaar):<sup>26</sup>

*“Het spreekt voor zich dat de curator zich dient te houden aan alle publiek-rechtelijke regels waarmee hij in het kader van de zijn taakuitoefening in aanraking komt, zoals Arbowetgeving, fiscale regelgeving, regels uit hoofde van het mededingingsrecht en privacywetgeving. Het spreekt evenzeer voor zich dat op de curator – zoals op eenieder – de plicht rust geen inbreuk te maken op andermans eigendom en zich te gedragen in overeenstemming met hetgeen in het dagelijks verkeer betaamt. De curator die deelneemt aan het*

---

25. In het kader van de maximalisatie van de activa in de faillissementsboedels wordt in het voorstel van de Europes Commissie vooral ‘ingezoomd’ op een versterking en harmonisatie van de faillissementspauliana. Ook wordt aandacht besteed aan de pre-pack ter bevordering van een *going concern* verkoop van een onderneming, de verplichting voor bestuurders om tijdig faillissement aan te vragen, een versimpelde liquidatieprocedure voor kleine ondernemingen en een grotere participatie van de crediteuren in een faillissement (onder meer via de crediteurencommissie).

26. T.T. van Zanten, Classificatie van verplichtingen in faillissement, Oratie, Wolters Kluwer 2022, p. 18.

*maatschappelijk verkeer, is kortom gebonden aan alle regels die voor de deelnemers daaraan gelden.”*

De opmerking in het Consultatiedocument dat de maatschappelijke belangen in het faillissement een steeds grotere rol hebben gekregen (zie par. 1.2, slot), kan naar het lijkt deels worden verklaard door het gegeven dat in brede zin de regels van het maatschappelijk verkeer steeds verder zijn uitgebreid en die tendens lijkt zeker niet af te nemen. De curator zal reeds om die reden in toenemende mate met de regels van maatschappelijke betamelijkheid rekening moeten houden. Neem als voorbeeld de regels omtrent grensoverschrijdend gedrag. Een curator zal zich zoals iedere burger moeten onthouden van grensoverschrijdend gedrag, een actuele maatschappelijke norm. Daarbij past niet de figuur van een vloekende en tierende, of zich anderszins misdragende curator (ook wel aangeduid als de Gordon Ramsay-curator).

In die zin zit er denk ik wel een grote kern van waarheid in de opmerking van JIRA dat een curator vaak wel goed in staat zal zijn de maatschappelijke belangen (en normen) te combineren met de belangen van de gezamenlijke crediteuren, zodat er dan van tegenstrijdigheden geen sprake hoeft te zijn (zie par. 1.5, slot). Ten aanzien van bijvoorbeeld de AVG-verplichtingen dient te gelden dat de curator zich gewoon aan de geldende regels dient te houden, bijvoorbeeld voor de wijze waarop een klantenbestand dient te worden “gemigreerd”.<sup>27</sup> Indien daar kosten aan zijn verbonden, zijn dat kosten die voortvloeien uit het in acht nemen van geldende regels, dus die zal de boedel dan moeten dragen. Van een (onaanvaardbare) aantasting van de positie van de gezamenlijke crediteuren is dan geen sprake. In dezelfde categorie valt de correcte omgang met medische dossiers. De daarvoor geldende regels kan en mag de curator niet aan zijn of haar laars lappen.<sup>28</sup>

Actueel is hoe de curator in een faillissement dient om te gaan met de sanctieregels tegen Rusland.<sup>29</sup> Ook dat laat zich naar het lijkt wel “plooiën” met de primaire taak van de curator, zonder dat de gezamenlijke crediteuren daarvoor het gelag moeten betalen. Sterker nog, de curatoren van de ATB Bank konden (via een door hen opgerichte Stichting Vereffening) succesvol een beroep doen op het belang van de gezamenlijke crediteuren, dat volgens de rechter zwaarder

---

27. Zie met name de brief van de Autoriteit Persoonsgegevens aan INSOLAD van 6 januari 2020, ook terug te vinden op de website van INSOLAD.

28. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, *JOR* 2020/11, m.nt. Tideman.

29. Zie M. Vogels en M. Broeders, ‘De invloed van sanctieregels in faillissement en de rol van de curator’, FIP 2022/269.

De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

woog dan het (beperkte) risico dat Microsoft liep ter zake van een mogelijke schending van EU- en VS-sancties.<sup>30</sup> Maar mocht het handelen van een curator rechtstreeks in strijd met de sanctieregels komen (de curator vereffent een fabriek die goederen op de sanctielijst aan Rusland levert en de curator moet beslissen al dan niet nog een levering te doen), dan dient de curator zich daarvan te onthouden net als iedere andere partij, ook al zou het een mooi bedrag voor de boedel/crediteuren opleveren.

In de werkdefinitie wordt aangegeven dat de curator de werkzaamheden dient te verrichten met inachtneming van de geldende regels. Over welke regels gaat het dan? Hiervoor zijn al de regels besproken die door de curator in acht moeten worden genomen, zoals iedere burger en ondernemer die moet naleven. Daaronder vallen wat mij betreft ook de milieuregels. De curator zal inderdaad, als houder van een inrichting, de daarvoor geldende milieuregels dienen na te leven. Dat staat echter wat mij betreft los van de vraag of niet-naleving daarvan (voor reeds bestaande verontreinigingen op het fixatiemoment van het faillissement) tot een boedelschuld zal leiden.<sup>31</sup>

Daarnaast zijn er de meer specifiek voor de curator geldende regels.<sup>32</sup> Die zullen echter meestal zodanig zijn dat zij niet raken aan de kerntaak van het behartigen van de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Zij vormen juist meestal een uitwerking van deze hoofdtaak dan wel een nadere concretisering van de rol van de positie ten opzichte van bepaalde partijen in het faillissement. Ik zou in dit verband inderdaad voorstander zijn van de suggesties van INSOLAD om de Praktijkregels, zoals die inmiddels zijn ontwikkeld, generiek van toepassing te verklaren op het handelen van iedere door de rechtbank aangestelde curator. Enige moeite heb ik met het verschijnsel dat ook onze Hoge Raad van tijd tot tijd “regels” ontwikkelt die op de curator zouden rusten. Dit als uitwerking van de Prakke/Gips-rechtspraak<sup>33</sup> waarin de Hoge Raad een ruime beleidsvrijheid

---

30. Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam 3 mei 2022, *JOR* 2022/220, m.nt. Harmsen.

31. Zie daarover par. 5.

32. Een aparte plaats is natuurlijk ingeruimd voor de in art. 68 lid 2 Fw vastgelegde verplichting voor de curator om een onregelmatigheidsonderzoek uit te voeren en zo nodig (na overleg met de RC) een melding of aangifte van onregelmatigheden (met name fraude) bij de bevoegde instanties. In dezelfde categorie bevindt zich het bestuursverbod van art. 106a e.v. Fw. Meestal zal een verzoek daartoe van de zijde van de curator volgen op een (onherroepelijke) rechterlijke uitspraak waarin, op initiatief van de curator, bestuurdersaansprakelijkheid of paulianeus handelen is vastgesteld, dus als logisch gevolg van deze juridische acties van de curator.

33. HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65, m.nt. Spinath, *NJ* 2012/515, m.nt. Verstijnen.

voor de curator aanneemt, tenzij de curator bij de taakuitoefening aan regels is gebonden.

Te denken valt daarbij aan de 14-dagenregel en informatieverplichting jegens de pandhouder ten aanzien van verpande debiteuren,<sup>34</sup> de verplichting tot ont-ruiming van het gehuurde<sup>35</sup> en het niet schenden van een verbod van onderhuur in de tussen een verhuurder en de gefailleerde gesloten huurovereenkomst.<sup>36</sup> Op zichzelf valt het wel toe te juichen dat de Hoge Raad van tijd tot tijd “regels” ontwikkelt ten aanzien van onderwerpen waar de wetgeving geen (concrete) regeling biedt. Als ik de Hoge Raad op dit punt goed begrijp, levert een zodanige regel een verplichting voor de curator in hoedanigheid (dus q.q.) op, zodat schendig daarvan tot een boedelschuld kan leiden. Daarnaast kan dit aanleiding geven tot een aansprakelijkheid pro se. Des te meer reden wat mij betreft om een nieuwe regel van de Hoge Raad slechts naar de toekomst te laten werken. Voor aansprakelijkheid van een curator pro se is immers een vereiste dat de curator zich bewust is of had kunnen zijn van het handelen in strijd met een dergelijke regel.

### 3. Enkele mogelijke zwaarwegende belangen nader beschouwd

Voordat ik in de volgende paragraaf toekom aan de vraag of codificatie van de taak van de curator gewenst is (en zo ja: hoe?) bespreek ik enkele mogelijke zwaarwegende belangen nader. Het komt mij voor dat een deel van die belangen nogal als een “toverformule” worden aangedragen om een hogere positie in een faillissement in te nemen – oftewel als een hoger belang te worden aangemerkt – dan de belangen van de gezamenlijke crediteuren in de betreffende faillissementsafwikkeling. Uit Mobell/Interplan valt overigens al af te leiden dat het belang van een voortvarende faillissementsafwikkeling in dit verband niet een zelfstandig, althans doorslaggevend belang kan zijn (dit belang werd overigens in dat faillissement door curatoren zelf aangedragen). Voorafgaand aan deze bespreking van enkele mogelijk zwaarwegende belangen wijs ik er voor de volledigheid op dat een *clash* tussen het belang van de gezamenlijke crediteuren en een dergelijk zwaarwegend (ander) belang zich in de praktijk van alle dagen

---

34. HR 30 oktober 2009, *JOR* 2009/341, m.nt. Van Andel, *NJ* 2010/96, m.nt. Verstijlen (Hamm q.q./ABN AMRO).

35. HR 9 juni 2006, *ECLI:NL:HR:2006:AU9234* (Smit/Van Hees q.q.), nader uitgewerkt in HR 31 maart 2017, *JOR* 2017/211, m.nt. Tekstra, *NJ* 2018/142, m.nt. Verstijlen (Aldel). Vanuit de verhuurder/eigenaar gezien wordt dit wel aangeduid als de *actio negatoria*. Zie eveneens Van Zanten, Oratie, p. 23.

36. HR 9 november 2018, *JOR* 2019/26, m.nt. Tekstra, *NJ* 2018/464, m.nt. Verstijlen (De Klerk q.q. en El Ayoubi/X).

De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

slechts bij uitzondering zal voordoen. In het merendeel van de faillissementsafwikkelingen kan de curator zich beperken tot het zodanig vereffenen van de boedel dat er, na aftrek van de boedelkosten, het meeste voor de crediteuren overblijft (als er al iets resteert, maar dat is een andere discussie). Bij een dergelijke samenloop van de belangen wordt het natuurlijk pas echt spannend en interessant.

Een vaak naar voren gebracht algemeen maatschappelijk belang is dat van de continuïteit van de onderneming. Kort gezegd wordt hiermee aangeduid dat ondernemingen die in financiële (of andere) problemen zijn geraakt, in staat moeten worden gesteld tot een zodanige reorganisatie of herstructurering te komen dat de continuïteit van de onderneming alsnog is gewaarborgd. Aldus wordt ernaar gestreefd het reorganiserend vermogen van Nederlandse ondernemingen te versterken. Dat is uiteraard een goede gedachte. De vraag is echter of het belang van de continuïteit van een onderneming in strijd zal komen met het belang van de gezamenlijke crediteuren van deze onderneming. Van een dergelijke strijdigheid zal naar verwachting pas sprake zijn als er koste wat het kost naar wordt gestreefd een onderneming “in de lucht” te houden en daardoor de belangen van de crediteuren worden geschaad. In een zodanig geval schiet het belang van de continuïteit van de onderneming zijn doel voorbij.

Een recent voorbeeld laat goed zien hoe hier in de praktijk mee om te gaan. Het faillissement van de Leidse medicijnenproducent InnoGenerics leidde tot de nodige maatschappelijke ophef. Het Ministerie van VWS gaf aan de continuïteit van de (“generieke”) medicijnenproductie in Nederland belangrijk te vinden, mede om niet te afhankelijk te zijn van landen als India en China. Dit leidde zelfs tot het verstrekken van een boedelkrediet van € 400.000 om de curator<sup>37</sup> in staat te stellen de fabriek nog enige tijd te laten draaien terwijl hij naar een koper zocht. Er meldde zich een twintigtal koopkandidaten maar die haakten kennelijk af omdat er een onvoldoende *business case* was. Op het laatste moment, toen de curator tot de ontmanteling van de fabriek wilde overgaan, meldde zich toch nog een (Nederlandse) koper. Die wilde echter blijkbaar een zodanig bedrag voor de activa betalen dat de koopprijs zou uitkomen onder de (verwachte) executiewaarde van de activa. De curator benaderde vervolgens het Ministerie van VWS met het verzoek een bijdrage aan de boedel te leveren om de doorstart mogelijk te maken. De curator gaf aan wettelijk verplicht te zijn zoveel mogelijk waarde te creëren met de boedel (lees: voor de gezamenlijke crediteuren). Om het bod van deze laatste koop-kandidaat aan die voorwaarde te laten voldoen, heeft het

---

37. De curator zijnde de huidige voorzitter van INSOLAD.

ministerie een bedrag van € 150.000 aan de boedel beschikbaar gesteld.<sup>38</sup> Wat mij betreft een mooie oplossing.

Ik zou al met al menen dat het belang van de continuïteit van de onderneming inderdaad een prominent belang vertegenwoordigt (WCO I beoogt daar ook – via de pre-pack – in te voorzien), dat meestal wel parallel zal lopen aan het belang van de gezamenlijke crediteuren; het zal de waarde van de onderneming normaal gesproken zo veel mogelijk in stand houden waardoor een hogere opbrengst voor de crediteuren in het verschiet zal liggen. Op het moment dat door het (min of meer tegen beter weten in) vasthouden aan het continuïteitsbelang echter de positie van de crediteuren in het gedrang komt, zal het belang – in het betreffende geval – niet langer die vooraanstaande rol mogen spelen. De ondernemingsactiviteit is dan kennelijk onvoldoende levensvatbaar om in de bestaande setting voort te worden gezet. Mogelijk kan de activiteit nog wel elders worden opgestart.

Een aan de continuïteit van de onderneming gerelateerd belang betreft dat van het behoud van werkgelegenheid. Ook dit belang behoort naar mijn mening in faillissementen tot op zekere hoogte te worden gerelativeerd. Het behoud van werkgelegenheid speelde, naast dat van de continuïteit van de onderneming, een duidelijke rol in het reeds enkele malen genoemde Sigmacon II-arrest.<sup>39</sup> De Hoge Raad overwoog daarin dat het oordeel van het hof dat de curator ook rekening heeft te houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid, geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting. In zijn NJ-noot bij Sigmacon II vertaalde Kleijn dit belang van werkgelegenheid mede naar een financieel afwegingskader. Hij schreef aan het slot van zijn noot:

*“Het is in het algemeen beschouwd waard te onderzoeken na hoeveel tijd het bedrag van de sociale voorzieningen benodigd voor de ± 200 ontslagen werknemers, ingeval deze ontslagen hadden moeten worden, het bedrag dat de ontvanger thans ontglipt, zou overtreffen; van dat moment af is de gemeenschap als totaal ook gebaat door een sterfhuis-keuze als de onderhavige. Het zou goed zijn, dat ook aan dergelijke overwegingen meer aandacht wordt besteed, los van de menselijke kanten van een ontslag bij het kiezen voor liquidatie.”*

---

38. Zie een verslag hiervan in het FD van 21 januari 2023.

39. HR 24 februari 1995, NJ 1996/472, m.nt. Kleijn.

De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

Ikzelf zou deze financiële afweging minder op macroniveau doen plaatsvinden en meer op het niveau van de rechtstreekse financiële effecten voor de boedel en zijn crediteuren. Een eenvoudig voorbeeld kan dit verduidelijken. Stel de curator heeft een koper voor de activa en die blijkt bereid € 400.000 voor de activa te betalen en is bereid 30 mensen in dienst te nemen. Een tweede koper biedt € 500.000 voor de activa en wil 10 mensen in dienst nemen. De dienstbetrekkingen zullen bij de beide biedingen ingaan per de faillissementsdatum. Stel nu dat uit een berekening blijkt dat de boedelvordering van het UWV onder de Loongarantieregeling bij het eerste bod € 120.000 lager uitkomt dan bij het tweede bod. Dan kan worden geconstateerd dat het eerste bod in zijn totaliteit gunstiger is voor de gezamenlijke crediteuren dan het tweede bod, ook al wordt in dat bod voor de activa als zodanig meer betaald. Een verdere relativering van het werkgelegenheidsbelang in een faillissement is gelegen in het feit dat het deels een tijdsgebonden belang lijkt te zijn. In de huidige tijd ziet de arbeidsmarkt er essentieel anders uit dan zo’n 10 of 20 jaar geleden. Werkgevers hebben op dit moment juist moeite om personeel te krijgen en aan zich te houden.<sup>40</sup> Uit recente gegevens blijkt dat er voor iedere werkzoekende circa 140 vacatures gereed staan om te worden vervuld. Het valt daarom moeilijk in te zien hoe het werkgelegenheidsbelang als zodanig (steeds) doorslaggevend zou kunnen of moeten zijn bij een faillissementsafwikkeling. En laten we wel zijn: als voor de activiteiten van de gefailleerde onderneming op de een of andere manier toch nog mogelijkheden blijken te zijn, kan een andere ondernemer die activiteiten ook zelf gaan opstarten of uitbouwen (ook zonder de activa uit het faillissement over te nemen) en dat zal dan weer tot nieuwe werkgelegenheid leiden.

Met name in de Slotervaartbeschikking zijn diverse belangen genoemd die mogelijk zwaarder zouden kunnen wegen dan de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Ik ben er eerlijk gezegd niet van overtuigd dat die belangen zo zwaarwegend zullen (moeten) zijn, of – in de woorden van JIRA “evident zwaarwegend”<sup>41</sup> – dat de belangen van de crediteuren daarvoor moeten wijken. Er zijn in onze samenleving ook voldoende instanties en organisaties die zich de genoemde maatschappelijke belangen zullen aantrekken en daar een oplossing voor zouden moeten vinden. Zo zal het repatriëren van gestrande reizigers bij een faillissement van een touroperator meestal via het reisgarantiefonds SGR plaatsvinden (uiteraard in overleg met de curator; de reizigers zijn overigens

---

40. Personeel kiest ook (nog steeds) in toenemende mate voor een zzp-relatie of een anderszins flexibele werkafpraak (bijvoorbeeld als *freelancer*), in plaats van een (rechttoe-rechtaan) arbeidsrelatie. De arbeidsmarkt en de krapte daarop (of juist niet) blijft naar zijn aard natuurlijk een momentopname.

41. Zie par. 1.5.

ook potentiële crediteuren in het faillissement). De continuïteit van de zorg in een verpleegtehuis bij faillissement zal toch ook een belang zijn dat de bevoegde instanties en zorgverleners zich primair moeten aantrekken, ook dit natuurlijk in overleg met de curator. Hetzelfde geldt voor de continuïteit van netwerkverbindingen, levering van energie. Bij het behoud van monumenten, waardevolle tradities en bepaalde *know how* zie ik niet zo goed in hoe van de curator kan en mag worden verwacht daar een “voortrekkersrol” in te vervullen ten koste van de belangen van de gezamenlijke crediteuren.

Dat een curator bij fraude niet alleen moet proberen de fraude te “redresseren” in het belang van de gezamenlijke crediteuren is inmiddels in de wet opgenomen, dus behoeft geen nadere bespreking. In het verlengde daarvan ligt het indienen van tuchtklachten (meestal in het kader van een aansprakelijkstelling namens de boedel), bijvoorbeeld tegen een accountant of, onder specifieke omstandigheden, tegen een advocaat.<sup>42</sup> Een geval waarvan wel kan worden gezegd dat er een (concreet) evident zwaarwegend belang aan de orde kan zijn, is het voorbeeld uit de rechtspraak over de afvoer van 25.000 kippen in een faillissement.<sup>43</sup> Het ging om een kort geding waarin de curator vorderde dat de eigenaar van de kippen deze zou afvoeren uit het pand van de gefailleerde. De voorzieningenrechter overwoog dat hier sprake was van “levende have”, hetgeen een bijzondere zorgplicht met zich meebrengt. Deze zorgplicht houdt volgens de voorzieningenrechter mede in dat de kippen op een maatschappelijk verantwoorde wijze worden afgevoerd (het ging vooral over de termijn van afvoer).<sup>44</sup> Aldus betrof het hier met name het onderdeel van de in par. 2 weergegeven werkdefinitie, inhoudende dat de curator op een maatschappelijk verantwoorde wijze dient te opereren.

#### **4. Is codificatie van de taak van de curator gewenst (en zo ja: hoe)?**

Dan kom ik nu toe aan de vraag of het zinvol en/of gewenst is de taak van de curator in de wet op te nemen. Ik zou daar, het geheel overziende, groot voorstander van zijn. Dat zou dan met name kunnen door in art. 68 lid 1 Fw toe te voegen dat de curator als (hoofd)taak heeft de belangen van de gezamenlijke crediteuren (in het wettelijke jargon: schuldeisers) te behartigen. Daaronder

---

42. Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2012, *JOR* 2013/286, m.nt. Van Andel (Ponzi-zwandel).

43. Rechtbank Noord-Holland 15 augustus 2013, *JOR* 2014/23, m.nt. Rijckenberg. Dit geval wordt ook door Toni van Hees aangehaald in zijn artikel in *TvI* 2015/1.

44. Het betrof in casu overigens een nog lopende “voergeldovereenkomst” zodat het mechanisme van art. 37 Fw aan de orde kon zijn (gestanddoening vragen, vervangende schadevergoeding etc.).



De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

mogen wat mij betreft ook de belangen van de boedelcrediteuren vallen, naast die van de faillissementscrediteuren. Deze hoofdtaak van de curator valt weliswaar uit doel en strekking van de faillissementsprocedure af te leiden, maar het zou goed zijn tot codificatie ervan over te gaan.

Daaraan kan worden gekoppeld de bepaling dat afwijkingen van die hoofdtaak, met name wegens zwaarder wegende belangen van maatschappelijke aard, slechts dan mogelijk zijn als: a. die afwijking specifiek in een wettelijke regeling wordt vastgelegd en b. daar een zodanige vergoeding voor beschikbaar moet worden gesteld, dat het behartigen van een dergelijk maatschappelijk belang niet ten koste mag gaan van de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Op deze manier wordt recht gedaan aan de gedachte dat, als er extra taken op het bordje van de curator bij komen boven op de hoofdtaak, daar een extra vergoeding beschikbaar komt én de positie van de gezamenlijke crediteuren daardoor niet wordt benadeeld. Een duidelijk voorbeeld van een dergelijke situatie vinden we terug bij de ziekenhuisfaillissementen. Mocht de wetgever inderdaad vinden dat het patiëntenbelang tevens door de curator moet worden behartigd, dan zal dat een wettelijke basis moeten krijgen en dient er voor te worden zorggedragen dat de gezamenlijke crediteuren daar niet de spreekwoordelijke rekening voor moeten betalen.<sup>45</sup> In dit verband onderschrijf ik de suggestie van INSOLAD om in de wetgeving waarin een specifieke taak aan de curator wordt “toebedeeld” een meldingsplicht richting de curator op te nemen voor het betreffende – in casu verantwoordelijke – (bestuurs)orgaan: zie par. 1.3.

Het voorgaande impliceert wat mij betreft dat het geen goed idee zou zijn, zoals met name JIRA heeft voorgesteld (zie par. 1.5), om de – onder omstandigheden mogelijk prevalerende – maatschappelijke taak van de curator in de wet op te nemen. Dit zou als risico hebben dat er een hele discussie kan ontstaan over de maatschappelijke belangen in kwestie en de vraag of die zwaar genoeg zijn om te prevaleren. Terwijl anderzijds de systematiek zou moeten zijn dat aanvullingen of uitzonderingen op de hoofdtaak van de curator in concrete gevallen of situaties door de wetgever moeten worden benoemd (en niet door de curator “uitgedacht”), alsmede dat daar dan ook meteen een vergoedingsregeling aan wordt gekoppeld die het potentiële nadeel voor de boedel en diens gezamenlijke crediteuren (volledig) wegneemt.

---

45. Ik verwijs korthedshalve naar: F.D. Crul, ‘Ziekenhuisfaillissementen na Slotervaart – een update’, *FIP* 2021/130, H.M.D. Bentfort van Valkenburg & J.H.M. van de Wiel, ‘Ziekenhuisfaillissementen: de onderzoeksrapporten bezien vanuit het perspectief van de curator’, *TvJ* 2021/23 en R.J. van Galen, ‘De curator en de hete brij’, *Ondernemingsrecht* 2022/24.

Tot slot van deze paragraaf nog een enkele opmerking over de problematiek van de lege boedels. Die is onlosmakelijk verbonden met het onderwerp de taak van de curator. Het zou toch wel voor zichzelf moeten spreken dat een curator, die door de rechtbank wordt aangesteld om de wettelijke taken uit te oefenen en te zorgen voor een deugdelijke faillissementsafwikkeling, daar slechts een vergoeding voor zal/kan krijgen als die betreffende boedel over voldoende middelen blijkt te beschikken. Daar moet snel wat aan gebeuren! Voorkomen moet ook worden dat het gegeven dat nu bij lege boedel de kantoren van de curatoren moeten opdraaien voor de bestede en niet vergoede tijd tot een (onjuiste) prikkel zou leiden om in boedels waar wel voldoende middelen in aanwezig zijn “ruimer” tijd te gaan besteden aan de afwikkeling.<sup>46</sup> Dat gaat dan weer ten koste van de belangen van de gezamenlijke crediteuren in het faillissement met het boedelactief.

## 5. De curator en de overheidscrediteuren; de rol van het publiekrecht

De in deze paragraaf te beantwoorden vraag luidt of er voor de curator nog een specifieke taak is weggelegd ten opzichte van, wat ik maar korthedshalve aanduid als de “overheidscrediteuren” in het faillissement. Daaronder vallen partijen als de belastingdienst, het UWV, de Staat, lagere overheden, waterschappen e.d. Als uitgangspunt zou moeten gelden dat overheidscrediteuren in beginsel op gelijke voet moeten worden behandeld in een faillissement als de andere (niet-overheids) crediteuren. Anders zou er sprake zijn van schending van de *paritas creditorum*. Dat geldt in ieder geval voor zover sprake is van vorderingen van de verschillende groepen van crediteuren (overheid vs niet-overheid) die van dezelfde rang zijn. Een en ander volgt reeds uit art. 3:277 lid 1 BW. Er zijn dan twee gronden die kunnen maken dat aan de overheidscrediteuren toch een speciale positie toekomt in een faillissement, waar de curator dan rekening mee moet houden.

In de eerste plaats geeft de wet toch aan bepaalde overheidsvorderingen een voorrang/preferentie. Dat kan in directe of in meer indirecte zin het geval zijn. Een directe voorrang is toegekend aan de fiscus voor de belastingvorderingen: de algemene preferentie van art. 21 lid 1 Iw 1990 en het bodemvoorrecht van art. 21 lid 2 Iw 1990.<sup>47</sup> Een indirecte voorrang voor een overheidscrediteur volgt met name uit de Loongarantiereregeling van art. 61 e.v. WW. Doordat het UWV

---

46. Zie J.M.W. Pool, ‘Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/20, met name onder nr. 3.1.

47. Zie verder J.J. Vetter & A.J. Tekstra, *Invordering van belastingen*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, hoofdstuk 9.

De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

in faillissement (in meer algemene zin in geval van betalingsonmacht bij een ondernemer) de loonverplichtingen van de werkgever overneemt,<sup>48</sup> verkrijgt het UWV bij wege van wettelijke subrogatie<sup>49</sup> een vordering in het faillissement waaraan ook de loonpreferentie van art. 3:288 sub c-e BW is verbonden. Het deel dat ziet op het loon (met bijkomende bestanddelen zoals vakantiedagen etc.) tot de faillissementsdatum levert een preferente faillissementsvordering op en het salaris, met bijkomende bestanddelen, over de opzegtermijn tijdens faillissement leidt tot een preferente boedelvordering van het UWV (mede gezien art. 40 Fw).

Aan andere vorderingen van overheidscrediteuren zijn niet per definitie voorrangrechten verbonden. De onroerendezaakbelasting (“OZB”) opgelegd door de gemeente leidt bijvoorbeeld niet tot een preferente vordering (de OZB komt hierna nog nader aan de orde).<sup>50</sup> Aan een vordering van het waterschap is weer wel een specifieke preferentie verbonden die in rang boven de hypotheekhouder gaat ten aanzien van de onroerende zaak waar de waterschapsheffing op ziet (art. 138 lid 3 Waterschapswet). Ook de vordering uit hoofde van achterstallige erfpachtcanon kan worden beschouwd als een “overheidsvordering”, aangezien de erfverpachter direct of indirect een overheid zal zijn. Aan die vordering is geen preferentie verbonden, maar wel een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de “opvolgende” erfpachter (art. 5:92 lid 2 BW). Tijdens faillissement verschenen erfpachtcanon zal normaal gesproken een boedelvordering opleveren.<sup>51</sup>

Met deze laatste opmerking over de boedelvordering/schuld zijn we aanbeland bij de tweede (hoofd)reden waarom overheidscrediteuren in een faillissement een andere positie kunnen innemen of verkrijgen dan de andere crediteuren. Dat houdt verband met het al dan niet aannemen van boedelschulden bij een faillissementsafwikkeling. Daarbij doet zich een bijzonder verschijnsel voor, dat met name tot uitdrukking is gekomen bij het reeds eerder aangehaalde Hoge Raad-arrest inzake de Ridderkerkse Taxicentrale.<sup>52</sup> Het was reeds vaste rechtspraak van de Raad van State dat een curator ten aanzien van milieuver-

---

48. Dit gaat overigens om de bruto-loonverplichtingen, dus het UWV zorgt ook voor de afdracht aan de belastingdienst van de loonbelasting en werknemerspremies (bij elkaar aangeduid als loonheffing)

49. Opgenomen in art. 66 lid 1 WW.

50. Op het invorderen van vorderingen van lagere overheden, zoals de gemeente, zijn vaak wel de bepalingen van de Iw 1990 van overeenkomstige toepassing verklaard, maar dat spelt uiteraard in faillissement niet omdat de invordering met de faillietverklaring wordt “bevroren”.

51. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2022, *JOR* 2023/23, m.nt. Opatja (faillissement North Refinery).

52. Zie voetnoot 5.

plichtingen (q.q.) als houder van een milieuplichtige inrichting moet worden beschouwd. In 2020 ging de Raad van State echter (in het faillissement van North Refinery<sup>53</sup>) een stap verder en bepaalde hij met zoveel woorden dat het niet naleven van deze verplichtingen door de curator tot een boedelschuld leidde in de zin van het civielrechtelijke arrest van de Hoge Raad inzake Koot Beheer/Tideman q.q.<sup>54</sup> Daarmee werd de Hoge Raad eigenlijk door de bestuursrechter voor het blok gezet. Dat leidde tot het arrest van laatstgenoemd college inzake de Ridderkerkse Taxicentrale, waarin (verkort weergegeven) werd uitgemaakt dat vorderingen wegens het niet-naleven van milieuverplichtingen als boedelschuld kwalificeren (ook) indien de met de milieuwetgeving strijdige situatie (lees: de verontreiniging) reeds vóór de faillietverklaring is ontstaan. Faillissementsrechtelijk gezien lijkt mij dit een stap ter ver.<sup>55</sup>

Zou deze lijn uit de Ridderkerkse Taxicentrale worden doorgetrokken, dan leidt dat tot vergaande – en mijns inziens onwenselijke – consequenties. In hun NJB-kroniek van het insolventierecht hintten Van Hees en Fliet daar al op:<sup>56</sup>

*“Alhoewel de uitspraak gaat over (schending van) milieurechtelijke verplichtingen, achten wij het aannemelijk dat de Hoge Raad ten aanzien van ander publiekrechtelijke verplichtingen eenzelfde benadering zal hanteren. Dat wil zeggen dat, indien de bestuursrechter oordeelt dat deze verplichtingen op de curator in zijn hoedanigheid rusten, de hieruit voortvloeiende schulden faillissementsrechtelijk zullen worden aangemerkt als boedelschuld.”*

Als dat daadwerkelijk gaat gebeuren, is het spreekwoordelijke hek van de dam en gaat het publiekrecht dan wel bestuursrecht het faillissementsrecht min of meer “overnemen” als er publiekrechtelijke vorderingen of belangen in het geding zijn. Wat nu te denken van de volgende twee – beide fiscaal getinte – gevallen? In het faillissement van Hudson’s Bay speelt de vraag naar de status van een OZB-belasting in het faillissement. Hudson’s Bay is op 31 december 2019 in staat van faillissement verklaard. Per peildatum 1 januari 2020 heeft de gemeente Rotterdam een aanslag OZB opgelegd ter hoogte van € 143.783,89. Daarover is een verificatiegeschil ontstaan waarin de gemeente stelt dat de vordering een boedelvordering betreft. De rechtbank Amsterdam heeft de verificatie

53. ABRvS 26 februari 2020, *JOR* 2020/159, m.nt. Hiemstra.

54. HR 19 april 2013, *JOR* 2013/224, m.nt. Boekraad, *NJ* 2013/291, m.nt. Verstijlen.

55. Zie eveneens F.M.J. Verstijlen, ‘Het hellende vlak, maar dan glibberig’, *TvI* 2021/20, A. Karapatian, ‘De ene publiekrechtelijke vordering is de andere niet in faillissement?’, *TvI* 2021/25 en T.T. van Zanten, Oratie, p. 15-18.

56. J.J. van Hees & J.F. Fliet, *NJB* 2022, aflevering 33, p. 2781.

De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

van de vordering van de gemeente inmiddels afgewezen, zonder daarbij in te gaan op het standpunt dat sprake zou zijn van een boedelschuld. De gemeente is in hoger beroep gegaan en probeert daarin alsnog deze kwalificatiekwestie aan de orde te stellen. In zijn JOR-noot bij de uitspraak van de Amsterdamse rechtbank laat Jongepier, onder verwijzing naar het arrest van de Ridderkerkse Taxicentrale, doorschemeren dat deze casus zich mogelijk laat vergelijken met de OZB-zaak. Hij schrijft:

*“Op grond van art. 220 Gemw is de boedel op 1 januari 2020 gebruiker van de onroerende zaak en wordt over dat jaar door de gemeente aangeslagen. Er valt veel voor te zeggen dat die vordering – wederom via het derde Koot Beheer/Tideman q.q.-criterium een boedelschuld is. De curator heeft immers net als bij de milieuwetgeving ook fiscale regelgeving te respecteren.”<sup>57</sup>*

Op deze manier komen we wat mij betreft echt in de gevarenzone en gaat de derde categorie van Koot Beheer/Tideman q.q. ineens fungeren als een manier om publiekrechtelijke verplichtingen te promoveren tot boedelschuld (bij niet nakoming daarvan). Er hoeft maar te worden vastgesteld dat deze verplichting ook op de curator in zijn hoedanigheid rust en er is een potentiële boedelschuld in het spel gekomen. Op deze manier krijgen we – via een achterdeurtje – een nog ruimer boedelschuldencriterium dan ooit het gevolg was van het roemruchte (en juist door de Hoge Raad in Koot Beheer/Tideman q.q. afgeschafte) toedoen-criterium. Met als invulling: rust op een gefailleerde een publiekrechtelijke verplichting die ook door de curator – in diens hoedanigheid (dus q.q.) dient te worden nageleefd, dan leidt dat enkele gegeven er al toe dat de niet-naleving een boedelschuld in het faillissement zal opleveren. Een merkwaardige en onwenselijke route.

Kijken we dan nader naar de fiscale verplichtingen tijdens faillissement, dan komen we uit bij art. 43 lid Algemene wet inzake rijksbelastingen (“Awr”). Die bepaalt in dit verband dat de bevoegdheden en verplichtingen van iemand die in staat van faillissement is verklaard kunnen worden nagekomen door de curator. Daar wordt echter aan toegevoegd dat “desgevorderd” de curator tot nakoming van die verplichtingen is gehouden. In de praktijk wordt deze bepaling tot nu toe zo uitgelegd dat op het moment dat de fiscus de curator verzoekt bepaalde verplichtingen na te komen, met name die tot het doen van fiscale aangiften (voor zover dat nodig of nuttig is voor de faillissementsafwikkeling), de gehoudenheid

---

57. Jongepier eindigt zijn noot nog wel met de opmerking dat Verstijlen in zijn NJ-noot bij de Ridderkerkse Taxicentrale nog wel een lichtpuntje ziet, te weten dat de Hoge Raad zich in dat arrest beperkt tot de uit milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen.

daartoe bij de curator komt te liggen.<sup>58</sup> Nu zou, in het verlengde van het arrest inzake de Ridderkerkse Taxicentrale de redenering kunnen worden gevolgd dat op het moment aan de voorwaarde van desgevorderd is voldaan de fiscale verplichtingen van de gefailleerde (integraal) zullen gaan gelden als verplichtingen van de curator in hoedanigheid. Met als gevolg dat aan niet-nakoming daarvan de consequentie van een boedelschuld wordt verbonden. Op die manier zou zelfs de vordering van de fiscus in het faillissement worden verheven tot boedelvordering, analoog aan de milieuverontreiniging die zich vóór het faillissement heeft voltrokken. Op zijn goed Duits: *Jede Konsequenz führt zum Teufel*.

Om deze paragraaf toch nog enigszins luchtig te besluiten, een enkel woord over de overige verplichtingen van de curator jegens de fiscus en de informatie-uitwisseling tussen die partijen. Een voor de praktijk zeer belangwekkende gehoudenheid van de curator jegens de fiscus is natuurlijk neergelegd in art. 57 lid 3 Fw.<sup>59</sup> Die draagt de curator op de belangen te behartigen van (onder meer) de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven de separatisten gaan. Dit impliceert dat de curator met name het bodemvoorrecht van de fiscus moet “uitoefenen” ten opzichte van de houders met een stil/bezitloos pandrecht op de in de boedel aangetroffen bodemzaken. De curator zal gaarne die verplichting nakomen, aangezien het betekent dat (tot de hoogte van de fiscale vordering die ziet op de “bodemrechtbelastingen”) de curator de opbrengst via de boedel kan laten lopen, onder omslag van de faillissementskosten.

Vervolgens kan er op worden gewezen dat in een faillissement regelmatig informatie wordt uitgewisseld (en overleg wordt gepleegd) tussen de curator en de fiscus, deze laatste partij meestal bij monde van de ontvanger.<sup>60</sup> De informatievoorziening van de curator richting de fiscus volgt logischerwijs uit het gegeven dat de fiscus in de meeste faillissementen de positie van (preferente) crediteur zal innemen. De informatieverstrekking door de fiscus aan de curator is gebaseerd op art. 36.2 Leidraad Invordering 2008. Kort gezegd biedt die de mogelijkheid voor de curator om in het kader van een overwogen bestuurdersaansprakelijkheidsclaim informatie – meestal verhaalsinformatie – bij de ontvanger in te winnen. Recent deed zich op dat vlak een opmerkelijk geval voor. De curator wilde in een faillissement de dga aanspreken op een rekening-courantvordering. Los van het gegeven dat van de zijde van de dga was geprobeerd voorafgaand aan

---

58. Zie over art. 43 Awr in dit opzicht verder Tekstra, *Handboek fiscaal insolventierecht*, Sdu Uitgevers 2017, p. 7.

59. Zie verder Tekstra, a.w., p. 154 e.v.

60. Zie daarover eveneens Tekstra, ‘De curator en de fiscus: a free flow of information?’, *Insolad Jaarboek 2013* (De curator en informatie), p. 127 e.v.

De taak van de curator, mede gezien de positie van ‘overheidscrediteuren’

het faillissement van de BV de rekening-courantschuld “uit de boeken te halen”, welke handeling geen stand hield, stelde de dga dat hij niet in staat zou zijn de schuld in te lossen. De ontvanger verstrekke de curator echter een afschrift van een schenkingsakte van enkele maanden na de faillietverklaring, waarin de dga een kennelijk nog bestaande vordering op diens dochter ad € 117.500 had kwijtgescholden. De curator riep via de (BW) pauliana de vernietiging van de kwijtschelding in. De dga stelde zich op het standpunt dat die betreffende schenkingsakte op onrechtmatige wijze door de curator was verkregen. De rechtbank Gelderland<sup>61</sup> meende echter dat daarvan geen sprake is en gaat daarbij uit van een ruime uitzondering op de fiscale geheimhoudingsplicht. Daar kan heel goed anders over worden gedacht. De fiscus verstrekke hier namelijk informatie uit een ander fiscaal dossier dan dat van de gefailleerde zelf en de curator verkreeg de informatie niet in het kader van een vordering gebaseerd op bestuurdersaansprakelijkheid in de zin van art. 36.2 Leidraad invordering 2008.<sup>62</sup>

## 6. Tot slot

Te hopen valt dat na de nuttige exercitie in het Consultatiedocument, mede gericht op de – vrij existentiële – vraag wat taak van de curator in een faillissement is of behoort te zijn en de rol daarbij van maatschappelijke belangen, binnen afzienbare tijd vervolgactie wordt ondernomen van de kan van de overheid. Ook de onderhavige INSOLAD bundel en het daaraan gekoppelde congres kunnen daartoe bijdragen. De insolventiepraktijk heeft duidelijk behoefte aan eenduidigheid op dit punt en een deugdelijke (wettelijke) vastlegging van de taak/taken. En uiteraard dient er snel een oplossing te komen voor de lege boedelproblematiek, die nauw aan het hoofdonderwerp van de taak van de curator is gelieerd. Dit onder het motto: *Someone has to pay the Ferry(wo)man*. Waarbij met de veerman/vrouw natuurlijk wordt bedoeld op de faillissementscurator, die als de spreekwoordelijke octopus vele ballen in de lucht moet houden, maar daarbij het belang van het collectief der crediteuren niet uit het oog mag verliezen.

---

61. Rechtbank Gelderland 23 november 2022, ECLI:NL:RBGEL:2022:6533, NLFiscaal 2023/0011, m.nt. Tekstra.

62. Zie verder mijn noot bij deze uitspraak in NLFiscaal.





# De taak van de beoogd curator

*MR. M.C.J. JONCKERS, MR. M. BARSOUM, MR. I.C. LOK<sup>1</sup>*

## 1. Inleiding

De afgelopen jaren zijn er verschillende spraakmakende procedures gevoerd over de pre-pack.<sup>2</sup> Deze procedures en verschillende wetsvoorstellen<sup>3</sup> hebben de huidige praktijk van de pre-pack en de stille voorbereidingsfase beïnvloed. Zo is volop aandacht voor het maatschappelijke (bredere) belang van een stille voorbereidingsfase en de positie van werknemers bij een voorbereide doorstart.

In deze bijdrage staan wij stil bij de taak van de beoogd curator.<sup>4</sup> Wij beschrijven de basis van de huidige praktijk (paragraaf 2) en gaan in op enkele praktijkvoorbeelden om daarmee te illustreren hoe beoogd curatoren hun taak in concrete situaties verrichten (paragraaf 3). Ook behandelen wij verschillende wetsvoorstellen (paragraaf 4) om daarmee te laten zien hoe de wetgever de taak van de beoogd curator ziet. Na een tussenconclusie (paragraaf 5) doen wij enkele suggesties die kunnen bijdragen aan het verbeteren van de bestaande praktijk (paragraaf 6).

## 2. De basis van de huidige praktijk

Op dit moment zijn er geen wettelijke regels met betrekking tot de aanstelling, taken en bevoegdheden van de beoogd curator. Desalniettemin zijn er door de

- 
1. Deze bijdrage is geschreven door bestuursleden van de Vereniging voor Jonge Insolventie-Recht Advocaten (JIRA). JIRA is een vereniging voor jonge advocaten die affiniteit hebben met het insolventierecht en minder dan zeven jaar staan ingeschreven als advocaat. JIRA heeft als doel de deskundige beroepsuitoefening van (beginnende) advocaten en hun onderlinge betrekkingen te bevorderen.
  2. De meest bekende zijn die naar aanleiding van de doorstarts in de faillissementen van Estro, HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489, en Heiploeg, HvJ EU 28 april 2022 ECLI:EU:C:2022:321 (zie hierna). Op het moment waarop dit artikel wordt afgerond levert het zoeken naar de term 'pre-pack' op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) 82 hits op. Een vergelijkbare zoekopdracht in Legal Intelligence geeft 1.535 hits.
  3. Onder andere de Wet overgang van onderneming in faillissement, de Wet homologatie onderhands akkoord, de Wet continuïteit ondernemingen I, de (Novelle) WCO I en het voorstel van de Europese Commissie richtlijn harmonisatie insolventierecht (zie hierna).
  4. In deze bijdrage worden de termen beoogd curator en stille bewindvoerder door elkaar heen gebruikt.

praktijk enkele handvatten voor de (taak van de) beoogd curator ontwikkeld, die wij in deze paragraaf nader toelichten.

### 2.1. *Verzoek tot aanstelling beoogd curator*

De aanstelling van de beoogd curator werkt momenteel als volgt. Iedere schuldenaar kan om aanstelling van een beoogd curator verzoeken bij de rechtbank van het arrondissement waar de onderneming in moeilijkheden is gevestigd. Omdat in het verleden niet alle rechtbanken medewerking verleenden aan de aanstelling van een beoogd curator, werd nog weleens kort vóór het verzoek de statutaire zetel naar een ander arrondissement verplaatst. Onze indruk is dat rechtbanken op dit moment welwillender staan tegenover het benoemen van een beoogd curator, maar bij gebreke aan een wettelijke regeling of een procesreglement bestaat geen volledige zekerheid dat iedere rechtbank het verzoek in behandeling zal nemen, laat staan op dezelfde wijze.

De rechtbank legt vaak dezelfde dag nog contact met een curator die bij de betreffende rechtbank op de curatorenlijst staat. Het komt geregeld voor dat de schuldenaar in haar verzoek vraagt om aanstelling van een specifieke beoogd curator. De ervaring leert dat rechtbanken daar (anders dan bij een verzoek tot faillietverklaring) welwillend tegenover staan. Indien het de gecontacteerde beoogd curator vrij staat om de zaak in behandeling te nemen, koppelt de rechtbank de beoogd curator aan de schuldenaar. Van een officiële aanstelling door middel van een vonnis is geen sprake. De aanstelling geschiedt doorgaans per brief van de rechtbank.

### 2.2. *Taken en bevoegdheden beoogd curator*

De beoogd curator ontvangt vervolgens van de rechtbank het door de schuldenaar ingediende verzoekschrift en de contactgegevens van het bestuur. Een specifieke taakomschrijving is er niet altijd. In sommige gevallen bevat de aanstellingsbrief een aantal doelstellingen of uitgangspunten. In deze brief kunnen ook procedurele aanwijzingen worden gegeven over bijvoorbeeld de looptijd van de stille fase en (de wijze van) verslaglegging. Veelal bepaalt de rechtbank ook dat de schuldenaar de kosten van de beoogd curator en ingeschakelde deskundigen (op voorhand) dient te voldoen en dat het bestuur gehouden is inlichtingen te verschaffen en instructies op te volgen.

Hoewel het gebruikelijk is om bij de aanstelling van een beoogd curator ook een beoogd rechter-commissaris aan te stellen, ontbreekt een officiële toezichhoudende rol vanuit de rechtbank. Ook voor de aanstelling van de betrokken beoogd

## De taak van de beoogd curator

rechter-commissaris geldt immers dat een wettelijke grondslag ontbreekt. De praktijk leert dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris regelmatig met elkaar overleggen.

### 2.3. *INSOLAD praktijkregels*

Om de beoogd curator enige houvast te bieden zijn op 10 november 2014 door INSOLAD concept-praktijkregels voor de beoogd curator opgesteld. De concept-praktijkregels zijn ter consultatie aan de leden van INSOLAD voorgelegd en vervolgens tijdens workshops – waaraan ook Recofa-leden hebben deelgenomen – besproken en verder uitgewerkt. De praktijkregels zijn op 15 september 2015 vastgesteld en gepubliceerd. Zij worden door beoogd curatoren als leidraad gehanteerd, maar hebben geen formele status. Zij worden – net als de Recofa richtlijnen – niet aangemerkt als recht in de zin van art. 79 Wet op de Rechterlijke Organisatie.<sup>5</sup> Bovendien heeft INSOLAD zelf in art. 1 van de praktijkregels voor beoogd curatoren opgenomen dat de regels geen dwingend karakter hebben en louter als richtsnoer dienen. Specifieke omstandigheden van het geval kunnen aanleiding vormen om van de praktijkregels af te wijken, aldus INSOLAD.<sup>6</sup>

Ten aanzien van de rol van de beoogd curator komt in de praktijkregels tot uitdrukking dat de beoogd curator een ‘*fly on the wall*’ is.<sup>7</sup> Art. 3.2 bepaalt:

*“De beoogd curator informeert zich en laat zich informeren met het oog op een eventuele toekomstige rol als bewindvoerder of curator van de schuldenaar. Hij laat zich leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren en houdt daarbij ook rekening met maatschappelijke belangen, waaronder werkgelegenheid. Zo nodig geeft hij met het oog op die belangen suggesties aan de schuldenaar omtrent te verrichten handelingen of een te volgen gedragslijn.”*<sup>8</sup>

Verder bepaalt art. 3.3 van de praktijkregels dat de beoogd curator uitsluitend handelt met instemming van de schuldenaar, dat hij niet gehouden is instructies van de schuldenaar op te volgen en dat de beoogd curator zijn functie kan neerleggen als hij niet instemt met de door de schuldenaar voorgestelde koers of die

5. Zie ten aanzien van de Recofa richtlijnen HR 15 juli 2022, ECLI:NL:HR:2022:1093

6. Art. 1 lid 2 Praktijkregels Beoogd Curator INSOLAD.

7. A.C.A.D. Bakker, ‘De totstandkoming van de ‘Praktijkregels beoogd curator’ nader beschouwd’, *FIP* 2015/347.

8. Art. 3 lid 2 Praktijkregels Beoogd Curator INSOLAD.

geen gevolg geeft aan de door de beoogd curator gegeven aanwijzingen.<sup>9</sup> Dit bevestigt dat de beoogd curator geen formele bevoegdheden heeft en dus niet juridisch, maar uitsluitend feitelijk kan handelen.

Men kan zich afvragen hoe deze beperkte rechtspositie zich verhoudt tot het oordeel van de Hoge Raad dat voor de beoordeling van het handelen van een beoogd curator aansluiting gezocht dient te worden bij de maatstaf die geldt voor de persoonlijke aansprakelijkheid van een ‘gewone’ curator (de zogenaamde Maclou-norm).<sup>10</sup> Met andere woorden: ook voor de beoogd curator geldt dat bij de beoordeling van zijn aansprakelijkheid onderzocht moet worden of hij gehandeld heeft zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende beoogd curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.<sup>11</sup> Het is te hopen dat de feitenrechtspraak voldoende rekening houdt met de beperkte taak van de beoogd curator – daarvoor biedt de norm wat ons betreft voldoende ruimte, nu wordt verwezen naar ‘zijn taak’.

Verder verdient nog opmerking dat de praktijkregels voor de beoogd curator zijn geschreven in de hoogtijdagen van de pre-pack, waarbij een wetsvoorstel in voorbereiding was dat beoogde de praktijk van de beoogd curator van een wettelijke basis te voorzien. Later is gebleken dat een stille voorbereidingsfase en de aanstelling van een beoogd curator ook meerwaarde kan hebben buiten de gevallen waarin een doorstart plaatsvindt (daarover later meer).

### 3. Praktijkvoorbeelden

Om een meer concreet beeld te geven van de rol die de beoogd curator kan hebben (en heeft genomen), schetsen wij in deze paragraaf een aantal praktijkvoorbeelden. Daarbij maken wij onderscheid tussen de aanstelling van een beoogd curator in het kader van een pre-pack (par. 3.1), en aanstellingen die niet werden gevolgd door een doorstart in faillissement (par. 3.2). Deze uitgebreidere beschouwing van concrete praktijkvoorbeelden leggen enkele aandachtspunten bloot die in paragraaf 5 en 6 verder besproken worden.

---

9. Zie ook A.C.A.D. Bakker, ‘De totstandkoming van de ‘Praktijkregels beoogd curator’ nader beschouwd’, *FIP* 2015/347.

10. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494 en daarbij geschreven annotaties in onder meer *JOR* 2019/269, *NJ* 2019/461, *TvI* 2020/18, *INS Updates* 2019/138. Zie ook: M.H.S. Verhoeven, ‘De aansprakelijkheid van de (beoogd) curator’, *TAV* 2016/31 en H.J. de Kloe, ‘Aansprakelijkheid van de (beoogd) curator verduidelijkt’, *MvO* 2020/1.5. Zie in verband met de persoonlijke aansprakelijkheid van curatoren ook: HR 12 december 2011 ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (Prakke/Gips) en HR 9 november 2018 ECLI:NL:HR:2018:2067 (De Klerk q.q. c.s./X.).

11. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, r.o. 3.2.3.

### 3.1. *Smallsteps / Estro en Heiploeg*

De bekendste voorbeelden waarbij een beoogd curator werd aangesteld, zijn ongetwijfeld de faillissementen van Estro<sup>12</sup> en Heiploeg<sup>13</sup> vanwege de jurisprudentie<sup>14</sup> naar aanleiding van de in die faillissementen gerealiseerde doorstarts. Wij achten deze jurisprudentie bij de lezers van deze bundel bekend en laten een gedetailleerde beschrijving van deze arresten daarom buiten beschouwing. In de kern gaat het in deze jurisprudentie telkens over de positie van werknemers bij een doorstart in faillissement, in het bijzonder over de vraag of de regelgeving rondom overgang van onderneming van toepassing is bij een pre-pack. Daarbij wordt de beoogd curator geconfronteerd met een spanningsveld tussen enerzijds het belang van een zo hoog mogelijke opbrengst en anderzijds het belang van werknemers (hoewel ook kan worden betoogd dat die twee belangen niet tegenstrijdig aan elkaar hoeven te zijn).<sup>15</sup> Wij beperken ons in deze bijdrage tot de voor deze bijdrage relevante aspecten, namelijk de mate waarin de faillissementen waren voorbereid en de rol die de beoogd curatoren daarin speelden. Het (beweerdelijke) dilemma tussen het maximaliseren van opbrengst en de belangen van werknemers, laten wij buiten beschouwing.

#### 3.1.1. *Smallsteps / Estro*

Estro was één van de grootste aanbieders van kinderopvang (zowel kinderdagverblijven als buitenschoolse opvang) in Nederland, met circa 330 actieve vestigingen, circa 3.600 werknemers en bood opvang aan de kinderen van circa 30.000 ouders.<sup>16</sup> Uit de openbare faillissementsverslagen van Estro blijkt dat Estro de rechtbank Amsterdam bij brief van 5 juni 2014 heeft verzocht om aan-

---

12. Estro Groep B.V., Estro Kinderopvang B.V. en Estro Services B.V. (“Estro”).

13. Heiploeg Holding B.V., Heiploeg Beheer B.V., Goldfish B.V., Heiploeg B.V., Heiploeg Seafood B.V., Heitrans B.V. en Noord Zuid Beheer B.V. (“Heiploeg”).

14. HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Estro) en HvJ EU 28 april 2022 ECLI:EU:C:2022:321 (Heiploeg).

15. Over de pre-pack en de positie van werknemers is veel literatuur verschenen. Zie bijvoorbeeld: P. Hufman en I. Zaal, ‘Ter Visie’, *TvA&O* 2014/2, I. Zaal, ‘De rol van de OR bij een pre-pack tijd voor een wettelijke regeling’, *FIP* 2014/8, E.M. Loesberg, ‘Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht. Heiligt het doel de middelen?’, *TOP* 2013/1, M.C. van Koppen, ‘Wetsontwerp wet overgang van onderneming in faillissement: wort doorstart een overgang van onderneming’, *TvCu* 2021/4, J. Boot e.a. ‘Wet overgang van onderneming in faillissement: wat heeft de werknemer eraan?’, *TvO* 2020/1.3, M.R. van Zanten, ‘Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement’, *TvI* 2020/6, A. van Hees, ‘Pre-packen vvoor de werknemers?’, *TvI* 2016/18.

16. Derde openbare faillissementsverslag Estro Groep B.V. dat ziet op de periode 29 november 2014 – 3 maart 2015.

wijzing van een stille bewindvoerder, welk verzoek de rechtbank op 10 juni 2014 heeft gehonoreerd door mr. W.J.P. Jongepier als stille bewindvoerder aan te stellen. Op 4 juli 2014 werd aan Estro voorlopige surséance van betaling verleend, waarbij mr. Jongepier werd aangesteld als bewindvoerder. De surséance werd een dag later (op 5 juli 2014) beëindigd en omgezet in een faillissement, waarbij mr. Jongepier curator werd. De stille voorbereidingsfase heeft dus 3,5 week geduurd.

In faillissementsverslag 1a van 22 juli 2014 licht mr. Jongepier zijn werkzaamheden tijdens de stille voorbereidingsfase toe. Het doel van de aanwijzing van een stille bewindvoerder was, aldus het verslag: “*een gestructureerde en doelmatige afwikkeling van een faillissement te bevorderen en daarmee de schade voor klanten, werknemers en schuldeisers zoveel mogelijk beperken*”. De werkzaamheden richtten zich op inlezen, informeren en het treffen van voorbereidingen.<sup>17</sup> Nu in dit geval sprake was van een *pre-pack* werd daarnaast in de stille voorbereidingsfase een activaovereenkomst voorbereid die kort na de faillietverklaring door de alsdan aangestelde curator zou worden gesloten en uitgevoerd, als gevolg waarvan de koper van de activa de activiteiten direct na faillissement kon voortzetten.<sup>18</sup> De rechtbank overwoog bij de aanwijzing dat het nadrukkelijk niet de bedoeling was dat de stille bewindvoerder een standpunt zou innemen over de voorbereide doorstart.<sup>19</sup> Samengevat luidde de opdracht aan de stille bewindvoerder: (a) voorbereiding op een insolventie van Estro en (b) kennisname van de beoogde doorstart, zonder daarover – behoudens nadere instructies van de stille rechter-commissaris – een standpunt in te nemen.<sup>20</sup> Daarnaast is gewerkt aan het aantrekken van een boedelkrediet voor het geval de transactie niet zou slagen.<sup>21</sup>

Als curator heeft mr. Jongepier de beoogde transactie wel gewaardeerd, waarbij hij zich liet leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>22</sup> Uit het faillissementsverslag blijkt dat de stille voorbereidingsfase heeft bijgedragen aan het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst.<sup>23</sup> Verder valt uit dat

---

17. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 1.2.

18. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 1.3.

19. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 1.5.

20. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 1.6.

21. Faillissementsverslag 1a Estro, hoofdstuk 6.

22. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 4.4.

23. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 5.1.

## De taak van de beoogd curator

verslag af te leiden dat de stille bewindvoerder heeft geworsteld met het feit dat geen competitief proces was opgetuigd.<sup>24</sup>

Over zijn positie van stille bewindvoerder in zijn algemeenheid merkt mr. Jongepier op dat de stille bewindvoerder geen formele positie heeft en zich slechts met suggesties tot het bestuur van de vennootschap (dat nog steeds volledig bevoegd en verantwoordelijk is) kan wenden.<sup>25</sup> De onderhandelingen over de uiteindelijke transactie werden gevoerd door het bestuur en de stille bewindvoerder hield zich hierbuiten.<sup>26</sup> Uit het faillissementsverslag valt op te maken dat de belangrijkste aandeelhouder, tevens financier en beoogde koper van de onderneming, doorslaggevende invloed had op relevante beslissingen.<sup>27</sup>

Volgens de stille bewindvoerder van Estro zou een faillissement van Estro zonder een stille voorbereidingsfase hebben geleid tot een moeilijk beheersbare situatie waarin de dienstverlening direct zou worden gestaakt, met name vanwege het gebrek aan liquide middelen.<sup>28</sup> Doordat de bankrekeningen van Estro waren verpand en ouders die van de kinderopvang gebruik maakten vooruitbetaalden, zou een curator niet over de aangetroffen liquide middelen kunnen beschikken, aldus de stille bewindvoerder.<sup>29</sup> Verder konden door de stille voorbereidingsfase ook de praktische aspecten van de dagelijkse gang van zaken in alle rust worden voorbereid.<sup>30</sup>

Uit het faillissementsverslag blijkt verder dat de stille bewindvoerder ca. 2,5 week na zijn aanwijzing de rechter-commissaris heeft verzocht om aanpas-

---

24. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 5.8-5.9: *“De stille bewindvoerder heeft vanwege het gemankeerde biedingsproces aanvankelijk overwogen om niet eens meer kennis te nemen van de onderhandelingen omtrent de beoogde doorstart of zelfs zijn werkzaamheden geheel te staken. Gelet op de grote maatschappelijke consequenties heeft de stille bewindvoerder dit, in overleg met de stille rechter-commissaris, uiteindelijk niet gedaan. De stille bewindvoerder heeft uiteindelijk zwaarder laten wegen dat een beoogde doorstart zou voorzien in voortzetting van de dienstverlening, het potentiële behoud van 2.600 arbeidsplaatsen en beperking van de financiële schade voor met name ouders, het UWV, verhuurders en de Nederlandse banken. (...) De stille bewindvoerder heeft aan Estro groep verklaard dat hij zich uitsluitend voor een pre-pack zou willen inspannen indien door HIG een zodanig hoog bod zou worden gedaan dat redelijkerwijs mag worden aangenomen dat een beter bod voor de onderneming niet had kunnen worden verkregen.”* Zie ook randnummers 7.2-7.4 waaruit blijkt dat de stille bewindvoerder heeft aangestuurd op een competitief proces.

25. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 1.4.

26. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 7.1.

27. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummers 3.2-3.3.

28. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummers 2.2-2.3, 3.5.

29. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummers 3.4-3.5.

30. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 2.4.

sing van zijn mandaat, zodat hij met een potentiële koper kon spreken over het door die partij gedane voorstel.<sup>31</sup> Dat heeft ertoe geleid dat mr. Jongepier na de faillietverklaring en dus in hoedanigheid van curator een overeenkomst kon sluiten die naar zijn overtuiging (i) een goede koopsom bevatte, (ii) voor alle crediteuren verre te verkiezen was boven een gewoon faillissement en (iii) de minst slechte oplossing bood aan ouders, werknemers en alle andere bij Estro betrokken partijen.<sup>32</sup>

### 3.1.2. Heiploeg

In het faillissement van Heiploeg werden mr. P. Lettinga en mr. G.W. Breuker op 28 januari 2014 aangesteld als curatoren. Uit het verslag over de periode van stille voorbereidingsfase blijkt dat Heiploeg 13 dagen daarvoor, op 15 januari 2014, de rechtbank heeft verzocht om een stille bewindvoerder te benoemen.<sup>33</sup> Bij de aanstelling van de beoogd curatoren op 16 januari 2014 overwoog de rechtbank dat het doel daarvan was *“het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De aanwijzing van de stille bewindvoerders biedt een mogelijkheid om in relatieve rust een verkoop of reorganisatie vanuit een insolventie voor te bereiden.”*<sup>34</sup>

In het eerste faillissementsverslag geven de curatoren een chronologisch overzicht van hun werkzaamheden tijdens de stille periode. Daaruit volgt evenals bij Estro:

1. Dat de beoogd curatoren zich hebben laten informeren over Heiploeg, haar onderneming en het beoogde doorstartplan. Daarvoor hebben zij stukken bestudeerd en gesproken met stakeholders van Heiploeg, zoals haar bestuur en de betrokken banken. De beoogd curatoren lijken de beoogd rechter-commissaris regelmatig van updates te hebben voorzien.
2. Dat de beoogd curatoren hebben benadrukt dat zij geen officiële taak of bevoegdheden hebben.
3. Dat de beoogd curatoren enkele suggesties lijken te hebben gedaan, zoals met betrekking tot het doen van betalingen voor faillissement en de verdeling van de opbrengst (incl. boedelbijdrage) en dat daarover uiteindelijk afspraken zijn gemaakt met o.a. de bank.

Anders dan mr. Jongepier, lijken mr. P. Lettinga en mr. G.W. Breuker minder voorzichtig als het aankomt op het vormen van een oordeel over de beoogde

---

31. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 7.10.

32. Faillissementsverslag 1a Estro, randnummer 7.11.

33. Verslag over de periode van stille bewindvoering, p. 3.

34. Verslag over de periode van stille bewindvoering, p. 4.



## De taak van de beoogd curator

doorstart. In hun eerste faillissementsverslag omschrijven zij hun taak als volgt: “het zoveel mogelijk meekijken, informeren en te laten informeren om zodoende een goed oordeel te kunnen vormen over de doorstartplannen die er lagen.”<sup>35</sup> Uit het eerste faillissementsverslag blijkt dat zij zich behoorlijk hebben gemengd in de wijze waarop de transactie tot stand zou komen.<sup>36</sup> Zij komen tot de conclusie dat de uiteindelijke deal “voor de gezamenlijke schuldeisers uiteindelijk het best haalbare resultaat is gelet op de omstandigheden van het geval, waaronder ook de werkgelegenheid begrepen dient te worden.”<sup>37</sup>

### 3.2. Stille voorbereiding zonder pre-pack

Een ‘stille voorbereidingsfase’ (de aanwijzing van een beoogd curator) wordt niet alleen in doorstart-gevallen toegepast. Uit de twee voorbeelden hiervoor bleek al dat de aanwijzing van een beoogd curator niet alleen nuttig is voor het voorbereiden van een transactie, maar ook anderszins meerwaarde kan hebben. Om daar een meer concreet beeld van te geven, staan wij in het navolgende stil bij drie andere praktijkvoorbeelden waarin een beoogd curator werd benoemd, maar waar geen doorstart werd gerealiseerd.

#### 3.2.1. *Amsterdam Trade Bank N.V.*

Voorafgaand aan het faillissement van Amsterdam Trade Bank N.V. (“ATB”) vond een stille voorbereidingsfase plaats.<sup>38</sup> ATB verzocht de rechtbank Amsterdam op 14 april 2022 om een beoogd curator aan te wijzen. Het faillissement volgde op vrijdagmiddag 22 april 2022. De beoogd curator had daardoor ongeveer een week de tijd om zich voor te bereiden op een eventueel faillissement.

De directe aanleiding van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator was dat ATB in grote operationele problemen was geraakt als gevolg van de plaatsing van ATB op sanctielijsten in het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. Als gevolg daarvan werkten verschillende systemen niet meer – zo hadden werknemers van de ene op de andere dag geen toegang meer tot Microsoft Outlook. Eén van de redenen voor een stille voorbereidingsfase was dan ook om – voor het geval een faillissement onafwendbaar zou worden – curatoren gelegenheid te geven de (data uit) essentiële systemen veilig te stellen. Anderzijds werd de betrokkenheid van een beoogd curator wenselijk geacht, omdat hij

---

35. Verslag over de periode van stille bewindvoering, p. 4.

36. Verslag over de periode van stille bewindvoering, p. 6-7.

37. Verslag over de periode van stille bewindvoering, p. 8.

38. De informatie in deze paragraaf is gebaseerd op het eerste openbare faillissementsverslag.

suggesties zou kunnen doen aan het bestuur en de werknemers die bevorderlijk zouden kunnen zijn bij een goede afwikkeling van ATB.

De rechtbank gaf de beoogd curator bij zijn aanwijzing de volgende uitgangspunten mee:

1. Het doel van de regeling is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van ATB. De aanwijzing biedt de mogelijkheid om in relatieve rust een verkoop of reorganisatie vanuit faillissement voor te bereiden.
2. De looptijd van de regeling is in beginsel twee weken en ATB zou indien gewenst om verlenging van de periode kunnen verzoeken.
3. De beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris hebben geen wettelijke bevoegdheid of taak. De beoogd curator is aanwezig om mee te kijken, zich te informeren en zich te laten informeren, en laat zich daarbij leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.
4. (Het bestuur van) ATB is gehouden volledige medewerking te verlenen aan de beoogd curator, dient gevraagd en ongevraagd alle relevante informatie te verstrekken en dient zich waar nodig te laten bijstaan door betrouwbare en ter zake kundige adviseurs.
5. De beoogd curator kan van ATB een voorschot verlangen en kan verlangen dat ATB op verzoek van de beoogd curator derden inschakelt. ATB dient het salaris en de kosten van de beoogd curator te voldoen, ook als geen insolventieprocedure zou volgen.

Uit het eerste faillissementsverslag blijkt dat de werkzaamheden van de beoogd curator zich als volgt laten samenvatten. De beoogd curator heeft de stille voorbereidingsfase gebruikt om (i) zich te verdiepen in de onderneming van ATB, (ii) een faillissement voor te bereiden waarbij met name gefocust werd op het zekerstellen van kennis en informatie en (iii) oplossingsrichtingen te onderzoeken. Uit het verslag blijkt verder dat de beoogd curator zich daarbij onder meer liet leiden door de belangen van de crediteuren van ATB, in het bijzonder de rekeninghouders.<sup>39</sup>

### 3.2.2. *Conservatrix*

Op 11 november 2020 stelde de rechtbank Amsterdam op verzoek van De Nederlandsche Bank N.V. (“DNB”) bij Nederlandsche Algemeene Maatschappij

---

39. Zie bijvoorbeeld paragraaf 2.2 van het eerste openbare faillissementsverslag.

## De taak van de beoogd curator

van Levensverzekering “Conservatrix” N.V. (“Conservatrix”) een beoogd curator en twee beoogd rechters-commissarissen aan.

Conservatrix is een in 1872 opgerichte levensverzekeraar die tot 2015 diverse verzekeringsproducten aanbood zoals uitvaartverzekeringen, overlijdensrisico-verzekeringen, kapitaalverzekeringen, lijfrenteverzekeringen, pensioenverzekeringen en hypotheeken. Sinds 2015 werden geen nieuwe verzekeringsproducten meer verkocht. De portefeuille bestond in 2020 uit circa 71.000 polissen.

De uitgangspunten die de rechtbank aan de beoogd curator bij zijn aanstelling heeft meegegeven komen grotendeels overeen met de aanwijzingen bij ATB zoals omschreven in paragraaf 3.2.1. Het voornaamste doel van de aanwijzing van de beoogd curator was om hem de mogelijkheid te bieden zich voor te bereiden op een insolventieprocedure teneinde in het belang van de gezamenlijke schuldeisers een gecoördineerde insolventieprocedure mogelijk te maken.

In de periode voorafgaande aan de stille voorbereidingsfase was reeds door DNB een Wft-curator aangesteld, omdat Conservatrix niet meer voldeed aan bepaalde voorgeschreven kapitaaleisen en de onderneming niet in staat was de overtredingen te beëindigen. Als gevolg daarvan was het adequaat functioneren van Conservatrix ernstig in gevaar.<sup>40</sup>

De stille voorbereidingsfase heeft de beoogd curator voornamelijk gebruikt om gesprekken te voeren met de Wft-curator. Ook is intensief contact geweest met DNB en Autoriteit Financiële Markten (AFM). De beoogd curator heeft daarnaast een inventarisatie gemaakt van de kritische bedrijfsprocessen en ICT-systemen, zodat de bedrijfsvoering in operationele zin niet gehinderd zou worden door of tijdens een faillissement. Ook is tijdens de stille voorbereidingsfase veel aandacht besteed aan communicatie met polishouders.

Een belangrijk aandachtspunt voor de beoogd curator was dat per 1 januari 2019 de regelgeving voor een faillissement van een verzekeraar ingrijpend was gewijzigd en sindsdien nog nooit in de praktijk waren toegepast. De stille voorbereidingsfase is daarom ook gebruikt om thuis te raken in de betreffende regelgeving, de specifieke verzekeringsproducten van Conservatrix en de gevolgen van een faillissement voor de betrokken polishouders.

---

40. Curatelebesluit DNB 14 september 2020, te raadplegen via: <https://www.dnb.nl/media/dpoarfnh/curatelebesluit-14-september-2020.pdf>.

Uiteindelijk is het faillissement op 8 december 2020 uitgesproken en is naast de beoogd curator een kantoorgenoot van de beoogd curator als tweede curator aangesteld.

### 3.2.3. *D-reizen*

Een andere casus is die van de faillissementen van D-RT Groep B.V., D-RT Retail B.V. en D-RT Shared Services Center B.V. (hierna gezamenlijk: “D-Reizen”). Voorafgaand aan de faillietverklaring van D-Reizen op 6 april 2021 waren de curatoren in de periode van 5 november 2020 tot en met 3 december 2020 door de rechtbank aangesteld als beoogd curatoren.

De rechtbank Noord-Holland heeft bij de aanwijzing van de beoogd curatoren nagenoeg dezelfde uitgangspunten gegeven als die de beoogd curatoren van de rechtbank Amsterdam in ATB kregen (zie hiervoor paragraaf 3.2.1.). Het doel was om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers van D-Reizen en zodoende in relatieve rust een verkoop of reorganisatie vanuit insolventie voor te bereiden.

Bij aanvang van de stille voorbereidingsfase werd echter al snel geconstateerd dat het doel van het bestuur niet was om het faillissement en/of een doorstart voor te bereiden maar om de schulden van D-Reizen (onderhands) te saneren, mede vooruitlopend op de – toen nog niet ingevoerde – WHOA. Gedurende de stille voorbereidingsfase is er daarom geprobeerd om middels een buitengerechtigd akkoord een regeling te treffen met de financiers van D-Reizen. Eén van de financiers stemde niet in met het aangeboden akkoord. Om die reden heeft D-Reizen deze financier in kort geding gedagvaard en een bevel tot instemming met het akkoord gevorderd.<sup>41</sup> Deze vordering is – na een belangenafweging – bij vonnis van 1 december 2020 door de rechtbank Amsterdam afgewezen. Het standpunt van de beoogd curatoren is meegenomen in de belangenafweging.<sup>42</sup>

Omdat de totstandkoming van het akkoord was mislukt, zagen de beoogd curatoren geen reden om te verzoeken om verlenging van hun aanstelling. Op dat moment verkeerde D-Reizen ook (nog) niet in de toestand van hebben opgehouden te betalen. Uiteindelijk is D-Reizen op 6 april 2021 failliet verklaard.

Het bijzondere aan deze casus is dus dat – in tegenstelling tot wat gebruikelijk is en wordt bevestigd door de overige hiervoor geschetste praktijkvoorbeelden – er

41. Rechtbank Amsterdam 1 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5920

42. Rechtbank Amsterdam 1 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5920, r.o. 4.7.

## De taak van de beoogd curator

tussen de stille voorbereidingsfase en de faillissementen een periode is geweest waarbij geen (beoogd) curator betrokken was.

In die periode heeft er bij D-Reizen alsnog een herstructurering plaatsgevonden. Onderdeel van de herstructurering waren diverse transacties, waaronder een overdracht van IE-rechten van D-reizen aan Demed B.V. (“Demed”, een aan D-Reizen gelieerde vennootschap), verpanding van deze IE-rechten aan Selten B.V. (een vennootschap opgericht door de voormalig bestuurders van D-Reizen) (“Selten”) en een overdracht van de aandelen in Demed aan Selten.<sup>43</sup>

Er is veel ophef geweest (in de media<sup>44</sup>) over deze transacties, mede omdat deze transacties een succesvolle doorstart in faillissement zouden belemmeren. De curatoren achtten het daarom van belang om in het eerste faillissementsverslag te verduidelijken dat zij niet betrokken zijn geweest bij de herstructurering die kort voorafgaand de faillietverklaring heeft plaatsgevonden. De transacties zijn ook aanleiding geweest voor diverse gerechtelijke procedures tussen de curatoren en Selten. Uiteindelijk hebben partijen een regeling getroffen, zodat alsnog een doorstart kon worden gerealiseerd en de procedures konden worden beëindigd. Het laatste woord hierover lijkt echter nog niet gesproken. Uit de faillissementsverslagen blijkt dat de curatoren onder meer een uitgebreid onderzoek verrichten c.q. doen verrichten naar de doorgevoerde herstructurering. In de getroffen regeling is dus (kennelijk) geen afstand van alle rechten gedaan.

## 4. Wetsvoorstellen

### 4.1. Inleiding

Hoewel uit het voorgaande een aantal overeenkomsten en algemene uitgangspunten kunnen worden afgeleid (zie daarover paragraaf 5 en 6), zijn er ook de nodige onduidelijkheden voor wat betreft de taak van de beoogd curator. Dat komt omdat er (nog) geen wettelijke regeling bestaat die de aanstelling, taken en bevoegdheden van de beoogd curator regelt. Dat betekent niet dat daar door de wetgever nog niet over is nagedacht.

In 2012 is door de toenmalige minister van Veiligheid en Justitie het wetgevingsprogramma ‘Herijking Faillissementsrecht’ geïntroduceerd.<sup>45</sup> Dit programma

---

43. Rechtbank Noord-Holland 28 mei 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:4344

44. Zie bijvoorbeeld: <https://nos.nl/artikel/2376688-directeuren-d-reizen-hevelde-merknaam-vlak-voor-faillissement-over> (laatst geraadpleegd op 29 december 2022).

45. Kamerstuk 29 911, nr. 74.

rust op drie pijlers: (i) fraudebestrijding, (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure. De tweede pijler is gericht op het zo veel mogelijk voorkomen van onnodige faillissementen.<sup>46</sup> De afgelopen jaren zijn er diverse wetsvoorstellen uitgebracht om dit doel te behalen, zoals de Wet homologatie onderhands akkoord (“WHOA”), de Wet continuïteit ondernemingen I (“WCO I”) (zie hierna) en de Novelle WCO I (“Novelle”) (zie hierna).

In dit hoofdstuk zullen wij kort stilstaan bij de wetsvoorstellen die betrekking hebben op de stille voorbereidingsfase en/of de taak van de beoogd curator.

#### 4.2. WCO I

De WCO I voorziet in een wettelijke basis voor de in de praktijk ontwikkelde stille voorbereidingsfase, veelal als onderdeel van een pre-pack.<sup>47</sup> De regeling biedt een schuldenaar de mogelijkheid om voorafgaand een eventueel faillissement de rechtbank te verzoeken om een beoogd curator aan te stellen en een beoogd rechter-commissaris te benoemen (voorgestelde art. 363 Fw). Het doel is voorbereiding van het faillissement, waardoor schade voor de betrokken stakeholders, zoals schuldeisers en werknemers, zo veel mogelijk kan worden beperkt. Dat vindt plaats door de continuering van de onderneming tijdens het faillissement te bevorderen en een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen te bespoedigen. De gedachte is dat de stille voorbereidingsfase zal leiden tot (i) een hogere opbrengst voor de schuldeisers en (ii) behoud van werkgelegenheid.

De regeling biedt duidelijkheid over de figuur van de beoogd curator en diens rol, taken en bevoegdheden, alsmede over onder welke voorwaarden een aanwijzing van een beoogd curator kan plaatsvinden en hoe het toezicht op het functioneren van de beoogd curator is geregeld.<sup>48</sup>

Zo blijkt uit het voorgestelde art. 363 lid 3 Fw dat de termijn van de aanstelling maximaal twee weken is. Voornoemde termijn kan op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank worden verlengd met een door haar te bepalen termijn.

---

46. *Kamerstukken II*, 2012–2013, 33 695, nr. 1; *Kamerstukken II*, 2013–2014, 33 695, nr. 3; *Kamerstukken II*, 2013–2014 33 695, nr. 5 en *Kamerstukken II*, 2014–2015, 33 695, nr. 7.

47. Zie voor een meer uitgebreide bespreking van dit wetsvoorstel in de literatuur bijvoorbeeld: M.R. van Zanten, ‘De pre-pack’, (aan)winst voor de insolventiepraktijk, *FIP* 2015/269 en 2015/311.

48. Memorie van toelichting WCO I, p. 2

## De taak van de beoogd curator

Ook is de verhouding tussen de beoogd curator en schuldenaar geregeld. De beoogd curator is bijvoorbeeld niet gehouden tot opvolging van instructies van de schuldenaar (art. 364 lid 2 Fw) en de schuldenaar dient de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen die de beoogd curator nodig heeft in de uitoefening van zijn rol of waarvan de schuldenaar weet of behoort te begrijpen dat deze in dat kader van belang zijn (art. 363 lid 3 Fw). Ook dient de schuldenaar het salaris van de beoogd curator en de kosten van door hem geraadpleegde derden te betalen (art. 367 Fw). De rechtbank kan ten behoeve van de betaling daarvan aan de aanwijzing de voorwaarde van zekerheidstelling verbinden (art. 363 lid 5 Fw).

De Eerste Kamer heeft de behandeling van de WCO I aangehouden in afwachting van de arresten inzake Estro en Heiploeg en het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement (“WOVOF”). Als het Hof van Justitie zou oordelen dat een pre-pack in geen geval onder de uitzondering in art. 5 Richtlijn 2001/23 zou vallen, moest WCO I vermoedelijk worden herzien of helemaal van tafel worden geveegd. Zo ver is het (volgens velen: gelukkig) niet gekomen.

### 4.3. WOVOF

Hoewel het arrest van het Hof van Justitie inzake Heiploeg inmiddels is gewezen<sup>49</sup> en de praktijk handvatten heeft geboden voor wat betreft de vraag hoe moet worden omgegaan met werknemers bij een pre-pack, bestaat er op dit moment nog steeds rechtsonzekerheid over de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement. Met de WOVOF wordt beoogd de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement (niet alleen bij een pre-pack) te verduidelijken.<sup>50</sup>

De WOVOF behelst in de kern dat werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de schuldenaar in beginsel onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de doorstarter (voorgestelde art. 7:666b lid 1 BW), dezelfde arbeidsvoorwaarden behouden (voorgestelde art. 7:666b lid 6 BW) en werknemers die na de overgang niet in dienst komen bij de doorstarter niet door een concurrentiebeding beperkt worden om ergens anders werkzaam te zijn (voorgestelde art. 7:653 lid 6 BW).

---

49. Hof van Justitie van de Europese Unie 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321.

50. Memorie van toelichting WOVOF, p. 2 en 3

#### 4.4. *Novelle WCO I*

Door onder andere de aanhangige procedures naar aanleiding van de doorstarts in de faillissementen van Estro en Heiploeg, liep de behandeling en daardoor de uiteindelijke invoering van de wetsvoorstellen rondom de pre-pack en de taak van de beoogd curator vertraging op. In de tussentijd bleek echter dat er in de praktijk sterke behoefte bestond aan een stille voorbereidingsfase, ook wanneer niet noodzakelijkerwijs een doorstart werd beoogd, met name voor ondernemingen waarmee maatschappelijke belangen worden gediend. Te denken valt o.a. aan de faillissementen van ziekenhuizen en energieleveranciers. De wetgever was van mening dat een dergelijke stille voorbereidingsfase van zo veel meerwaarde is, dat de ontwikkelingen in o.a. Heiploeg niet konden worden afgewacht. Om die reden heeft de minister van Rechtsbescherming de Novelle gepresenteerd. De Novelle wijzigt met name het toepassingsbereik van de WCO I. In de kern komt het erop neer dat alleen ondernemingen die maatschappelijke belangen dienen onder de Novelle gebruik kunnen maken van een stille voorbereidingsfase.

Daarnaast bevat de Novelle ook een materiële inhoudelijke wijziging. Het doel van de Novelle is namelijk een zorgvuldige afwikkeling van de activiteiten van de schuldenaar en het voorkomen van maatschappelijke schade. Het doel is derhalve niet – zoals bij de ‘gewone’ WCO I – het vergroten van de kans van continuering van de onderneming, al is dit doel in de toelichting niet uitgesloten.<sup>51</sup>

Hoewel de regeling verder nagenoeg gelijk is aan de WCO I, creëert de Novelle een nieuwe verplichting voor bestuurders. Uit de Memorie van Toelichting blijkt namelijk dat het bestuur onder bepaalde omstandigheden de rechtbank om een stille voorbereidingsfase moet verzoeken, om te voorkomen dat de maatschappelijke belangen ten dienste waarvan de onderneming staat worden geschaad.<sup>52</sup>

De gedachte achter deze verplichting is dat bestuurders bij het uitvoeren van hun taak zorgvuldigheid dienen te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. In de Memorie van Toelichting wordt als voorbeeld genoemd dat een dergelijke verplichting bestaat bij bijvoorbeeld een dreigend faillissement van een zorgaanbieder of jeugdhulpaanbieder.<sup>53</sup>

---

51. Memorie van toelichting Novelle WCO I, p. 2 en 6

52. Memorie van toelichting Novelle WCO I, p. 9

53. Memorie van toelichting Novelle WCO I, p. 9



4.5. *Stand van zaken – voorstel Europese Commissie richtlijn harmonisatie insolventierecht*

De wetgever beraadt zich op dit moment over de voortgang en noodzaak van de WCO I, Novelle en de WOVOF, mede naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in Heiploeg. Het zou kunnen dat de nationale wetgever wordt ingehaald door Europese ontwikkelingen. Op 7 december 2022 heeft de Europese Commissie een voorstel voor een nieuwe Europese richtlijn (“Voorstel”) uitgebracht.<sup>54</sup> Het Voorstel beoogt het insolventierecht binnen de Europese Unie te harmoniseren op onderwerpen zoals de *actio pauliana* (titel II), de vereenvoudigde afwikkeling van kleine ondernemingen (titel VI) en de pre-pack (titel IV en V).

Het meest opvallende aan het Voorstel is dat het slechts gericht lijkt te zijn op de totstandkoming van een verkoop. Het bevat daarvoor een behoorlijk gedetailleerde regeling, waardoor men zich kan afvragen of de procedure zich nog leent voor een stille voorbereidingsfase waarin geen doorstart wordt gerealiseerd. De vraag is of dit wenselijk is, nu uit de huidige pre-packpraktijk blijkt dat de pre-pack ook in die gevallen meerwaarde kan hebben en kan bijdragen aan het beperken van schade voor betrokken partijen en het voorkomen van (maatschappelijke) onrust. Het Voorstel lijkt daarom een andere doelstelling te hebben dan de WCO I (in ieder geval zoals gewijzigd door de Novelle) en daarmee zal de taak van de beoogd curator ook anders worden ingevuld.

Uit de toelichting en art. 20 van het Voorstel blijkt dat de richtlijn in ieder geval beoogt te verduidelijken dat een pre-packprocedure moet worden beschouwd als een insolventieprocedure die is ingesteld met het oog op de liquidatie van de activa onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie in de zin van art. 5, lid 1, van Richtlijn 2001/23/EG. Dat betekent dat het Voorstel – indien het zou komen tot een definitieve richtlijn – een einde maakt aan de onzekerheid rondom de positie van werknemers bij een doorstart na een pre-pack. Lidstaten kunnen er echter nog steeds voor kiezen om werknemers van een hoger beschermingsniveau te voorzien.

Daarnaast biedt het Voorstel de mogelijkheid voor een afkoelingsperiode of het organiseren van een openbare veiling. Hoe dit zich verhoudt tot het feit dat de voorbereidingsfase in stilte wordt voorbereid is niet duidelijk.

---

54. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law

Op basis van het Voorstel moet in de nationale regelgeving van de pre-pack een onderscheid worden gemaakt tussen de voorbereidingsfase en de liquidatiefase (art. 19). Het Voorstel bevat een aantal waarborgen om ervoor te zorgen dat onder andere een zo hoog mogelijke opbrengst wordt gerealiseerd. Zo dient het verkoopproces concurrerend, eerlijk en transparant te zijn. De verantwoordelijkheid daarvoor lijkt (deels) bij de beoogd curator te worden neergelegd. De beoogd curator dient namelijk verslag uit te brengen over het verkoopproces en te verklaren dat de verkoop geen inbreuk maakt op de *best interest of creditors test* (art. 22 lid 2). Het niet naleven van deze verplichtingen resulteert in de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator voor de schade die daaruit voortvloeit (art. 31). Dit is wat ons betreft een behoorlijke verzwaaring van de taak van de beoogd curator ten opzichte van zijn positie onder het huidige systeem.

Het Voorstel bevat ook bepalingen over de rol van de beoogd curator en zijn verhouding tot de schuldenaar: hij kwalificeert als een insolventiefunctionaris in de zin van art. 2 lid 4 van Verordening (EU) 2015/848 (art. 20 lid 1) en zijn salaris wordt door de schuldenaar betaald als er geen liquidatiefase volgt. Als er wel een liquidatiefase volgt, wordt zijn salaris uit de boedel voldaan en kwalificeert dan als *preferential administrative expense* (art. 22 lid 5). Wij vragen ons af of het inderdaad de bedoeling is om het salaris van de beoogd curator te kwalificeren als een preferente vordering in plaats van een boedelvordering of een vordering die vóór faillissement (bijvoorbeeld bij wijze van voorschot bij de aanvang van de stille voorbereidingsfase) moet worden voldaan.

Het is voor nu afwachten hoe de voorgestelde richtlijn er – na onderhandelingen tussen de lidstaten – uit zal zien.<sup>55</sup>

## 5. De rol van de beoogd curator samengevat

Gelet op al het voorgaande laat de taak en positie van de beoogd curator zich bij gebreke van een wettelijke regeling als volgt samenvatten:

1. De rechtbank stelt de beoogd curator aan en licht daarbij doorgaans in een brief toe wat het doel van de aanwijzing is.
2. De beoogd curator heeft beperkte bevoegdheden ten opzichte van de schuldenaar en beperkt zich doorgaans tot het inwinnen van informatie, het geven van aanwijzingen en het doen van suggesties. Dit staat op gespannen voet met het feit dat de beoogd curator later veelal als curator wordt aangesteld en een eventuele transactie moet uitvoeren en beoordelen. Er bestaat in de

---

55. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage (december 2022) is bekend dat naar verwachting begin 2023 de onderhandelingen zullen aanvangen.

## De taak van de beoogd curator

praktijk verschil tussen of en in hoeverre de beoogd curator een positie inneemt ten aanzien van een transactie die wordt geacht plaats te vinden na faillissement.

3. De beoogd rechter-commissaris kan de beoogd curator aanwijzingen geven.
4. De INSOLAD praktijkregels geven de beoogd curator handvatten voor een verdere invulling van zijn taak, maar zijn geen recht.
5. De maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator is conform de huidige stand van de jurisprudentie gelijk aan die van de gewone curator, zij het dat bij de beoordeling rekening wordt gehouden met diens taak. Onder het Voorstel wordt de beoogd curator mogelijk aan een zwaardere aansprakelijkheidsdreiging onderworpen.

De afgelopen jaren zijn verschillende wetsvoorstellen aanhangig gemaakt om de taak en positie van de beoogd curator wettelijk te verankeren en nader in te vullen, maar de betreffende voorstellen zijn tot op heden – ondanks verschillende consultatierondes en aanpassingen – nog niet tot wet verheven en ‘staan al geruime tijd in de ijskast’. Hoewel de praktijk hiermee uit de voeten lijkt te kunnen, menen wij dat een nadere wettelijke invulling gewenst is. Wij lichten onze aanbevelingen in het volgende hoofdstuk verder toe.

### **6. Conclusie / aanbevelingen**

De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Een veel gehoord uitgangspunt is dat de curator daarbij een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers dient na te streven. Daarnaast wordt steeds meer aandacht gevraagd voor de rol die de curator kan (en volgens sommigen moet) spelen bij de behartiging van maatschappelijke belangen.

De besproken praktijkvoorbeelden laten zien dat beide doelen nagestreefd en beter behartigd kunnen worden door middel van een stille voorbereidingsfase. De stille voorbereidingsfase kan naast het voorbereiden van een transactie – die in veel gevallen tot een hogere opbrengst leidt dan bij een verkoop zonder stille voorbereiding – bijdragen aan het voorkomen van (maatschappelijke) schade doordat een faillissement of surseance in stilte wordt voorbereid of doordat er een akkoord aan de schuldeisers kan worden aangeboden. Kortom: een stille voorbereidingsfase kan in veel gevallen een positieve bijdrage leveren. De wettelijke verankering van een stille voorbereidingsfase dient wat ons betreft dan ook niet beperkt te worden tot specifieke groepen ondernemingen (zoals in de Novelle) of situaties waarbij een doorstart wordt voorbereid (zoals in het Voor-

stel). Daarbij lijkt de beoogd curator in alle gevallen behoefte te hebben aan voldoende tijd om:

- de organisatie en specifieke wet- en regelgeving die op de onderneming van toepassing zijn in kaart te brengen;
- stakeholders en adviseurs te betrekken en *up to speed* te brengen;
- een plan voor na de stille voorbereidingsfase te maken; en
- noodzakelijke data en/of systemen die benodigd zijn voor de voortzetting, doorstart of afwikkeling veilig te stellen.

Wij menen dat – hoewel de praktijk uit de voeten lijkt te kunnen met de huidige stand van zaken – het van belang is dat er een wettelijke grondslag komt voor het afkondigen van een stille voorbereidingsfase met aanstelling van een beoogd curator of stille bewindvoerder. Dit is om meerdere redenen wenselijk.

Ten eerste, omdat niet alle rechtbanken bereid zijn (of waren) om – zonder wettelijke grondslag – een stille voorbereidingsfase af te kondigen. Deze onduidelijkheid zorgt voor onzekerheid bij bestuurders, maar ook bij betrokken specialisten. Een wettelijke grondslag zal leiden tot meer rechtszekerheid en uniformiteit. Het valt aan te bevelen om ook enkele procedurele elementen te uniformeren, waarbij met name gedacht kan worden aan een verplichting tot verslaglegging over de stille periode. Transparantie en het afleggen van verantwoording draagt bij aan het vertrouwen en acceptatie door de stakeholders.

Ten tweede zal een wettelijke verankering ook de taken en bevoegdheden van de beoogd curator als beoogd rechter-commissaris verduidelijken en daarmee waarborgen voor schuldeisers en andere betrokkenen scheppen. Verduidelijking en wettelijke verankering van de taakomschrijving van de beoogd curator heeft als gevolg dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris daadkrachtiger kunnen handelen en alle stakeholders (beter) begrijpen wat hun positie is bij bijvoorbeeld het overeenkomen van een transactie. Een duidelijke en toetsbare taakomschrijving is ook van belang, omdat bij de beoordeling van persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator rekening wordt gehouden met diens taak. Het Voorstel van de Europese Commissie op basis waarvan een beoogd curator persoonlijk aansprakelijk is voor schade als gevolg van het niet nakomen van zijn verplichtingen uit hoofde van het Voorstel<sup>56</sup> (zie par. 4.5) gaat wat ons betreft veel te ver. Bovendien gaat het eraan voorbij dat de beoogd curator als onafhankelijke derde, voor een zeer korte periode wordt betrokken en zich in

---

56. De tekst luidt: “*Member States shall ensure that the monitor and the insolvency practitioner are liable for the damages that their failure to comply with their obligations under this Title causes to creditors and third parties affected by the pre-pack proceedings.*”

#### De taak van de beoogd curator

die tijd een realistisch beeld probeert te vormen van de voorgestelde transactie. Hij dient zich daarbij te baseren op informatie aangeleverd door het bestuur en andere betrokkenen bij de onderneming. De formele bevoegdheden en de primaire verantwoordelijkheid blijft rusten op het bestuur van de onderneming. Een verkeerde inschatting onder die omstandigheden zonder meer sanctioneren met persoonlijke aansprakelijkheid, past daar niet bij.

Ten derde zorgt vastlegging van de pre-pack procedure in een wettelijke regeling ervoor dat een in overeenstemming met die regeling gerealiseerde doorstart onder de uitzondering in Richtlijn 2001/23 kan vallen, en dat dus in een dergelijk geval de arbeidsrechtelijke bescherming bij een overgang van onderneming niet geldt. Meer algemeen zou een regeling die ook ziet op de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement wat ons betreft bijdragen aan nog meer *deal certainty*. Wij kunnen ons daarom vinden in art. 20 van het Voorstel waarbij wordt verduidelijkt dat een pre-packprocedure moet worden beschouwd als een insolventieprocedure in de zin van art. 5, lid 1, van Richtlijn 2001/23/EG waardoor er geen sprake is van werknemersbescherming zoals bij een ‘gewone’ overgang van een onderneming.

Verder dient een wettelijke regeling wat ons betreft een kaderregeling te zijn, zodat er sprake is van een ruim toepassingsbereik en voldoende ruimte voor maatwerk. Het Voorstel van de Europese Commissie is onzes inziens dan ook te gedetailleerd. Met een kaderregeling kunnen in beginsel alle soorten ondernemingen een beroep doen op de regeling, en maakt het niet uit of het voornemen is om een doorstart te realiseren. Uiteindelijk gaat het erom of met de stille voorbereidingsfase maatschappelijke en/of financiële schade kan worden beperkt. Wij zien geen bezwaren voor een ruime regeling zolang de taken en bevoegdheden van de beoogd curator én van de beoogd rechter-commissaris voldoende duidelijk zijn zodat er adequaat kan worden gehandeld en voldoende toezicht kan worden gehouden.



## De curator en efficiënt afwikkelmanagement

*MR. J.H STEVERINK, MR. M. AUKEMA<sup>1</sup>*

### 1. Inleiding

Gevraagd naar een bijdrage over de taak van de curator vanuit het perspectief van (de oud-curator en nu) rechter-commissaris hebben wij er voor gekozen om aandacht te besteden aan een specifiek aspect van die taak, namelijk die van de efficiëntie van de afwikkeling.

Wij beginnen met een korte inleiding over efficiëntie in het algemeen bij de faillissementsafwikkeling zelf. Vervolgens zullen wij ingaan op efficiëntie aan de hand van een aantal stadia van de afwikkeling: achtereenvolgens het rechtmatigheidsonderzoek, het afwikkelen van de lege of negatieve boedel, de omgang met geschillen en tenslotte de beheersing van de kosten van afwikkeling. Het thema van deze bijdrage vatten wij samen onder de term ‘afwikkelmanagement’.

Efficiënt afwikkelen van een faillissement komt neer op het vereffenen van het actief met zo weinig mogelijk kosten en tijdverloop. Het voor verhaal vatbare vermogen moet worden geliquideerd en de opbrengst moet worden uitgedeeld aan de schuldeisers na aftrek van de kosten. De kosten bestaan deels en primair uit de uren (kosten) van de curator naast de externe kosten van de boedel (op het ontstaan van de wettelijke boedelschulden heeft de curator, mits adequaat opgezegd, geen invloed). Het tijdsverloop bestaat uit de duur van het faillissement en is voor de efficiëntie relevant omdat het voortduren van de afwikkeling kosten met zich mee brengt voor de boedel.

Het gaat hier niet alleen over het belang van de (boedel-, preferente en concurrente) schuldeisers, maar ook de gefailleerde (of haar bestuur) is gebaat bij efficiëntie, dat behoeft geen toelichting.

---

1. Mr. J.H. Steverink, rechter in rechtbank Gelderland, en mr. M. Aukema, rechter in rechtbank Rotterdam. Joppe Steverink was curator tot 2017. Mark Aukema was curator tot 2019. Het stuk is geschreven op (beider) persoonlijke titel.

Zowel uren als tijdsverloop zijn in geld uit te drukken:

Voor de uit te keren opbrengst spreekt dat vanzelf: het gaat om de (bruto) ontvangst in de boedel tegen zo laag mogelijke boedelkosten. Voor een negatieve opbrengst (bijvoorbeeld boedelschulden) geldt natuurlijk het spiegelbeeld.

Ook het tijdsbestek is voor een groot deel in geld uit te drukken: tijd kost geld (in de vorm van inflatie en rente) en zo lang de uitkering aan de schuldeisers niet wordt gedaan kunnen de schuldeisers de uitkering niet aan hun liquiditeit toevoegen of, wanneer er geen uitkering kan plaatsvinden, kan zolang niet is afgewikkeld de vordering niet uit de boeken.<sup>2</sup> Tijd kost de schuldeisers geld want zo lang het faillissement voortduurt lopen de kosten van de curator op, alleen al vanwege de noodzaak verslag te leggen over de verstreken periode van afwikkeling. In geval van lege boedels kost tijd ook de curator geld. Tijd kost ten slotte ook de toezichthouder geld want gedurende de afwikkeling zal de rechter-commissaris zich bezig moeten blijven houden met bijvoorbeeld het lezen van verslagen en berichten en het behandelen van verzoeken. Tijd die niet ook kan worden besteed aan toezicht in andere dossiers. Financiering van het toezicht op de faillissementsafwikkeling bestaat uit de vergoeding van een vast bedrag per dossier.

Zeker met het uitdijende (maatschappelijke) takenpakket van de curator wringt de primaire taak van de curator (gerechtelijk vereffenaar) met alle overige zaken die bij de afwikkeling van een faillissement komen kijken.<sup>3</sup> De curator heeft de leiding bij de faillissementsafwikkeling en heeft daarbij een grote vrijheid. Toch moet de curator zich wat ons betreft niet te veel laten afleiden van die primaire taak die hij van oudsher heeft (het dienen van de belangen van de gemeenschappelijke schuldeisers) en zou hij zich van zijn maatschappelijke taken zo efficiënt en zo goedkoop mogelijk moeten kwijten. De curator krijgt immers voor zijn werkzaamheden op uurtarief betaald van de gemeenschappelijke crediteuren. De wetgever ziet het ook zo. In de Memorie van Toelichting op de laatste wijziging van art. 68 Fw<sup>4</sup> schrijft de minister immers dat de wijziging geen uitbreiding van het takenpakket van de curator beoogt maar juist efficiency voordelen wil brengen. Een uitzondering geldt (slechts) voor de situatie dat de

- 
2. De btw kan wel al worden teruggevorderd uiterlijk na verloop van een jaar na opeisbaarheid, art. 29 lid 2 Wet op de Omzetbelasting.
  3. Met name de taken genoemd in art. 68 lid 2 Fw: het onderzoek naar onrechtmatigheden, het rapporteren daarvan en zo nodig doen van melding of aangifte van strafbare feiten. En het vorderen van en bestuursverbod art. 106a Fw. Op de wijze van invulling van de taken van art. 68 Fw. gaan wij hierna nog in.
  4. *Kamerstukken II 2014-2015*, 34 253, nr. 5, p. 7 (Wet versterking positie curator).



curator in opdracht van de rechter-commissaris aangifte zal moeten doen van strafbare feiten. De wetgever verwacht daarnaast dat de extra kosten van een vordering voor een bestuursverbod gering, zo niet verwaarloosbaar zullen zijn omdat die in de meeste gevallen als nevenvordering kan meelopen bij een actie wegens bestuurdersaansprakelijkheid.<sup>5</sup> Een bestuursverbod kan ook door het OM worden gevorderd.

Kortom: de curator moet met zo min mogelijk kosten, zo veel mogelijk opbrengst realiseren om de schuldeisers te voldoen. Over het realiseren van actief is natuurlijk veel te zeggen en schrijven, maar dat laten wij hier verder rusten. Het maatschappelijke takenpakket dat recent in de Faillissementswet is opgenomen dient tegen zo gering mogelijke kosten te worden ingevuld.

Hoe kan de curator zich zo efficiënt en doelmatig mogelijk van zijn taken kwijten? En hoe kan het toezicht van de rechter-commissaris bijdragen aan de efficiënte(re) afwikkeling van de faillissementsboedel? Wij pikken er een aantal taken van de curator uit.

## **2. Rechtmatigheidsonderzoek**

Het valt op dat curatoren – ook in grotere faillissementen en faillissementen waar (mogelijk) fraude speelt – zelf, al dan niet met behulp van kantoorgenoten, een oorzaken-/rechtmatigheidsonderzoek uitvoeren. Curatoren zijn (bijna uitsluitend) advocaten die natuurlijk door de nodige (verplichte) opleidingen meer inzicht zouden moeten hebben in cijfers dan hun advocatencollega's, maar doorgronden zij cijfers en administratie (al dan niet digitaal) net zo goed én efficiënt als mensen die uitsluitend zijn opgeleid cijfers en administratie te analyseren? Er zijn vele curatoren met evenzovele uiteenlopende ervaring en specialisatie, dus deze vraag zal onbeantwoord moeten blijven. Als curator hadden wij best enig inzicht in cijfers. De eerlijkheid gebied echter te zeggen dat iedere nadere verdiepende cursus op dit punt ons deed realiseren dat het niveau van de cijfermatige professionals voor juristen moeilijk te evenaren is. Cijfers en administratie zijn een vak apart. Als er rechtmatigheidsonderzoek moet plaatsvinden naar juridische kwesties (zoals het beoordelen van pauliana of zekerheden) ligt dat natuurlijk meer op de weg van de curator zelf.

In de dossiers die wij zien als rechter-commissaris, waarin curatoren zelf aan de gang gaan met een oorzaken-/rechtmatigheidsonderzoek, wordt er (heel)

---

5. *Kamerstukken I 2015-2016*, 34011, nr. 3, p. 5 (Wet civielrechtelijk bestuursverbod).

veel tijd besteed aan een dergelijk onderzoek. Daarbij ontstaat het risico dat het de toezichhoudend rechter-commissaris niet (altijd) op voorhand duidelijk is hoe een dergelijk onderzoek wordt ingestoken en opgezet. En wat het zal gaan kosten. Het is de vraag of een dergelijk onderzoek altijd even efficiënt wordt uitgevoerd. Is het een onderzoek dat min of meer standaard wordt ingestoken op zoek naar red flags, waarbij red flags aanleiding zijn voor verdieping, of is het doel van het onderzoek “iets” vinden en zoeken tot er “iets” gevonden wordt? Ook bij onderzoeken die uiteindelijk tot de conclusie leiden dat aan de administratieverplichting is voldaan én er ook anderszins geen rechtmatigheidskwesties naar boven zijn gekomen, zien wij dat er (heel) veel tijd aan besteed is. Dat leidt tot hoge kosten, kritische vragen over of verzoeken tot matiging van het salarisverzoek van de rechter-commissaris of, niet incidenteel, tot salaris van de curator dat de boedel niet kan voldoen.

Als rechter-commissaris zien wij ook dat het inschakelen van een externe deskundige voor een oorzaken- /rechtmatigheidsonderzoek helaas niet altijd tot een efficiëncyslag of kostenbesparing leidt. Een curator had voor een dergelijk onderzoek een van de “grote vier” accountantskantoren gevraagd onderzoek te doen naar de oorzaken van het faillissement. Dit onderzoek nam meerdere jaren in beslag en heeft vele (tien)duizenden euro’s gekost zonder dat er een concreet rapport ligt. Uitermate frustrerend voor de curator en met de curator voor de schuldeisers natuurlijk.<sup>6</sup> Voor de curator zal vooraf duidelijk moeten zijn wat de ervaring van de financieel specialist is met dergelijke onderzoeken en ook deze financieel specialist zal moeten weten dat hij het voor de gemeenschappelijke schuldeisers doet en dat de kosten en baten in de pas moeten lopen.

Ondanks dat het niet allemaal tot success stories leidt, denken wij dat het goed zou zijn als de curator (meer in de regel dan bij uitzondering), zo nodig aan de hand van een vooraf opgesteld en mogelijk met de rechter-commissaris besproken plan van aanpak (waarover hierna meer), een externe specialist inschakelt om een oorzaken- /rechtmatigheidsonderzoek uit te voeren. Het zou mogelijk moeten zijn met een dergelijke specialist afspraken te maken over een min of meer vaste prijs voor een quick scan. Maak ook duidelijk wat er onderzocht zou moeten worden (wat is de faillissementsoorzaak, is er actief weg, voldoet de administratie, zijn er ongebruikelijke transacties geweest e.d.). Accountantskantoren werken veelal met software die een quick scan kan uitvoeren en waarmee red flags in de administratie geautomatiseerd kunnen worden opgespoord. Daarmee zouden de kosten beperkt moeten blijven of zou vooraf een prijsafpraak

---

6. En kan leiden tot vragen van de rechter-commissaris en mogelijke matiging van kosten.

gemaakt moeten kunnen worden. Een dergelijk gespecialiseerd kantoor kan dan min of meer de vaste financiële rechterarm van de curator zijn.

Beginnen met een quick scan al dan niet op basis van een vooraf opgemaakt plan van aanpak is efficiënt en doelmatig, de curator moet niet lukraak aan het onderzoeken slaan.<sup>7</sup> In de literatuur zijn al voorstellen gedaan voor een min of meer gestandaardiseerde aanpak van onderzoek.<sup>8</sup> Als een quick scan tot red flags leidt én de vermoedelijk aansprakelijke partijen bieden verhaal, zou het goed zijn voor het vervolg, als dat niet al daarvoor was gebeurd, een plan van aanpak op te stellen en dat desgewenst met de rechter-commissaris te bespreken. De curator zal, met in zijn achterhoofd het belang van de schuldeisers, moeten bepalen wat (nader) onderzocht moet worden en daarbij ook een inschatting moeten maken van wat dat de schuldeisers kost en wat het de schuldeisers kan opleveren. Het kan leuk en verleidelijk zijn om uitgebreid te puzzelen en zo trachten de waarheid te achterhalen, maar als de schuldeisers niets oplevert, kan de curator dat beter nalaten.

In het model faillissementsverslag wordt gevraagd meer in het algemeen een plan van aanpak in te vullen. Dat doen curatoren en dat is fijn voor rechters-commissarissen. De rechter-commissaris weet dan wat er de komende verslagperiode gedaan zal worden en ziet de afwikkeling van het faillissement dichterbij komen doordat het plan van aanpak steeds korter wordt. Dat plan van aanpak is (in de meeste verslagen) een opsomming van de te verrichten werkzaamheden. Dat is natuurlijk prima, maar zou het niet beter zijn om, in het kader van de doelmatigheid, als curator kritisch na te denken bij ieder verslag, maar wellicht ook bij iedere in het dossier te zetten stap, wat is het plan hierbij, is dit in het belang van de schuldeisers en is het doelmatig? En wat gaat het de boedel kosten? Voegt het plan waarde toe aan de boedel?

Daarmee komen wij op de reikwijdte en inhoud van het onderzoek. De curator beziet volgens art. 68 Fw of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. In de volksmond “het fraudeonderzoek”. In de memorie van toelichting<sup>9</sup> worden als voorbeel-

- 
7. Zie ook R. Vriesendorp, ‘[\*\*]it happens; then and now. Terugblikken en vooruitkijken in het insolventierecht’, *TvI* 2017/23.
  8. R.J. Schimmelpenninck, ‘Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen’, *TvI* 2008/20 en L. Hox, ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?’, *TvI* 2018/42.
  9. *Kamerstukken II 2014-2015*, 34 253, nr. 3, p. 3.

den genoemd het ontbreken van een adequate administratie, paulianeuze handelingen, onttrekkingen gedurende het faillissement en kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar ook handelingen die wel als strafbare feiten kunnen gelden, zoals fraude en valsheid in geschrifte. Dit hoeft niet altijd te leiden tot een enorm uitvoerig onderzoek. De curator zou bij zijn algemene werkzaamheden van beheer en vereffening kennis moeten nemen van feiten en omstandigheden rondom het faillissement. Als hij daarbij op ‘onregelmatigheden’ stuit, past hij zijn acties daarop aan: hij neemt civiele acties om de boedel te vergroten of hij doet melding van strafbare feiten. Als de verhaalsmogelijkheden bij mogelijke aansprakelijke personen beperkt zijn, kan het onderzoek helemaal beperkt blijven (zo volgt ook uit de memorie van toelichting: *“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.”*<sup>10</sup>). Een Haagse rechter-commissaris overwoog onlangs treffend: *“Onderzoek hiernaar is het “gebruikelijk” onderzoek in dit verband. Stuit de curator bij dit onderzoek op (verdenking van) onregelmatigheden dan doet hij daarvan – in overleg met de rechter-commissaris – melding of aangifte bij de daarvoor geëigende instantie. Het is vervolgens aan die instantie (veelal het Openbaar Ministerie of de FIOD) om over te gaan tot mogelijk verder en meer diepgaand onderzoek. Zij zijn daar ook op toegerust, hebben daarvoor de vereiste bevoegdheden en dat traject voorziet in de nodige procesuele waarborgen voor betrokkenen. Het gebruikelijk onderzoek behelst, zoals hiervoor weergegeven, de vraag of (samengevat) sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt. Nog daargelaten dat, zoals hiervoor al is overwogen, onderzoek naar strafbare feiten niet op de weg van de curator ligt, maar op de weg van het Openbaar Ministerie.”*<sup>11</sup>

Het door de curator (of een door hem in te schakelen derde) uit te voeren onderzoek is dus – samengevat – beperkt tot het opsporen van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening bemoeilijken of het faillissementstekort vergroten. Dat onderzoek kan in eerste instantie daarom relatief beperkt blijven. Pas als de curator stuit op onregelmatigheden zal hij verder onderzoek moeten doen, als die onregelmatigheden tot civiele acties zouden kunnen leiden én er verhaalsmogelijkheden zijn bij vermoedelijk aansprakelijke partijen. Als de curator op (mogelijke) strafbare feiten stuit doet hij melding of aangifte en is het verder aan het opsporingsapparaat daarop te acteren, zo ver reikt de taak van de curator niet; hij is geen opsporingsambtenaar.

10. *Kamerstukken II 2014-2015*, 34 253, nr. 3, p. 13.

11. Beschikking rechtbank Den Haag 3 augustus 2021 ECLI:NL:RBDHA:2021:8661.

Door de aanpak van het onderzoek op te knippen en (telkens) te bespreken met of daarover te rapporteren aan de rechter-commissaris kan de laatste (telkens) beter toezicht houden op de efficiëntie van de aanpak.

### **3. Efficiënt management van de negatieve boedel**

Niemand zit te wachten op het voortduren van een faillissement met een negatieve boedel.

Als curatoren was het aantal uren in lege boedels voor ons (evenals bij veel andere curatoren) een doorlopend punt van aandacht. De kantoren waar wij werkten waren geen uitzondering op de cijfers die in de ‘markt’ rond gingen, namelijk dat een stevig deel van alle geschreven uren niet declarabel was bij het ontbreken van (voldoende) actief in de boedel. Omdat niet gestuurd kan worden op het aannemen van benoemingen in faillissementen met lege boedels, zou je moeten kijken naar mogelijkheden om de verliezen op deze uren te beperken.

Wij zagen als verklaring voor het oplopen van de uren in lege boedels meerdere factoren: de lege boedel gaat vaak gepaard met een matige boekhouding en de nodige mist rondom de weinige activa die op enig moment eigendom van gefailleerde moesten zijn geweest. Communicatie met de gefailleerde liep vaak stroef.

Juist lege boedels zouden zo snel als mogelijk moeten worden afgewikkeld en de werkzaamheden in deze boedels zouden beperkt moeten te worden tot het noodzakelijke. Het is raadzaam op kantoor een ‘intern handboek afwikkeling’ te schrijven waarin alle standaard werkzaamheden van de curator en diens ondersteuners zijn beschreven. Daarnaast zou een kantoor kunnen werken aan een ‘lege boedel protocol’ waarin, naast natuurlijk de goede kwaliteit, de afspraak zou kunnen worden opgenomen dat in beginsel een maximaal aantal uren (bijvoorbeeld 20) gewerkt zou worden aan een standaard lege boedel.<sup>12</sup> Van die 20 uren zou de curator er bijvoorbeeld maximaal 5 en de faillissementsondersteuning er maximaal 15 besteden. Voor het geval de curator meent dat een grotere inzet geïndiceerd is zou dat intern besproken kunnen worden, waarbij de verwachting voor het genereren van actief onderbouwd zou kunnen worden. Met andere woorden organiseer interne tegenspraak bij dergelijke beslissingen. Het resultaat is dat het verlies van uren in lege boedels substantieel omlaag gaat.

---

12. Standaard betekent aanwezige en meewerkende gefailleerde en boekhouding en geen fraude.

Met ingang van 1 juli 2017 is de taak van de curator, zoals hierboven al opgemerkt, wel uitgebreid, want hij of zij moet 'bezien' of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement hebben veroorzaakt, de vereffening bemoeilijken of het tekort hebben vergroot. Er is veel geschreven over deze nieuwe bepaling die velen als een uitbreiding van de taakstelling van de curator zien. Dat is op zich terecht maar tegelijk gaat het eigenlijk om de verplichting om de onregelmatigheden die de curator tegen komt, in het onderzoek dat hij of zij altijd al deed, te melden aan en te bespreken met de rechter-commissaris om te kunnen beoordelen of daarvan melding of aangifte zal worden gedaan. De onregelmatigheden die in de praktijk het meest concreet en regelmatig voorkomen zijn het ontbreken van (delen) van de boekhouding en het niet mee werken aan gevraagde inlichtingen. Wij zien regelmatig dat discussies daarover, vaak in lege boedels, langer dan de eerste drie verslagperiodes duren en met veel inspanningen van de curator gepaard gaan. Onnodig, want de inlichtingen- en medewerkingsplicht zoals verwoord in art. 105 en 106 Fw dient door gefailleerde voor een groot deel op eigen initiatief te worden nagekomen. Een curator die een goede eerste brief schrijft en mogelijk nog een nadere vragenbrief naar aanleiding van inzage in de (wel) verkregen boekhouding kan dus binnen een te stellen redelijke termijn achterover zitten en 'bezien' of de plicht wordt nagekomen. Zo niet (of niet voldoende), dan ligt directe nakoming met inschakeling van dwangmiddelen uit de Faillissementswet en/of strafrechtelijke aangifte voor de hand. Mogelijke redenen waarom faillieten of bestuurders de op hen rustende verplichtingen niet nakomen zullen wij hierna bespreken.

In onze tijd als rechter-commissaris zien wij grote verschillen in de aanpak, tijdsbesteding en snelheid van afwikkeling van boedels met negatieve waarde. Als wij vanuit toezicht kijken naar die afwikkeling dan denken wij dat de inspanningen van de curator en diens ondersteuners in tijd en omvang beperkter zouden kunnen. Een paar suggesties, waarbij ook een enkele voor een bijdrage van de rechter-commissaris:

1. Neem in het eerste of uiterlijk in het tweede verslag een boedelbeschrijving op tegen liquidatiewaarde en een voorlopige conclusie omtrent de vraag of de boedel negatief is en zal blijven; is dat het geval dan kunnen de boedelcrediteuren (en mogelijk preferente crediteuren) hun knopen tellen en kan het faillissement worden voorgedragen voor opheffing bij gebrek aan baten (of vereenvoudigde afwikkeling). Alleen in het geval van waardevermeerdering met uitdeling aan crediteuren is extra inzet gerechtvaardigd. In beginsel moet een faillissement alle vier seizoenen hebben gezien voordat het kan worden opgeheven, maar bij voldoende overtuiging van de leegheid zouden rechtbanken wel kunnen en willen mee werken aan een eerdere beëindiging (dus zodra mogelijk).

2. Aan de hand van een standaard quick scan (uit te voeren door de externe specialist of intern door de faillissementsondersteuning) zou in dezelfde verslagperiode een voorlopige conclusie te trekken moeten zijn of er onregelmatigheden zijn en zo ja, hoe die te adresseren. Indien die er zijn wordt een eenvoudige melding bij het fraudemeldpunt. Op basis van een inschatting van de actuele invulling van het opportuniteitsbeginsel (na bijvoorbeeld een telefonisch overleg met het OM) kan worden besloten tot opheffing of op de plank leggen in afwachting van vervolging.
3. Hanteer bij de afwikkeling strikte en korte termijnen en hak daarbij knopen door: zo zou uiterlijk bij het derde verslag (7 maanden) de rechter-commissaris mogen vernemen of enig zicht bestaat op een (hogere) uitdeling aan schuldeisers wegens aansprakelijkheden van derden.
4. Als voldoende medewerking van gefailleerde of derden ontbreekt kan, naast de hierboven genoemde nakoming of strafrechtelijke aangifte natuurlijk ook worden gekozen voor een wat ‘minnelijker’ aanpak. Wij hebben goede ervaringen met het horen van schuldenaren in schuldsaneringsregelingen om de nakoming van verplichtingen weer op de rails te krijgen. Curatoren zouden wat ons betreft, in gevallen waarin de communicatie met de gefailleerde niet ‘lekker’ loopt of gefailleerde wordt gekweld door een bepaald gevoel of angst, vaker en in een eerder stadium om een verhoor bij de rechter-commissaris kunnen vragen. De ervaringen die wij hebben zijn goed.
5. Standaardiseer de (minimaal) benodigde werkzaamheden van de curator zelf en van diens ondersteuners.

#### 4. Efficiënt conflictmanagement

Efficiëntie bij het hanteren van conflicten bestaat uit het met zo weinig mogelijk kosten beslechten daarvan met het maximale resultaat. Alles uit te drukken in geld want daar gaat het bij de afwikkeling om (uitzonderingen daar gelaten: als het gaat om communicatiegeschillen of geschillen over het proces). Wij komen hierna nog terug op die uitzonderingen.<sup>13</sup>

De curator zit op de bok bij de faillissementsafwikkeling. Hij of zij bepaalt het beleid, de rechter-commissaris houdt (slechts) toezicht. De curator is kundig op het terrein van en lost geschillen op met behulp van het materiële en formele insolventierecht, het civiele (proces-) recht en het strafrecht (en andere deelgebieden zoals het fiscale recht). Zodra de curator vaststelt dat een geschil is ontstaan met een onzekere uitkomst zijn er, tenzij de curator besluit er niets

---

13. Zie verder ook mr. E.E. A. Dijkhoorn, *Conflictmanagement in faillissementen*, INSOLAD Jaarboek 2019 De Curator en de Failliet.

mee te doen, drie alternatieven na een inschatting van de feitelijke, financiële en juridische positie: onderhandelen (schikken), mediation of procederen.<sup>14</sup> Op dit proces wordt toezicht uitgeoefend door de rechter-commissaris. Het resultaat zal ofwel een vaststellingsovereenkomst zijn ofwel een procedure waarvoor in beide gevallen (respectievelijk art. 104 Fw en 68 lid 2 Fw) machtiging van de rechter-commissaris noodzakelijk is.<sup>15</sup>

Om op voorhand te kunnen inschatten wat de beste manier van beslechten is, wil je een betrouwbare inschatting kunnen maken van het haalbare resultaat, van de kosten en de tijd die nodig is om daar te komen.

Het begint wat ons betreft met de inschatting van het haalbare resultaat. De curator neemt een positie in over een aanspraak jegens de derde. De waardering van die positie is vanzelfsprekend vooralsnog vloeiend en in hoogte afhankelijk van de zich ontwikkelende inzichten. Maar op enig moment voor het starten van een onderhandeling en uiterlijk bij het bereiken van een resultaat of besluit om te gaan procederen moet de curator de inschatting van kansen, risico's, kosten en tijdsbestek op tafel van de rechter-commissaris leggen. Een goede curator zal aan de rechter-commissaris een heldere analyse tonen en de te bewandelen weg naar de gewenste en haalbare oplossing van het geschil uiteenzetten: kern is een uitgewerkt advies met daarin enerzijds de inschatting van het best mogelijke onderhandelingsresultaat (aan de hand van het bekende Beste Alternatief Zonder Overeenstemming<sup>16</sup>) alsmede de slagingskansen van een procedure (procesadvies). Omdat bij het alternatief van procederen het geldelijke (kantoor-) belang van de curator een groeiende rol gaat spelen doemt mogelijk een met de boedel tegenstrijdig belang op. Het is daarom raadzaam als uitgangspunt te hanteren dat een dergelijk procesadvies wordt gevraagd aan een procesadvocaat van buiten het kantoorverband van de curator. Zo'n advies hoeft overigens mede vanuit kosten oogpunt niet gepaard te gaan met een uitvoerige concept dagvaarding, het zou bijvoorbeeld schematisch of staccato kunnen.<sup>17</sup>

---

14. Waaronder: arbitrage en bindend advies.

15. Ook in gevallen van overtreding van strafrechtelijke normen heeft de curator alternatieven beschikbaar voor een buitengerechtelijke oplossing: denk aan de vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade (nadeel) voor de gezamenlijke schuldeisers. Of in het voorbeeld nog aangifte nodig of wenselijk is zal sterk afhangen van de omstandigheden van het geval.

16. BAZO: Wat is het betere alternatief van het (mogelijke) onderhandelingsresultaat, meestal bestaande uit de inschatting van de kansen in een gerechtelijke procedure of arbitrage. Zie hierover onder andere B.J. Tideman, *You can lead a horse to water, but can you make him drink?* In Tijdschrift voor Curatoren 2017, nr 4. Ook is veel informatie te vinden op [www.insolventmediation.nl](http://www.insolventmediation.nl).

17. De INSOLAD Praktijkregels (toelichting op regel 4.3) erkennen het risico (perceptie) van tegenstrijdig belang en nemen als uitgangspunt dat de curator de keuze om de procedure zelf of binnen het eigen kantoor te blijven doen zal 'objectiveren'.



Bij deze uiteenzetting komen ook de mogelijkheden van alternatieve geschillenbeslechting, zoals mediation, aan bod. Want het is algemeen bekend dat (als er kansen liggen in het vinden van een goed onderhandelingsresultaat) mediation kan bijdragen aan het starten en voeren van onderhandelingen en de kans op het bereiken van een (aanvaardbaar) resultaat dan groot is.<sup>18</sup> De kosten en het tijdsbeslag van mediation zijn, ook dat is algemeen bekend, beduidend lager dan van procederen. Daarnaast is de onzekerheid van de uitkomst bij mediation lager alleen al vanwege het feit dat partijen de uitkomst in eigen hand hebben en er, bij uitblijven van een resultaat, altijd nog kan worden geprocedeerd.<sup>19</sup>

De curator heeft ervaring met het voeren van onderhandelingen of zou zich in het kader van zijn of haar permanente opleiding ook kunnen gaan specialiseren in de technieken van het zelf onderhandelen en het onderhandelen binnen mediation. Voor het zelf onderhandelen kan gedacht worden aan een opleiding “Harvard-onderhandelings technieken” die in de markt veel wordt aangeboden. Om als curator ervaringsdeskundigheid in mediation te verkrijgen, is een opleiding tot mediator niet nodig. Het gaat er niet om dat de curator zelf mediator hoeft te zijn, maar dat hij of zij in staat zal zijn om een zorgvuldige afweging te maken in het geschil tussen de voor- en nadelen van onderhandelen, mediation of procederen. Hij of zij kan natuurlijk advies in winnen bij derden, maar aangezien het tot de eigenschappen van een goede curator behoort dat hij of zij zelf kan procederen<sup>20</sup>, zou hij of zij ook in staat moeten zijn zelf een afweging te maken tussen mediation en procederen. En hij of zij zal in staat moeten zijn om als partij te kunnen optreden in mediation (Mediation Advocacy). Gelukkig besteedt INSOLAD inmiddels ook aandacht aan de ontwikkeling van mediationvaardigheden bij haar leden in het kader van de verplichte vervolgopleiding. Een initiatief dat een vervolg verdient, bijvoorbeeld door een dergelijke opleiding blijvend aan te bieden of zelfs verplicht te stellen zoals de cursus Financiële Economie voor Curatoren.

Ook van de rechter-commissaris mag worden verwacht dat hij of zij kan mee denken over de mogelijkheden, risico's en kansen van de beschikbare alternatieven om het geschil te beslechten. De rechter-commissaris wil daarbij ook voldoende kennis en ervaring hebben (opgedaan) om dat toezicht te kunnen uitoefenen, om adviezen te kunnen geven en niet in de laatste plaats om een

---

18. Zie bijvoorbeeld E.J. van Gruijthuisen en A.J. van Spengen, *Mediation in de Rotterdamse insolventiepraktijk: gewoon doen!* In FIP 2018, nummer 2 blz. 41 e.v.

19. Veel informatie over insolventie en mediation is te vinden op [www.insolventiemediation.nl](http://www.insolventiemediation.nl).

20. althans zelf een weloverwogen beslissing kan nemen over wel of niet procederen door een derde

goed onderbouwd besluit tot toestemming te kunnen geven, dat zo nodig in hoger beroep overeind zal blijven. Ook de rechter-commissaris wil dus naast kennis van het brede insolventierecht gevoel hebben bij de mogelijke onderhandelingstechnieken en de ‘mediation-analyse’. Als de rechter-commissaris een rol heeft<sup>21</sup> als een belangrijke verwijzer dan zal hij of zij moeten kunnen omgaan met weerstand van curator<sup>22</sup> en/of wederpartij tegen mediation, voorlichting kunnen geven over mediation afgestemd op de personen en het geschil, en zal hij of zij de verwachtingen kunnen managen en commitment kunnen kweken. Hij of zij zal moeten beschikken over basiskennis van mediation in theorie en praktijk, kennis moeten hebben van de ervaringen met mediation in insolventie, in staat zijn tot ‘mediation-analyse’ en moeten beschikken over een goed netwerk van mediators.

Overigens kunnen wij hier al wel vermelden dat binnen Recofa wordt gesproken over landelijk een mediationprotocol in te voeren naar voorbeeld van de bestaande pilots in de rechtbanken Amsterdam, Den Haag en Rotterdam. Dat voorplan wordt gesteund in de literatuur<sup>23</sup> en in het consultatiedocument Herijking Faillissementsrecht en de reacties daarop wordt de bredere inzet van mediation omarmd.

Zou de rechter-commissaris niet ook vaker zelf een bemiddelende rol moeten spelen? Als toezichthouder kent hij of zij het geschil en de partijen (de curator vaak zelfs erg goed) en als hij of zij mogelijkheden ziet om te bemiddelen tussen de partijen (zoals de wettelijke taak ex art. 122 Fw om verificatiegeschillen door bemiddeling te proberen op te lossen) zou het nalaten een gemiste kans zijn op een snelle en efficiënte afwikkeling van de insolventieprocedure. De ervaring bij meerdere rechtbanken die wij vernemen over het horen van partijen voorafgaand aan het besluit over toestemming een procedure te mogen beginnen<sup>24</sup> bevestigen onze eigen inschatting dat partijen in aanwezigheid van de rechter-commissaris meer bereidheid aan de dag leggen om (alsnog) te schikken. Het primaire doel van het horen is uiteraard het verkrijgen van informatie die kan bijdragen aan een goed besluit (wel of geen toestemming verlenen om te pro-

---

21. Zoals in de mediationpilots van de diverse rechtbanken: de rechter-commissaris kan het initiatief nemen tot het beproeven van mediation in welk geval hij of zij het mediationbureau van de rechtbank zal verzoeken partijen te informeren.

22. Weerstand van de curator voor zover ingegeven door onervarenheid is wat ons betreft een anachronisme.

23. Laatstelijk promovendus Jim van Mourik, *Mediation in het insolventierecht: langzaam maar zeker in opkomst*, in TvI 2021/45.

24. Zie J. Frima en E. de Vos, *Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?!*, FIP 2019, nummer 7, 32 e.v.

cederen) maar de door partijen tijdens dat horen regelmatig geuite wens op tot een oplossing van het geschil te komen zonder een procedure, is een mooie bijvangst. Als een dergelijk gesprek niet tot een schikking leidt kan de rechter-commissaris in ieder geval tot een meer weloverwogen beslissing komen over gevraagde de toestemming voor de procedure. Daarnaast is het belangrijk dat het beeld wordt weggenomen dat de curator en rechter-commissaris altijd vier handen op een buik zijn. Ook krijgt de beoogde wederpartij van de curator voordat hij in een procedure verzeild raakt de kans zijn kant van de zaak toe te lichten (en zich gehoord te voelen).

Nadat het resultaat van schikken of procederen bekend is, zouden curator en rechter-commissaris het resultaat van de conflictoplossing moeten evalueren om de opgedane ervaringen voor hen beiden te bewaren en te kunnen ontsluiten voor toekomstige besluitvorming. Zijn de verwachtingen van curator en rechter-commissaris omtrent nettoresultaat en snelheid uitgekomen en zo niet, ten aanzien van welke factoren zal de volgende keer een betere inschatting kunnen worden gemaakt?

Rechtbanken zijn al bezig (ook via het digitale Toezicht-systeem) om zogenaamde KPI's te verzamelen en deze evaluatie kan daaraan bij dragen.<sup>25</sup>

Dan nog even terug naar het begin van het conflict: wij moeten bij de communicatie beginnen omdat vaak al in de eerste contacten met een wederpartij de toon kan worden en ook wordt gezet voor de wijze waarop partijen in het verdere verloop met elkaar verkeren. *C'est le ton qui fait la musique*. De verantwoordelijkheid voor die toon begint als vanzelf bij de curator wanneer die vragen stelt of een positie inneemt. Aan de andere kant ligt die bij de belanghebbende derde die spiegelbeeldig de curator bevraagt of een positie ten opzichte van de boedel inneemt. Escalatie zit vaak in een klein hoekje. Dat kan liggen zowel aan de vorm en toon van de uitingen van de curator als aan die van de wederpartij. In de snelkookpan die het faillissement toch meestal is zijn er veel risicofactoren voor escalatie te vinden: tijdsdruk, spoedeisende en tegenstrijdige belangen van personen die elkaar nog niet hebben kunnen leren kennen en waarmee zij (dus) nog niet kunnen lezen en schrijven.<sup>26</sup> De curator doet er

---

25. Zie verder J. Frima, *Wat is het grote doel van het faillissement – een voorstel voor kwantitatief onderzoek*, in het *Insolad Jaarboek 2022 Het Verdelingsvraagstuk*.

26. Bekende voorbeelden: de curator verricht in een periode na het laatste contact met gefailleerde onderzoek naar de administratie en oorzaken van het faillissement en concludeert dat er waarschijnlijk sprake is van aansprakelijkheid uit hoofde van kennelijk onbehoorlijk bestuur. De bestuurder ontvangt een brief met de bevindingen van de curator en het verzoek c.q. sommatie om binnen 14 dagen een voorschot te betalen op de boedelrekening. Ander

goed aan zich de verschillende communicatiestijlen eigen te maken zodat in de verschillende omstandigheden de juiste toon kan worden gevonden<sup>27</sup> en escalatie wordt voorkomen. Komt hij of zij er dan nog niet uit dan zou de rechter-commissaris een bemiddelende rol moeten kunnen spelen of, indien dat niet mogelijk of onwenselijk is, een mediator een goede rol kunnen spelen om het schip van de communicatie weer vlot te trekken.

Dan ten slotte nog het procederen in faillissementen. Vooraf de breedst en grootst mogelijke disclaimer: dit geldt niet voor alle advocaten of curatoren en heel veel gaat goed, maar het moet ons van het hart als het gaat over een efficiënte en doelmatige curator. Het valt op dat processtukken, mogelijk door de drang naar perfectie, steeds uitvoeriger en ingewikkelder worden. Nogmaals zonder uiteraard de gehele advocatuur over een kam te willen scheren. Je ziet het onder andere terug in de urenverantwoording van curatoren. Procedures kosten veel tijd als het gaat om doorlooptijd, maar ook aan door de curator en de wederpartij aan de procedure bestede uren. Los van het feit dat iedere procedure vooraf moet worden gegaan van een reële inschatting van de proceskansen en de verhaalbaarheid van een toewijzend vonnis, moet ook hier het belang van de schuldeisers in acht worden genomen: de procedure moet, bij een toewijzend vonnis voor de boedel, een positieve opbrengst hebben voor de schuldeisers, ook als de boedel voordat de curator de procedure start leeg is! Als de kosten voor de schuldeisers, door het salaris van de curator (en vaak zijn kantoorgenoten die voor hem als advocaat optreden), het griffierecht en verschotten niet opwegen tegen de opbrengst, dan zou de curator die procedure moeten nalaten (als de curator eiser is).<sup>28</sup> Wat ons betreft zou de curator dus niet moeten procederen wanneer uit de opbrengst hooguit (een deel van) van de kosten van de procedure zou(den) kunnen worden voldaan en het voor de schuldeisers niets oplevert<sup>29</sup>.

---

voorbeeld: op de dag van benoeming ontvangt de curator een aanzegging van de advocaat van een (boedel-) schuldeiser dat wanneer de curator iets doet of nalaat hij of zij 'nu voor alsdan' aansprakelijk wordt gesteld en de rechter-commissaris om bemiddeling of de rechtbank zelfs om ontslag zal worden gevraagd. Maar het kan ook veel subtieler: de curator vraagt op dwingende toon inlichtingen te geven en stelt daarbij een termijn.

27. Ter inspiratie: curator en INSOLAD-lid Bruno Tideman schreef een boekje over acht verschillende gedragstypes uit de advocatuur in *Dierenriem van de Advocatuur, hoe dien je een rat van repliek*, Boom 2022.
28. Waarbij ook nog mag worden meegewogen of de boedel in staat zal zijn om bij verlies de proceskosten aan de wederpartij te vergoeden, zie bijvoorbeeld conclusie AG Sniijders (4.19) voor Hoge Raad 14 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:868.
29. Over de situatie dat de verwachte opbrengst alleen voldoende zal zijn om (een deel van) het salaris van de curator te kunnen betalen: dat belang van de curator weegt, nu het een boedelvordering is, natuurlijk mee bij een besluit al dan niet machtiging te geven om te procederen, maar wel in een bredere belangenafweging met andere factoren (zoals kans van

Wij pleiten er voor dat de procederende curator extra aandacht besteedt aan het efficiënt (laten) procederen. Het blijkt maar al te vaak (helaas en zonder mensen tekort te willen doen) dat advocaten in procedures moeilijk onderscheid kunnen maken tussen rechtens relevante feiten (die nodig zijn voor toewijzing van de vordering) en overige feiten. Natuurlijk hebben cliënten van advocaten de wens om hun verhaal naar voren te brengen. Tot op zekere hoogte kan dat bijdragen aan het begrip van de rechter over waarom er een geschil is en wat het geschil is. Maar dat alles leidt niet tot toewijzing of afwijzing van vorderingen. Het vertellen van “het verhaal” maakt stukken helaas wel onnodig lang en ingewikkeld. Anders dan dat advocaten vrezen, leiden in omvang beperkte stukken niet tot vonnissen met overwegingen als “onvoldoende gemotiveerd betwist” of “gesteld noch gebleken is”. Rechters beoordelen vorderingen en niet de feiten of omstandigheden. Voor toewijzing van een vordering moeten feiten komen vast te staan die volgens het materiële recht nodig zijn (eigenlijk bevat het civiele recht in die zin ook allemaal delictsomschrijvingen). Die feiten moeten (in de regel) worden gesteld door eiser en door gedaagde, wanneer hij zich verweert tegen de vorderingen, gemotiveerd worden betwist. Welke feiten dat moeten zijn blijkt voor iedere vordering uit de grondslag die aan de vordering ten grondslag wordt gelegd. Veelal is dat een wettelijke bepaling. Voor advocaten, maar daarmee ook curatoren (en natuurlijk niet alle advocaten en curatoren), is in procedures een enorme efficiëncyslag te behalen door zoveel mogelijk bij de “delictsomschrijving” te blijven. De wet en de toelichting daarop geven veelal duidelijkheid. Voor veel wettelijke bepalingen is een toelichting te vinden wat er gesteld (of betwist) moet worden in het boek *Stelplicht & Bewijslast* van Boonekamp en Valk.<sup>30</sup> Dit boek wordt door handelsrechters veelvuldig gebruikt. Feiten en omstandigheden die niet onderdeel zijn van de civiele delictsomschrijving kunnen (veelal) worden weggelaten of desnoods in een chronologisch overzicht als productie aan de processtukken worden gehecht.

## 5. Kosten van afwikkeling in het algemeen

De kosten van de afwikkeling (salaris van de curator) zijn een uitdagend onderdeel van het toezicht. De verschillen in kosten tussen boedels onderling, kantoren onderling en curatoren onderling zijn, door uiteenlopende omstandigheden (zoals de aard en omvang van het faillissement, de ervaring van de curator en de

---

slagen, vertraging in de afwikkeling, financieel belang), zie verder de beschikking van de rechter-commissaris (Rotterdam) van 29 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6168 en in casu (Hoge Raad 14 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:868).

30. R.J.B. Boonekamp & W.L. Valk (red.), *Stelplicht & Bewijslast*, Deventer: Wolters Kluwer (online en boek).

wijze waarop deze normaliter zijn of haar werkzaamheden doet) groot.<sup>31</sup> Door het bijhouden van data via de openbare verslagen en Toezicht (denk aan de tijdschrijfgroepen) wordt een benchmark gemaakt van de kosten per onderdeel. Op basis van deze data en ervaring kan een oordeel achteraf worden gegeven over de hoogte van het salaris in een dossier of onderdeel daarvan.

Dat de uren die worden geschreven ook worden gewerkt is buiten twijfel.<sup>32</sup> De tarieven liggen vast. Sommige curatoren stellen voor hun tijd te matigen. En door alle data van de afwikkeling te wegen kan de rechter-commissaris het toezicht op de kosten uitoefenen. Maar de vraag of er ook voldoende efficiënt is gewerkt is niet altijd eenvoudig te beantwoorden.

Omdat het faillissement in het algemeen wordt afgewikkeld op basis van een open begroting zijn de gemaakte uren in een faillissement moeilijk te voorspellen. En door de verschillen in de wijze van afwikkeling<sup>33</sup> is het niet makkelijk iets te vinden van de hoeveelheid geschreven tijd. Elk gewerkt uur werkt in beginsel door in de hoogte van het salaris van de curator. Is dit systeem nog van deze tijd? Vanuit het perspectief van de schuldeisers en gefailleerde zelf zou de bepaling van het salaris als percentage van het gerealiseerde actief veel meer duidelijkheid geven. En het zou de rechter-commissaris werk en hoofdbrekens schelen.

Dat wij in Nederland een open begroting hebben op uurbasis is een beleidskeuze<sup>34</sup> die ruim dertig jaar geleden is gemaakt door de landelijke rechtbanken in overleg met en op advies van curatoren. In 2008 nog heeft INSOLAD geadviseerd<sup>35</sup> het systeem te handhaven.

In Duitsland<sup>36</sup> en België<sup>37</sup> is er (wel) een wettelijke regeling en wordt op andere wijze afgerekend. In beide landen geldt dat de curator een beloning ontvangt als

---

31. Zie over de verschillen per arrondissement B. Rikkert, *Hoe zien onze faillissementsboedels eruit*, TvI 2022/26.

32. De rechter-commissaris vertrouwt de curator. Als dat vertrouwen een deuk zou oplopen is het tijd voor een gesprek met de curator en of diens kantoor en in het ergste geval zal de curator niet meer worden aangesteld.

33. En in de mate van delegatie aan medewerkers met een lager tarief of grotere mate van specialisatie.

34. De rechtbank is geheel vrij in het bepalen van de hoogte van het salaris, art. 71 Fw, en de rechtbanken hebben voor het beleid richtlijnen (Recofa richtlijnen) uitgewerkt.

35. Rapport werkgroep INSOLAD Beloning curator 2008.

36. Zie bijlage 1.

37. Zie bijlage 2.

percentage van het gegeneerde actief.<sup>38</sup> Op dat percentage zijn in deze landen nog aanvullingen mogelijk aan de hand van diverse factoren zoals omvang van het personeelsbestand, ingewikkeldheid van de afwikkeling en procedures. Maar om een beeld te krijgen van de hoogte van het salaris in bijvoorbeeld de liquidatiefase (dus: beperkt tot het eenvoudigweg liquideren van het actief) zou een vergelijking tussen de kosten van de Nederlandse curator (uurbasis, open begroting) en die van de Duitse en Belgische collega's interessant zijn.

Voorbeeld: bij een actief van € 350.000 zou de Duitse curator een salaris ontvangen van rond € 35.000, de Belgische curator € 26.000. Bij een gemiddeld uurtarief conform het basisuurtarief (2023 afgerond € 241) zou de Nederlandse curator daarvoor respectievelijk 145 en 108 uren kunnen schrijven.

Wij willen niet perse een discussie starten over de wijze van beloning van de curator. Maar wij pleiten er wel voor dat ten behoeve van het toezicht en de transparantie naar de crediteuren er meer gewerkt gaat worden met duidelijkheid vooraf: bijvoorbeeld door vooraf een begroting of budget overeen te komen voor de te verrichten werkzaamheden op een aantal te onderscheiden gebieden zoals de liquidatie, het rechtmatigheidsonderzoek en het procederen. Bij procederen is dat niet nieuw want bij elk verzoek om te mogen procederen wordt dat ook al van de curator verwacht en worden zelfs afspraken gemaakt over de tijd en kosten die een curator zal besteden aan de procedure. Voor het vaststellen van die begroting of het budget zou dan aangeknoopt kunnen worden bij eerdere ervaringen van de curator en van de rechter-commissaris en de meer ruimere benchmark. Bij overschrijding van een dergelijke begroting of budget zou dan (opnieuw) een onderbouwd voorstel kunnen worden gedaan aan de rechter-commissaris. Dat biedt de rechter-commissaris (en de gezamenlijke schuldeisers) meer controle op de inzet van actief ten behoeve van de afwikkeling.

## 6. Tot slot

Een grote(re) efficiëntie bij de afwikkeling van faillissementen zal bijdragen aan maximalisatie van het uit te keren deel van het beschikbare actief op een kortere termijn. Nu de curator op de bok van de afwikkelingskar zit en het beleid van de afwikkeling bepaalt, ligt het primaat van de mate van deze efficiëntie bij de curator. Wij denken dat op de deelgebieden van de afwikkeling zoals het oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek, de wijze van omgaan met geschillen, lege

---

38. Respectievelijk *Koninklijk Besluit houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de insolventiefunctionarissen* (26 april 2018) en *Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung vom 19. August 1998 (BGBl. I S. 2205)*.

Mr. J.H Steverink, mr. M. Aukema

boedels en meer in het algemeen de kostenbeheersing van de afwikkeling slagen te maken zijn. Door middel van het opstellen van en houden aan een concreet plan van aanpak en het maken van begrotingen of budgetten.

De rechter-commissaris kan hier aan bijdragen door bij het uitoefenen van het toezicht nadruk te leggen op efficiëntie en door het faciliteren van het horen van en bemiddelen tussen partijen om blokkades te helpen voorkomen of op te lossen.



BIJLAGE 1 – Basisvergoeding Duitsland<sup>39</sup>

Basisvergoeding Duitsland, waarbij moet worden aangetekend dat op grond van omstandigheden een verhoging van de vergoeding kan worden gevraagd. In geval van een lege boedel wordt geen faillissement uitgesproken, dus een lege boedelproblematiek zoals in Nederland speelt in Duitsland niet:

|              | Actief:       |       | Salaris:    |
|--------------|---------------|-------|-------------|
|              | € 35.000      | 40,0% | € 14.000    |
| meerdere tot | € 70.000      | 7,5%  | € 2.625     |
| meerdere tot | € 350.000     | 3,3%  | € 9.240     |
| meerdere tot | € 700.000     | 2,2%  | € 7.700     |
| meerdere tot | € 35.000.000  | 1,1%  | € 377.300   |
| meerdere tot | € 70.000.000  | 0,5%  | € 175.000   |
| meerdere tot | € 350.000.000 | 0,4%  | € 1.120.000 |
| meerdere     | € 700.000.000 | 0,2%  | € 700.000   |

---

39. *Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung vom 19. August 1998 (BGBl. I S. 2205).*

BIJLAGE 2 – Basisvergoeding België<sup>40</sup>

Het ereloon van de curator bestaat uit een percentage per schijf berekend op basis van het actief rekening houdend met de complexiteit van hun opdracht desgevallend rekening houdend met de tijd nodig voor de vervulling van hun prestaties. De proportionele erelonen per schijf worden vastgesteld volgens de onderstaande tabel met een minimum van 1.500 euro. Voor het gedeelte boven de laatste schijf, wordt het ereloon, dat niet meer dan 1% mag bedragen, bepaald door de ondernemingsrechtbank.

De ondernemingsrechtbank kan het proportionele ereloon per schijf volledig of gedeeltelijk vermeerderen of verminderen aan de hand van een correctiecoëfficiënt die varieert van 0.6 tot 1.4. Het KB noemt de factoren op basis waarvan de ondernemingsrechtbank het ereloon kan verminderen of vermeerderen. De ondernemingsrechtbank kan een coëfficiënt kleiner dan 0.8 slechts toepassen bij kennelijke nalatigheid van de curator in het beheer van het faillissement.

| Basisvergoeding België: | Actief:     | % schijf | Salaris (cumulatief) | Correctie max 1,4%  |
|-------------------------|-------------|----------|----------------------|---------------------|
|                         | € 28.142    | 30,0%    | € 8.443              |                     |
| meerdere tot            | € 55.580    | 25,0%    | € 6.860              | € 15.302 € 21.423   |
| meerdere tot            | € 76.687    | 12,0%    | € 2.533              | € 17.835 € 24.969   |
| meerdere tot            | € 135.785   | 10,0%    | € 5.910              | € 23.745 € 33.243   |
| meerdere tot            | € 334.890   | 6,0%     | € 11.946             | € 35.691 € 49.968   |
| meerdere tot            | € 1.011.705 | 5,0%     | € 33.841             | € 69.532 € 97.345   |
| meerdere tot            | € 2.023.410 | 3,0%     | € 30.351             | € 99.883 € 139.836  |
| meerdere                | € 3.348.899 | 2,0%     | € 26.510             | € 126.393 € 176.950 |
| meerdere                |             | 1,0%     |                      |                     |

Om ten laste van de boedel te kunnen worden gebracht, worden de uitgaven aan derden (advocaten, accountants) en buitengewone kosten zoals voor procedures voor *voorafgaande machtiging* voorgelegd aan de rechter-commissaris.

Ook een separatistenregeling ten aanzien van de verkoop van onroerend goed is wettelijk vast gelegd: wanneer door zijn toedoen met hypotheke of met onroerende voorrechten bezwaarde onroerende goederen worden verkocht, heeft de curator recht op een aanvullend ereloon ten laste van de betrokken schuld-

40. Koninklijk Besluit houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de insolventiefunctionarissen (26 april 2018)

#### De curator en efficiënt afwikkelmanagement

eisers in verhouding tot hun rechten. De hoogte ervan wordt bepaald volgens het 'barema':

Waarde tussen € 0,01 - 351.775,11: 5 % (€ 17.588,76)

Waarde tussen € 351.775,12 - 1.758.877,53: 3 % (€ 42.213,07)

Waarde tussen € 1.758.877,54 - 3.517.751,07: 2 % (€ 35.177,47)

Meer dan € 3.517.751,08: 1%

Wanneer het actief niet volstaat om de vergoedingen van de curator te dekken, ontvangt de curator een forfaitaire vergoeding van 1.000 euro, exclusief btw.

De vergoedingen van de curator zijn gekoppeld aan het indexcijfer van de consumptieprijzen (2018).



# Over benoeming en benoembaarheid: de nieuwe Recofa-richtlijnen

MR. J.B.A. JANSEN<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

### 1.1. De aanleiding tot dit artikel

De rol van de curator is de laatste decennia sterk veranderd. Zowel in de Faillissementswet<sup>2</sup> als in de rechtspraak<sup>3</sup> is de oorspronkelijke taak van de curator om de failliete boedel te beheren en te vereffenen sterk uitgebreid met taken van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid, milieu en het signaleren van onregelmatigheden. Deze uitbreiding van taken vraagt van de curator niet alleen een bredere kennis van verschillende rechtsgebieden, zoals het arbeidsrecht, het milieurecht en het strafrecht, maar vraagt ook om een juiste beoordeling van de botsing tussen deze, niet zelden tegenstrijdige belangen. Om een juiste belangenafweging te maken, dient de curator dan ook voldoende geëquipeerd te zijn.

De vraag rijst vervolgens in hoeverre bij de aanstelling van de curator rekening wordt gehouden met de veranderde en veranderende taakstelling van de curator. In hoeverre worden bij de aanstelling van de curator voorwaarden gesteld aan de kennis en ervaring van de curator, opdat zoveel mogelijk tegemoet kan worden gekomen aan de norm dat de curator *“behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht”*?<sup>4</sup>

Vanaf 1 januari 2023 gelden de nieuwe Recofa-richtlijnen met als titel *Richtlijnen aanstellen curatoren in faillissementen en benoeming bewindvoerders in*

- 
1. Mr. J.B.A. Jansen, advocaat/partner bij Dommerholt Advocaten N.V. en docent/promovendus Insolventierecht aan de Radboud Universiteit.
  2. Zie art. 68 lid 2 Fw.
  3. Zie bijvoorbeeld HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 (Sigmacon II), HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (Maclou) en HR 4 juni 2021, *JOR* 2021 /250 (Ridderkerkse Taxicentrale).
  4. De zogenaamde Maclou-norm (HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727).

*surseances van betaling*.<sup>5,6</sup> Deze Recofa-richtlijnen 2023 zijn te raadplegen via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).<sup>7</sup> De Recofa-richtlijnen 2023 zijn blijkens het voorwoord een nadere uitwerking van de implementatie van de Europese Richtlijn Herstructurering en Insolventie (Richtlijn EU 2019/1023).<sup>8</sup>

Met dit artikel wordt onderzocht in hoeverre de Recofa-richtlijnen 2023 enerzijds voldoende tegemoetkomen aan de instructie van de ERHI aan de lidstaten en anderzijds voldoende rekening houden met de veranderde taakopvatting van curatoren. Het artikel maakt daarbij ook een korte uitstap naar de wijze van benoeming van curatoren in Zweden. Kunnen we van dat systeem leren? In hoofdstuk 2 worden de Recofa-Uitgangspunten uit 2013 zoals deze golden tot 1 januari 2023 besproken. Hoofdstuk 3 bespreekt art. 26 ERHI. Hoofdstuk 4 behandelt de nieuwe Recofa-richtlijnen zoals deze gelden vanaf 1 januari 2023. Vervolgens zal hoofdstuk 5 in het kort de benoeming van curatoren in Zweden en de werkwijze behandelen van Kronofogden, een landelijke organisatie van het Zweedse Ministerie van Financiën dat de rechtspraak adviseert over benoemingen van curatoren. Tot slot staan in hoofdstuk 6 de conclusies en aanbevelingen.

## 1.2. *Enkele terminologische opmerkingen*

Art. 14 Fw bepaalt onder andere dat het vonnis van faillietverklaring *de aanstelling van een of meer curators* inhoudt. De wetgever hanteert derhalve de term ‘aanstelling’ voor de curator, terwijl in dezelfde bepaling de term ‘benoeming’ wordt gehanteerd voor de rechter-commissaris die bij een bepaald faillissement wordt betrokken. Als men echter de toelichting op art. 14 Fw in de wetsgeschiedenis raadpleegt, kan worden geconstateerd dat de beide termen als synoniemen en door elkaar worden gebruikt.<sup>9</sup> Uit de toelichting blijkt niet dat er sprake is

5. Verder te noemen: ‘Recofa-richtlijnen 2023’.

6. Naast de genoemde richtlijnen heeft Recofa ook richtlijnen opgesteld voor de benoeming van bewindvoerders Wsnp en richtlijnen aanwijzingen en aanstellen herstructureringsdeskundigen en observatoren in de WHOA. Deze richtlijnen laat ik in dit artikel echter onbesproken. Ik beperk me tot de richtlijnen inzake de aanstelling van curatoren in faillissementen.

7. Richtlijnen aanstellen curatoren in faillissementen en benoeming bewindvoerders in surseances van betaling ([www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)).

8. Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad - van 20 juni 2019 - betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie). Verder te noemen: ‘Europese Richtlijn Herstructurering en Insolventie’ of kortweg ‘ERHI’.

9. Van der Feltz I, p. 323 e.v.

van een onderbouwde keuze om de term *aanstelling* enkel te gebruiken voor de curator en de term *benoeming* voor de rechter-commissaris. In de dagelijkse praktijk wordt ook veelal gesproken over de benoeming van de curator, zodat beide termen kunnen worden gebruikt voor het aanwijzen van personen tot het bekleden van de functie van curator. In dit artikel zullen beide termen dan ook als synoniemen worden gehanteerd.

Verder dient onderscheid te worden gemaakt tussen *benoembaarheid* enerzijds en *benoemen* anderzijds. De term *benoembaarheid* heeft betrekking op de vraag in hoeverre iemand de kwalificaties bezit om als curator op te treden, om als curator op de curatorenlijst geplaatst te worden. Het benoembaar zijn, of het geplaatst zijn op de curatorenlijst, zegt dus niet dat die persoon ook daadwerkelijk als curator optreedt, maar enkel dat die persoon geschikt wordt bevonden om in een faillissement aangesteld te worden. De beslissing dat een persoon benoembaar wordt geacht vindt niet plaats bij vonnis, maar is een administratieve beslissing die anderszins door de leden van de rechtbank wordt genomen. De juridische aard van deze beslissing is niet eenduidig, maar die discussie zal in dit artikel verder niet worden behandeld.

Met de term *benoemen* wordt aangegeven dat een persoon in een concreet faillissement daadwerkelijk door de rechtbank bij vonnis als curator wordt aangesteld. Als een persoon tot curator wordt benoemd verkrijgt hij of zij derhalve alle rechten en verplichtingen die aan die functie zijn verbonden.

Als een persoon wordt ontslagen als curator in een bepaald faillissement, kan hij of zij nog steeds benoembaar blijven, dus op de curatorenlijst staan vermeld. Wordt een persoon geschrapt van de curatorenlijst, dan zal hij of zij in de regel ook niet (meer) tot curator worden benoemd.

De inhoud van de vaak gehanteerde term *curatorenlijst* is overigens minder duidelijk dan mogelijk op het eerste gezicht lijkt. Zowel door de rechtspraak als door curatoren wordt de term curatorenlijst als een vanzelfsprekendheid gebruikt, maar een vaste definitie of inhoud van de term curatorenlijst ontbreekt. Elke rechtbank hanteert een eigen curatorenlijst, die in de regel niet openbaar is. Wie er daadwerkelijk op de curatorenlijst staat is dan ook veelal onbekend. In dit artikel wordt de term curatorenlijst gebruikt voor de (openbare of niet-openbare) lijsten met namen van personen die benoembaar zijn als curator in faillissementen of bewindvoerders in surseances van betaling, zoals aangehouden door de verschillende rechtbanken.

## 2. De Recofa-uitgangspunten 2013

### 2.1. *De voorwaarden voor benoeming*

Dit hoofdstuk behandelt de regelgeving met betrekking tot de benoeming van de curator, zoals die van toepassing was tussen 15 maart 2013 en 1 januari 2023: de ‘Recofa-Uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling’.<sup>10</sup>

De Recofa-Uitgangspunten 2013 hanteerden enkele kwalitatieve normen waaraan advocaten<sup>11</sup> moesten voldoen om benoembaar te zijn, dus alvorens daadwerkelijk benoemd te kunnen worden als curator in een concreet faillissement. Deze voorwaarden luiden (kort gezegd):

- De advocaat moest ten minste de stageopleiding alsmede de VSO-cursus Insolventierecht<sup>12</sup> hebben voltooid.
- De advocaat diende voldoende relevante ervaring te hebben.
- De advocaat diende voldoende tijd en aandacht te kunnen besteden aan het werk als curator direct na zijn benoeming als curator.
- Er diende geen twijfel over de integriteit van de advocaat te bestaan.
- De advocaat moest voldoen aan de Recofa-richtlijnen voor faillissement en surseance van betaling, waaronder het afsluiten van een beroepsaansprakelijkheidsverzekering.
- En de advocaat diende werkzaam te zijn op een kantoor waar al één of meer curatoren en faillissementsmedewerkers werkzaam waren.

Wanneer er sprake was van voldoende relevante ervaring werd niet nader toegelicht. Of, en zo ja hoe, dat werd getoetst was evenmin duidelijk. Uiteindelijk was het aan de individuele zittende rechters van het insolventieteam van de afzonderlijke rechtbank om te bepalen of een bepaald persoon benoembaar was. Het proces van plaatsing op of schrapping van de eerdergenoemde curatorenlijst vond in de beslotenheid van het insolventieteam van de rechtbank plaats.

### 2.2. *Regionale verschillen*

In het voorwoord van de Recofa-Uitgangspunten 2013 werd er expliciet op gewezen dat het om uitgangspunten ging en niet om dwingende voorschriften of

---

10. Verder te noemen: ‘Recofa-Uitgangspunten 2013’.

11. De Recofa-Uitgangspunten 2013 sprak alleen over advocaten die tot curatoren werden benoemd.

12. Deze cursus kon binnen de stageperiode worden gevolgd nadat de stageopleiding zelf was doorlopen. Dergelijke VSO-cursussen bestaan echter niet meer in deze opzet sinds de vernieuwing van de Beroepsopleiding Advocatuur.



bindend beleid. Het document wilde “*landelijke uitgangspunten verwoorden, maar kan niet uitsluiten dat de specifieke omstandigheden in een arrondissement aanleiding geven tot afwijkingen*”. En die afwijkingen waren er.

Vrijwel elke rechtbank maakte gebruik van eigen mores ten aanzien van de aanstelling of ontslag van curatoren. In het kader van mijn promotieonderzoek heb ik interviews afgenomen bij leden van de insolventiecommissies binnen alle arrondissementen.<sup>13</sup> Uit deze gesprekken kwam naar voren dat de facto er weinig tot geen duidelijkheid bestaat over de door de diverse rechtbanken gehanteerde curatorenlijsten, wanneer je daarop kon worden geplaatst of daarvan kon worden geschrapt. Vrijwel elke rechtbank hanteerde categorieën van curatoren en bewindvoerders, per rechtbank aangeduid met A, B, C (en een enkele keer D)-categorieën, 1, 2 of 3-categorieën, een of meerdere sterren-curatoren en Klein, Midden of Groot-categorieën. Anders dan dat onervaren curatoren ‘onderaan’ begonnen, bestond er bij geen enkele geïnterviewde curator duidelijkheid over wanneer je binnen de curatorenlijst kon promoveren of degraderen van en naar de verschillende categorieën. Geen van de door de rechtbanken gehanteerde curatorenlijsten was openbaar. In enkele gevallen kon uit de adressering van de periodiek door de meeste rechtbanken verzonden curatorenbrieven worden afgeleid wie kennelijk op de curatorenlijst stond. Een voor het publiek openbare lijst van de benoembare curatoren, onderverdeeld in de verschillende categorieën ontbrak in elk arrondissement. Temeer omdat insolventieprocedures in de regel openbare procedures zijn<sup>14</sup>, waarbij curatoren bij gerechtelijke uitspraak in het openbaar aangesteld worden en in openbare verslagen verslag moeten doen van hun werkzaamheden, is het opvallend dat de in de praktijk gebruikte ‘curatorenlijsten’ door niemand waren en zijn te raadplegen. Dit in tegenstelling tot bijvoorbeeld het Wsnp-register bij de wettelijke schuldsaneringsregeling waarbij de namen van de benoembare bewindvoerders voor eenieder zijn te raadplegen.<sup>15</sup>

### 2.3. *Beleidsvrijheid*

De door de rechtbanken onder de Recofa-Uitgangspunten 2013 ontwikkelde werkwijze met betrekking tot benoembaarheid van curatoren en curatorenlijsten vloeit voort uit de grote mate van discretionaire bevoegdheid en beleidsvrijheid

---

13. In het kader van mijn promotieonderzoek toets ik de Nederlandse werkwijze van benoeming van insolventiefunctarissen aan de instructie van art. 26 ERHI.

14. Enkele onderdelen binnen insolventieprocedures, zoals vertrouwelijke communicatie tussen rechter-commissaris en curator, de urenverantwoording van de curator en dergelijke zijn niet openbaar.

15. Alles over het Wsnp-register - Raad voor Rechtsbijstand Wsnp ([www.bureauwsnp.nl](http://www.bureauwsnp.nl)).

die de rechtspraak zich op dit punt aanmeet.<sup>16</sup> Aan deze beleidsvrijheid zitten evenwel grenzen. Bij de wetsgeschiedenis behorende bij art. 14 Fw wordt gemeld dat men de aanstelling van de curator voor het vervolg aan de rechtbank wilde overlaten, opdat die aanstelling bij de rechtbanken op onpartijdige wijze zou geschieden.<sup>17</sup> Maar vervolgens staat geschreven dat die onpartijdige wijze bij “*sommige dier colleges niet het geval is – een misbruik, waartegen door het opnemen van wettelijke bepalingen niet te waken is*”, waarna vervolgens wordt verwezen naar een artikel van mr. L.S. Boas in Themis die daarin verslag doet van zijn ervaringen met de verschillende methoden van benoeming van curatoren bij de diverse rechtbanken.<sup>18</sup> Er is geen enkele reden aan te nemen dat in de huidige tijd bij de beslissing omtrent de benoembaarheid of benoeming van curatoren door rechtbanken sprake zou zijn van misbruik, maar de enkele constatering dat de huidige beslissingswijze omtrent benoembaarheid en benoeming weinig transparant of duidelijk plaatsvindt, biedt ruimte voor verbetering, al was het maar om voor de toekomst de kans op misbruik te voorkomen.

Deze behoefte aan duidelijkheid, transparantie en rechtvaardigheid is overigens niet een subjectieve wens van mij als auteur van dit artikel. Nee, het is een expliciete instructie van het Europese Parlement en de Europese Raad aan de lidstaten van de Europese Unie. Deze instructie is verwoord in art. 26 EHRI. Het volgende hoofdstuk gaat daar verder op in.

### **3. De Europese Richtlijn Herstructurering en Insolventie**

#### *3.1. Doelstelling*

De toelichting op de ERHI vermeldt dat deze als doel heeft “*bij te dragen tot het goede functioneren van de interne markt en een eind te maken aan de belemmeringen voor het uitoefenen van bepaalde fundamentele vrijheden*”.<sup>19</sup> De richtlijn richt zich grotendeels op de preventieve herstructurering van bedrijven in financieel zwaar weer. Indachtig deze doelstelling is in Nederland per 1 januari 2021 de Wettelijke Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) in werking getreden. En met de inwerkingtreding van de Implementatiewet Richtlijn Herstructurering

---

16. Zie bijv. R.D. Vriesendorp, De curator en de rechter: soms net (geen) egeltjes, *TvI* 2010, 12, Vzr. Rb. Den Haag 18 maart 2010, *JOR* 2011/156, Vzr. Rb. Den Haag 20 januari 2011, *JOR* 2011/202, Hof Den Haag 7 mei 2013, *JOR* 2013/263 m.nt. Dulack.

17. Van der Feltz I, p. 324.

18. L.S. Boas, *Themis* 1891, p. 599. Zie over het artikel van Boas ook: J.B.A. Jansen, ‘De geschiedenis van de curator’, *TvI* 2021/22.

19. Overweging (1), (EU) 2019/1023.

en Insolventie (Implementatiewet) per 1 januari 2023 is uitvoering gegeven aan de instructie om de ERHI in de Nederlandse wetgeving te implementeren.<sup>20</sup>

### 3.2. *De aanstelling van de curator volgens de ERHI*

De ERHI richt zich echter niet alleen op de preventieve herstructurering. De ERHI heeft ook als doel om de transparantie, efficiëntie en voorspelbaarheid van insolventieprocedures te bevorderen en in stand te houden.<sup>21</sup> Ter uitvoering van die doelstelling is art. 26 ERHI opgesteld. Het eerste lid van deze bepaling luidt als volgt:

*“De lidstaten zorgen ervoor dat:*

- a) de deskundigen die door een rechterlijke of een administratieve instantie zijn aangesteld in een procedure inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld (“deskundigen”) adequaat worden opgeleid en beschikken over de voor hun taken vereiste deskundigheid;*
- b) de voorwaarden om voor aanstelling in aanmerking te komen en de procedure voor aanstelling en gedwongen of vrijwillig ontslag van deskundige duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn;*
- c) bij de aanstelling van een deskundige voor een specifieke zaak, met inbegrip van zaken met grensoverschrijdende elementen, zijn ervaring en deskundigheid, alsmede de specifieke kenmerken van de zaak, voldoende in aanmerking worden genomen; en*
- d) teneinde belangenconflicten te voorkomen, de schuldenaren en schuldeisers bezwaar kunnen maken tegen de selectie of aanstelling van een deskundige of om diens vervanging kunnen verzoeken.”*

Met art. 26 ERHI worden expliciete instructies gegeven aan de lidstaten met betrekking tot de aanstelling van ‘de deskundige’. Wie is echter deze ‘deskundige’?

Zoals blijkt uit het eerste lid sub a) hanteert art. 26 ERHI de term ‘deskundigen’ voor personen die door een rechterlijke of administratieve instantie zijn aangesteld in een procedure inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld. In de overwegingen met betrekking tot art. 26 ERHI, wordt vermeld dat de term ‘*insolventiefunctionarissen*’ in de zin van Europese Insolventie Ver-

---

20. Staatsblad 2022 491.

21. Zie Overweging 85 e.v. ERHI.

ordening<sup>22</sup> (IVO) in de werkingssfeer van de ERHI moet worden opgenomen.<sup>23</sup> Volgens Bijlage B van de IVO vallen voor Nederland de volgende insolventie-functionarissen onder die term:

- de curator in het faillissement;
- de bewindvoerder in de surseance van betaling;
- de bewindvoerder in de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen;
- de herstructureringsdeskundige in de openbare akkoordprocedure buiten faillissement en
- de observator in de openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

De opleiding en deskundigheid van curatoren, en ook die van rechters die actief zijn binnen het insolventierecht, dienen ervoor te zorgen dat de professionaliteit binnen de EU tot een vergelijkbaar hoog niveau worden gebracht. De curatoren dienen *“adequaate te worden opgeleid, op transparante wijze te worden aangesteld, terdege rekening houdend met de noodzaak efficiënte procedures te waarborgen”*.<sup>24</sup>

Met de Implementatiewet is onder andere art. 14 Fw aangepast. Aan dit artikel is een vijfde lid toegevoegd, luidende:

*“De rechtbank stelt op grond van het eerste lid een curator aan die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bij de aanstelling:*

- a. houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de curator; en*
- b. hanteert de rechtbank een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.”*

Met deze formulering heeft de wetgever ervoor gekozen de termen *‘duidelijk, transparant en rechtvaardig’* uit de ERHI over te nemen. De wettekst bepaalt daarbij dat het de rechtbank is die een procedure hanteert waarbij de genoemde kwalificaties gelden.

Voor surseances van betaling is een gelijkkluidend art. 215 lid 5 Fw opgenomen en voor de wettelijke schuldsaneringsregeling zijn aan art. 287 lid 3 Fw eveneens de voornoemde bepalingen toegevoegd.

---

22. Verordening (EU) 2015/848.

23. Overweging 87 ERHI.

24. Overweging 87 ERHI.

## Over benoeming en benoembaarheid: de nieuwe Recofa-richtlijnen

Opvallend is dat in eerdere concepten van de Implementatiewet tijdens de consultatieprocedure in het voorjaar van 2021 het nieuwe lid 5 van art. 14 Fw (en de vergelijkbare bepalingen voor de surseance en de Wsnp) inhield dat *bij of krachtens algemene maatregel van bestuur* nadere regels worden gesteld omtrent de aanstelling van curatoren. Deze verwijzing naar nader te bepalen regelgeving is gedurende het wetgevingsproces losgelaten. Over de eerste formulering heeft de Raad voor de Rechtspraak tijdens de consultatieronde bij brief van 23 juni 2021 zijn standpunt gedeeld.<sup>25</sup> Hierin schrijft de Raad dat de rechtspraak:

*“bij uitstek inzicht [heeft] in de specifieke kennis en deskundigheid van de te benoemen, aan te stellen of aan te wijzen derden, waardoor zij goed in staat is de juiste persoon in een individuele zaak te benoemen. De Rechtspraak weet door haar jarenlange ervaring op dit punt ook bij uitstek welke eisen gesteld moeten worden aan genoemde derden. Het opstellen van richtlijnen voor de aanstelling en benoeming neemt Recofa daarom graag zelf voor haar rekening. (...) De noodzaak om bij amvb nadere regels op dit vlak te kunnen stellen acht de Raad daarmee niet aanwezig.”*

Deze zienswijze van de Raad zal verderop in dit artikel nog nader besproken worden. Vraag voor nu is echter wel of de genoemde kennis en ervaring bij de Rechtspraak relevant is voor de beantwoording van de vraag door wie en op welke wijze regels ten aanzien van de benoeming en aanstelling van curatoren, zoals bedoeld in art. 26 ERHI, moeten worden opgesteld. Dit wordt in het volgende hoofdstuk behandeld.

### **4. De Recofa-richtlijnen 2023**

#### *4.1. De regelgevende bevoegdheid van Recofa*

Ter uitvoering van de instructie van art. 26 ERHI en art. 14 lid 5 Fw heeft Recofa de nieuwe Recofa-richtlijnen 2023 opgesteld. Deze Recofa-richtlijnen 2023 zijn per 1 januari 2023 in werking getreden en zijn gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl). In dit hoofdstuk worden deels de inhoud van de nieuwe richtlijnen besproken, alsmede de vraag of met de nieuwe richtlijnen afdoende antwoord is gegeven op de instructie van art. 26 ERHI.

In het voorwoord van de nieuwe Recofa-richtlijnen 2023 staat, in tegenstelling tot de oude richtlijnen, niet opgenomen dat het slechts niet-bindende uitgangs-

---

25. 2021/28 Advies implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie ([rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl)).

punten zijn. Er staat nu dat de nieuwe richtlijnen, na overleg met enkele organisaties, door Recofa zijn *vastgesteld* en zijn *bekrachtigd* door het LOVT.<sup>26</sup>

Dat klinkt daarmee alsof de Recofa-richtlijnen 2023 voor eenieder bindend zijn. Dat is echter niet het geval. In diverse uitspraken heeft de Hoge Raad bepaald dat Recofa (of andere soortgelijke overlegorganen binnen de rechtspraak) geen regelgevende bevoegdheid heeft. Recofa-richtlijnen zijn blijkens de overwegingen van het arrest van de Hoge Raad van 15 juli 2022<sup>27</sup> “*niet vastgesteld door een instantie die de bevoegdheid heeft rechters op grond van algemene beginselen van behoorlijke rechtspleging te binden ten aanzien van het gebruik dat zij maken van de hun door de wetgever gelaten ruimte*”. Recofa-richtlijnen kunnen daardoor niet worden aangemerkt als recht in de zin van art. 79 RO, aldus de Hoge Raad.

In een artikel in FIP baseren rechters-commissarissen Boot, Frima, Bosch en Van Harten<sup>28</sup> de bevoegdheid van Recofa voor het opstellen van de richtlijnen op een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>29</sup> Zij citeren een overweging waarin (kort gezegd) staat “*dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting van de lidstaten om het daarmee beoogde doel te bereiken [...] gelden voor alle autoriteiten van de lidstaten, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties [...]*”. Het door mij onderstreepte deel in het citaat benadrukt het probleem. Zoals uit de hiervoor aangehaalde uitspraken van de Hoge Raad blijkt, heeft Recofa in het geheel geen regelgevende bevoegdheid. Aan de Recofa-richtlijnen 2023 kunnen dan ook geen rechten worden ontleend. De aangehaalde uitspraak van het Europese Hof dient dus niet ter bevestiging van de stelling dat Recofa bevoegd is ter uitvoering van de ERHI richtlijnen uit te vaardigen. Of daarmee het tegendeel beweerd kan worden, namelijk dat Recofa blijkens de uitspraak van het Europese Hof nadrukkelijk niet bevoegd is, kan overigens evenmin uit de uitspraak worden gedestilleerd.

---

26. Landelijk Overleg Vakinhoud Toezicht.

27. HR 15 juli 2022, *NJ* 2022/367 m.nt. Verstijlen. Vergelijk ook HR 18 november 2011, *NJ* 2012/127, HR 27 april 2012, *NJ* 2012/277, HR 11 september 2018, *NJ* 2018/416 en HR 1 november 1991, *NJ* 1992/30.

28. S. Boot, M.C. Bosch, J.C.A.T. Frima en H.J.H. van Harten, ‘Duidelijk, transparant en rechtvaardig: over de nieuwe richtlijnen voor aanstelling, benoeming en ontslag van curatoren, bewindvoerders, herstructureringsdeskundigen en observatoren in het insolventierecht’, *FIP* 2023, afl. 1, 1.

29. HvJ 17 maart 2021, zaak C-64/20, ECLI:EU:C:2021:207.

Onduidelijk is ook welke regelgevende instantie als adressant van de instructie van art. 26 ERHI kan worden beschouwd. Binnen het bestuursrecht speelt deze vraag in bredere zin al langer. In hun artikel uit 2017 in *JBPlus* bespreken Molendijk en Ortlep de vraag in hoeverre Nederlandse bestuursorganen rechtstreeks legaliteit ontleen aan het Unierecht.<sup>30</sup> De auteurs spreken uit dat de Nederlandse rechter “*dient te waken voor een situatie waarin elk willekeurig bestuursorgaan dat zich primair geroepen voelt om een bepaalde bevoegdheid uit te oefenen, daartoe ook bevoegd moet worden geacht*”. Naar hun mening is primair de wetgever in dergelijke situaties aan zet. Ik onderschrijf hun visie, te meer omdat Recofa slechts een overlegorgaan binnen de rechtspraak en uitdrukkelijk geen bestuursorgaan is.

Ook is het de vraag of het nieuwe art. 14 lid 5 Fw aan de rechtspraak de bevoegdheid verleent om rechtsgeldige kaders te stellen. De rechtbank dient blijkens art. 14 lid 5 Fw immers procedures en voorwaarden te *hanteren* die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn. Er staat niet dat de rechtbank deze procedures en voorwaarden ook zelf dient te *creëren*. Of die instructie er desalniettemin in gelezen kan worden, kan onderwerp van discussie zijn. De toelichting op art. 14 lid 5 Fw zegt hier niet veel over en lijkt als uitgangspunt aan te nemen dat Recofa deze kaders stelt. De toelichting verwijst naar de mededeling van de Raad voor de Rechtspraak dat Recofa graag het opstellen van richtlijnen voor de aanstelling en benoeming van insolventiefunctionarissen voor haar rekening neemt en dat zij INSOLAD daarbij zou betrekken.<sup>31</sup> Het wekt daarmee de indruk dat over de bevoegdheidsvraag niet goed is nagedacht.

Welk gevolg heeft de constatering dat Recofa regelgevende bevoegdheid mist? Ondanks dat het voorwoord van de nieuwe richtlijnen een dwingend karakter impliceert, kan elke rechtbank afwijken van de in de richtlijnen beschreven methodiek van benoeming of aanstelling. Dat men zich mogelijk op het standpunt stelt dat rechtbanken dat niet zullen doen en zich ‘gewoon’ aan de Recofa-richtlijnen 2023 zullen houden, is niet relevant. Dan laat je immers de naleving van de benoemingsregels nog steeds afhangen van de subjectieve houding van een of enkele rechters en blijft de mogelijkheid in stand dat het benoemingsproces niet transparant, niet duidelijk en (daardoor) onrechtvaardig is. Tevens zijn de Recofa-richtlijnen 2023 blijkens de voormelde uitspraak van de Hoge Raad niet afdwingbaar. Dat is een gemiste kans. Nog afgezien van de inhoud van de Recofa-richtlijnen 2023 was beter geweest deze of soortgelijke regels via de oor-

---

30. Zie R. Molendijk en R. Ortlep, ‘De erosie van het Nederlandse legaliteitsbeginsel onder invloed van het Unierecht’, *JBPlus* 2017/4.

31. TK 2021-2022, 36040, nr. 3, p. 68.

spronkelijk gekozen weg van de AMvB te laten ontstaan. Uit de in de vorige paragraaf aangehaalde brief van de Raad voor de Rechtspraak van 23 juni 2021 mag inhoudelijk dan wel blijken dat de Rechtspraak of Recofa zichzelf bij uitstek ziet als de beste partij voor het opstellen van voorwaarden van benoeming, maar daarbij wordt over het hoofd gezien dat zij die regelgevende bevoegdheid eenvoudigweg mist. Zolang niet aan die bevoegdheidsvoorwaarde is voldaan, heeft het opstellen van dergelijke richtlijnen door Recofa weinig nut. Het voldoet daarmee nog steeds niet aan de instructie van art. 26 ERHI, wat ook zij van de inhoud van de richtlijnen.

#### 4.2. *De inhoud van de Recofa-richtlijnen 2023*

Wat kan er vervolgens gezegd worden over de inhoud van de nieuwe Recofa-richtlijnen 2023? Allereerst bespreken de richtlijnen de criteria die nodig zijn om op de ‘lijst van aan te stellen curatoren’ te worden geplaatst, dus ten behoeve van de *benoembaarheid* van curatoren. Ook de nieuwe richtlijnen werken met curatorenlijsten. Dat is op zich werkbaar en overzichtelijk, maar de vraag is wat deze curatorenlijsten precies zijn: wie stelt ze op, wie houdt ze bij, hoe zien ze eruit en voldoen ze aan de AVG nu de curatorenlijsten - althans dat neem ik aan - persoonsgegevens bevatten?

Het voorwoord van de Recofa-richtlijnen 2023 meldt echter dat de Rechtspraak geen landelijk curatorenregister aanhoudt “*gezien de lokale verschillen in de arrondissementen*”. Die verschillen zouden zich zowel uiten in omvang als in soort zaken als in sociaalgeografisch opzicht. Dit argument wordt door Boot c.s. verder uiteengezet in het eerder aangehaalde artikel van vier rechters-commissarissen in FIP. Het argument overtuigt echter niet. De genoemde verschillen betreffen enkel verschillen in soorten faillissement en omvang van een arrondissement. Nu zal het zeker zo zijn dat in het ene arrondissement meer en grotere faillissementen worden uitgesproken dan in het andere, maar dat is geen argument om niet één landelijk curatorenregister aan te houden, precies zoals dat bij Wsnp-bewindvoerders ook het geval is. In een landelijk curatorenregister kunnen alle curatoren met al hun specifieke kenmerken als ervaringsjaren en vestigingsplaats worden vermeld, zodat elke rechtbank uit dat curatorenregister de curatoren uit het betreffende arrondissement kan selecteren en kan aanstellen. Het komt daarnaast al geregeld voor dat een rechtbank van het ene arrondissement iemand uit een ander arrondissement benoemt tot curator in een faillissement. Hoe nuttig is dan een landelijk curatorenregister, waarmee de rechtbank direct de gegevens van de curatoren van het andere arrondissement heeft en (indien nodig na overleg met de griffie van de andere rechtbank) daaruit een curator kan selecteren. Indien gewenst kunnen ook bepaalde specifieke



kenmerken als specialisaties of branchegebieden aan geregistreerde curatoren worden verbonden.

De nieuwe richtlijnen bieden ook geen opening voor het instellen van een *openbare* curatorenlijst. Het is niet bekend of Recofa het openbaar maken van curatorenlijsten heeft overwogen of dat het een bewuste keuze is geweest het openbaar maken van de curatorenlijst niet te reguleren. In elk geval leidt het ontbreken van openbare curatorenlijsten dat niet wordt voldaan aan de voorwaarde van art. 26 ERHI dat de benoeming van de curator transparant moet zijn. Een openbare curatorenlijst maakt immers een essentieel onderdeel uit van de vereiste transparantie.

Overigens rechtvaardigt het door de Rechtspraak genoemde verschil in faillissementen en arrondissementen niet dat de afzonderlijke rechtbanken hun eigen mores kunnen hanteren wat betreft de aanstelling van curatoren. Nederland is te klein om dergelijke verschillen te kunnen rechtvaardigen. Het mag ten aanzien van de *benoembaarheid* niet uitmaken in welk arrondissement iemand woont of gevestigd is om met de ene of andere regel te worden geconfronteerd. Het recht dat binnen de insolventiepraktijk wordt toegepast is ook voor heel Nederland hetzelfde. Regionale bijzonderheden kunnen hooguit een rol spelen bij de *benoeming* van een curator. Slechts een uniforme en landelijke werkwijze wat betreft de benoembaarheid van curatoren en hantering van curatorenlijsten (of curatorenregisters) enerzijds en de benoeming van curatoren in specifieke faillissementen anderzijds, voorkomt dat er onduidelijkheid ontstaat, transparantie ontbreekt en onrechtvaardigheid optreedt.

#### 4.3. *De voorwaarden voor benoembaarheid*

De Recofa-richtlijnen 2023 geven een overzicht van criteria waaraan voldaan moet zijn om benoembaar te zijn en op de curatorenlijst geplaatst te kunnen worden. Deze criteria zijn onder andere:

- ten minste anderhalf jaar ingeschreven zijn als advocaat;
- binnen vijf resp. twee jaar de INSOLAD/Grotius-opleiding, de CPO-opleiding voor curatoren of een soortgelijke opleiding hebben afgerond;
- integriteit;
- niet in een ander arrondissement op een curatorenlijst geplaatst zijn;
- voldoende relevante werkervaring hebben; en
- bepaalde kantoororganisatorische vereisten.

Een aantal voorwaarden zal hieronder afzonderlijk worden besproken.

Een kandidaat-curator dient samen met zijn kantoor een concreet individueel begeleidingsplan op te stellen met ontwikkeldoelen en de wijze waarop de kwaliteit van de kandidaat wordt ontwikkeld en geborgd. De richtlijnen vullen echter niet in aan welke vereisten dit begeleidingsplan en de ontwikkeldoelen moeten voldoen en wat de inhoud ervan moet zijn. Het begeleidingsplan dient vooraf aan de rechtbank ter goedkeuring te worden voorgelegd. Vanwege het ontbreken van kaders voor deze begeleidingsplannen en ontwikkeldoelen is het echter niet mogelijk de plannen en doelen goed- of af te keuren.

Juist waar elke insolventiespecialist een uitbreiding van het takenpakket van de curator herkent (het is niet voor niets het thema van het INSOLAD jaarcongres in 2023) is het uitbreiden en borgen van professionaliteit van groot belang. Alvorens een kandidaat-curator met zijn kantoor een dergelijk begeleidingsplan en ontwikkeldoel kan opstellen dient eerst duidelijk te zijn wat van het curatorschap in het algemeen en van de individuele curator in het bijzonder verwacht mag worden. Indien elke kandidaat-curator met zijn kantoor individueel dergelijke plannen en leerdoelen opstelt, dan ontstaat een ratjetoe aan begeleidingsplannen, ontwikkeldoelen, verwachtingen en beloftes. Het is belangrijk dat er landelijk, in samenspraak met de belanghebbende organisaties zoals de rechtspraak, INSOLAD, JIRA en eventuele anderen, eerst met elkaar wordt vastgesteld wat van een goede curator mag worden verwacht: wat houdt het werk in en aan welke kwalificaties dient een goed curator te voldoen om het werk professioneel en kwalitatief hoogstaand te kunnen verrichten en geschikt te zijn om aan het geldende takenpakket te kunnen voldoen? Deze vragen dienen beantwoord te worden met inachtneming van de ontwikkeling die hierboven in de inleiding worden aangestipt: de sterke verandering van het takenpakket van de curator waaronder de zwaardere rol van de maatschappelijke belangen. Het vaststellen van het takenpakket van de curator moet je niet overlaten aan individuele curatoren, insolventiekantoren of rechtbanken. Hier is juist een professionaliserings- en uniformeringsslag te maken door *landelijke* doelstellingen te ontwikkelen. Op dit vlak is overigens al veel kennis en ervaring voorhanden. De Recofa-richtlijnen 2023 besteden daar onvoldoende aandacht aan.

Nadat landelijk de voorwaarden voor de benoembaarheid van curatoren zijn opgesteld, kunnen vervolgens een of enkele opleidingstrajecten worden opgesteld. De Recofa-richtlijnen 2023 verwijzen nu naar de INSOLAD-Grotiusopleiding en naar de CPO-opleiding Insolventierecht voor Curatoren.<sup>32</sup> Deze opleidingen

---

32. Van de CPO-opleiding Insolventierecht voor Curatoren ben ik hoofddocent. Met dit artikel houd ik echter geen rekening met de belangen van CPO bij een dergelijke landelijke of regionale opleiding.

zijn qua inhoud en zwaarte niet gelijkwaardig aan elkaar, zodat het opvallend is dat ze beide een gelijkwaardige voorwaarde zijn voor benoembaarheid. Beide opleidingen zijn in de loop van de tijd ontwikkeld tot hun huidige opzet, maar overleg over de inhoud van de opleidingen in relatie tot de voorwaarden van benoembaarheid is er bij mijn weten niet geweest. Het is beter deze opleidingen (of eventueel een geheel nieuwe opleiding) in te richten op basis van de landelijke voorwaarden van benoembaarheid. Dan leid je kandidaat-curatoren daadwerkelijk op voor het vak dat de laatste jaren meer en meer professionaliteit vergt.

Onder de criteria voor plaatsing op de curatorenlijst staat ook de voorwaarde dat de rechtbank er voldoende vertrouwen in moet hebben dat de verzoeker voldoet aan de voornoemde geschiktheidscriteria. Deze zin lijkt wat overbodig. Het is vanzelfsprekend dat de rechtbank vertrouwen in de kwaliteit van de (kandidaat) curator moet hebben. Uit deze voorwaarde spreekt echter wel het subjectieve karakter van de selectie en plaatsing op de curatorenlijst. Er wordt kennelijk niet (enkel) aan objectieve maatstaven getoetst, maar ook aan subjectieve factoren, zoals vertrouwen. Dat laat zich echter lastig meten. Het systeem is meer zuiver indien het al dan niet voldoen aan de plaatsingscriteria getoetst kan worden aan objectieve maatstaven: het met succes hebben doorlopen van de specialisatieopleiding gevolgd door een examen, het hebben van een passende kantoororganisatie (ook hier kunnen objectieve criteria voor worden opgesteld), etc. Als men aan deze voorwaarden voldoet dan zou daarmee plaatsing op de curatorenlijst voor de hand liggen. Het zou niet nog eens afhankelijk moeten zijn van het vertrouwen van de rechtbank dat die persoon ook daadwerkelijk aan de plaatsingscriteria voldoet. Het vertrouwen van de rechtbank in de persoon van de curator komt immers al aan bod bij de benoeming van een curator in een specifiek faillissement. De benoembaarheid enerzijds en de benoeming anderzijds zijn immers twee verschillende aspecten.

Na honorering van het plaatsingsverzoek volgt een voorlopige plaatsing op de curatorenlijst voor de duur van twee jaar. Gedurende die termijn wordt de curator aan twee vaste rechters-commissarissen 'gekoppeld', waarbij telkens één van deze twee rechters-commissarissen als toezichthouder optreedt in faillissementen waarin de beginnend curator tot curator wordt benoemd. Gedurende die tweejaarsperiode vindt er een kennismakingsgesprek plaats, gevolgd door een evaluatiegesprek en een eindgesprek. De toezichthoudende rechter-commissaris kan op deze wijze zien of de betreffende curator zich zodanig ontwikkelt dat de voorlopige plaatsing kan worden omgezet in een vaste plaatsing.

Dit systeem van voorlopige plaatsing onder begeleiding van een rechter-commissaris is op zich goed. Het zijn bij uitstek de rechters-commissarissen die de

kwaliteit van ‘hun’ curatoren kunnen beoordelen. Wel dient ook hier te worden voorkomen dat de beoordeling teveel gebaseerd is op subjectieve maatstaven. Net zoals de rechterlijke macht in geval van geschillenbeslechting moet oordelen op basis van feiten, wetgeving en jurisprudentie, zo moet ook de beoordeling van de curator door de rechtbank plaats vinden aan de hand van objectieve criteria. En die moeten vooraf worden opgesteld. Anders dan de voornoemde criteria bij de plaatsing op de curatorenlijst, geven de Recofa-richtlijnen 2023 weinig handvatten wat betreft de beoordeling van curatoren nadat ze al op de lijst toegelaten zijn. De vermelde criteria zeggen voornamelijk iets over de kantoororganisatie, maar minder over de kwaliteitseisen waaraan een curator behoort te voldoen.

#### 4.4. *De schrapping van de curatorenlijst*

Ook de omstandigheden waaronder een curator van de lijst kan worden geschrapt zijn deels subjectief van aard. Er wordt gesproken over ‘*bezwaren van de RC’s*’ en ‘*verlies van vertrouwen van de RC’s*’, maar welke omstandigheden het maken dat er voldoende bezwaren zijn of het vertrouwen terecht is verloren blijft onduidelijk. Dat dit geen theoretische discussie is en wel degelijk cruciaal kan zijn voor de positie van een curator bewijst de uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 10 februari 2022<sup>33</sup>. Deze zaak betrof het faillissement van een vennootschap zonder enig actief. Indachtig het arrest Hoeksma q.q./R.M. Trade<sup>34</sup> was de curator voornemens om pro se in verzet te gaan tegen het faillissementsvonnis. De curator trof echter een regeling met de bestuurder inhoudende dat de curator niet in verzet zou gaan indien de bestuurder een boedelbijdrage van € 3.000 zou betalen als vergoeding voor de faillissementskosten. De curator vroeg hiervoor toestemming van de rechter-commissaris. In een soortgelijke kwestie in het arrondissement Gelderland verkreeg de curator de gewenste toestemming, maar van de rechter-commissaris van rechtbank Midden-Nederland ontving dezelfde curator deze toestemming niet. Sterker, de betreffende rechter-commissaris achtte deze werkwijze dermate verwerpelijk dat hij de curator bij de rechtbank voordroeg voor ontslag.

Uit dit voorbeeld blijkt dat rechters (gelukkig) ook maar mensen zijn en zich mede laten leiden door subjectieve beoordelingen. Dit risico moet echter wel worden geminimaliseerd. Ontslagen worden als curator in een faillissement is een zware maatregel en dat geldt a fortiori voor schrapping van de curatorenlijst. Te meer daar de meeste curatoren veel geïnvesteerd hebben in het kunnen voeren van een insolventiepraktijk, zoals een daarvoor ingerichte kantoororganisa-

33. Rb. Midden-Nederland 10 februari 2022, *JOR* 2022/137.

34. HR 18 december 2015, *JOR* 2016/145.

tie met benodigd personeel, opleidingen, etc., mag van de rechtspraak worden verwacht dat toetsbaar wordt besloten over ontslag of schrapping van curatoren. Ik zeg niet dat in de aangehaalde uitspraak de betreffende rechters-commissarissen lichtzinnig handelden, maar feitelijk is een groot verschil in uitkomst te constateren en is dergelijk verschil simpelweg ongewenst. De kans dat zulke verschillen bij dergelijke beslissingen kunnen ontstaan kan worden verkleind door ervoor te zorgen dat de maatstaven waaraan wordt getoetst zo objectief en concreet mogelijk zijn.

De Recofa-richtlijnen 2023 vermelden dat ‘*in beginsel*’ de curator door de rechtbank wordt gehoord alvorens te beoordelen of een curator dient te worden geschrapt. Dat dit horen slechts in beginsel dient te gebeuren is onwenselijk. De woorden ‘in beginsel’ impliceren immers dat van hoor en wederhoor niet telkens sprake hoeft te zijn. Wanneer de curator wel eerst wordt gehoord en wanneer niet, staat niet beschreven, hetgeen impliceert dat de richtlijnen het mogelijk maken dat de curator onaangekondigd te horen krijgt dat hij is geschrapt. Mogelijk zal als argument worden genoemd dat alle huidige rechtbanken weloverwogen en zorgvuldig een dergelijke beslissing zullen nemen, maar dat is geen goed argument. Het is voornamelijk gebaseerd op vertrouwen in de zorgvuldigheid van de zittende rechters. Een correct juridisch systeem kan echter niet gebaseerd zijn op basis van vertrouwen, maar op basis van objectieve, toetsbare en duidelijke regelgeving. Het is dan ook noodzakelijk dat wordt vastgelegd dat *in alle gevallen* de curator eerst dient te worden gehoord, voordat de rechtbank tot ontslag of schrapping overgaat. Dat de curator telkens eerst gehoord moet worden voordat hij van de curatorenlijst geschrapt kan worden, sluit ook beter aan bij art. 73 Fw waarin staat dat de curator gehoord moet worden alvorens de rechtbank hem als curator ontslaat. Horen zou enkel achterwege kunnen blijven, indien zulks feitelijk onmogelijk is, bijvoorbeeld als de curator daartoe medisch niet in staat is.

Naast een sterkere basis voor hoor en wederhoor bij ontslag of schrapping van een curator dienen ook de beroepsmogelijkheden te worden uitgebreid. Indien de rechtbank tot ontslag van de curator overgaat, beslist de rechtbank in principe op basis van art. 85 Fw in hoogste instantie. Omdat ontslag van de curator door de rechtbank veelal voorafgegaan zal zijn door maatregelen of beslissingen door de rechter-commissaris vanuit diens toezichthoudende taak, kan met de beperking van een beroepsmogelijkheid in dit geval nog enigszins worden geleefd. De schrapping van de curator van de curatorenlijst is echter een ander verhaal. Voor deze situatie is immers geen formele regelgeving of rechtsgang voorhanden. Een dergelijke schrapping is meer een administratieve beslissing door de rechtbank als een soort opdrachtgever dan een gerechtelijke uitspraak

waartegen rechtsmiddelen ingesteld kunnen worden.<sup>35</sup> Niet alleen ontbreken objectieve maatstaven waaraan de kwaliteit van curatoren kan worden getoetst om te kunnen beoordelen of de curator moet worden geschrapt, maar tegen de beslissing om de curator te schrappen staan geen beroepsmogelijkheden open. In het verleden zijn enkele curatoren een kort geding procedure gestart tegen de Staat der Nederlanden om hun schrapping ongedaan te maken.<sup>36</sup> Het Hof Den Haag besliste in 2013 dat “(het insolventieteam van) de rechtbank een zekere mate van vrijheid heeft om uitvoering te geven aan haar taak om effectief toe te zien op het handelen van curatoren en om – in dit kader – een benoemingenbeleid te voeren”.<sup>37</sup> Voorts zegt het Hof in dit arrest “In het licht van het voornoemde uitgangspunt brengt de omstandigheid dat het insolventieteam van de rechtbank Breda er naar streeft ten aanzien van de benoemingen van faillissementscuratoren een zo transparant mogelijk beleid te voeren, voorts niet met zich dat de rechtbank gehouden is haar beslissing om [appellant 1] en [appellant 2] niet op de lijst te handhaven (en dus in beginsel niet meer als faillissementscuratoren te benoemen) vooraf gemotiveerd aan hen had dienen mede te delen, dan wel vooraf nader had moeten onderbouwen dat het door haar gevoerde beleid juist is toegepast. Dit zou anders kunnen zijn, indien er aanleiding zou bestaan te veronderstellen dat er sprake is van willekeur of van een concrete niet nagekomen toezegging”.

Een dergelijke uitkomst is principieel onjuist in de huidige tijd waarin het curatorenvak zich verder professionaliseert en waarbij qua taken en verantwoordelijkheden steeds meer van curatoren wordt gevraagd. Deze verzwaring van taak en specialisatie vereist eveneens een investeringsslag van curatoren, een tendens waarvan verwacht kan worden dat die zich de komende jaren alleen maar zal voortzetten. Waar enerzijds steeds meer van curatoren wordt gevraagd, mag ook anderzijds aan de beoordelingszijde wat betreft toelating en toezicht meer gestructureerde regelgeving en minder beleidsvrijheid van de rechtspraak worden verwacht. Hiermee wil niet gezegd zijn dat de rechtspraak op dit punt geen beleidsvrijheid meer dient toe te komen, integendeel. Uiteindelijk zijn rechters bij uitstek geschikt om de kwaliteit van curatoren te beoordelen. De kaders en de procedure dienen echter wel meer gestructureerd en transparant te zijn. Daar horen ook beroepsmogelijkheden bij indien een curator zich niet in een ontslag of schrapping kan vinden. Ondanks dat het economisch risico van

---

35. Over kwalificatie van de beslissing tot plaatsing of schrapping van curatoren op de curatorenlijst kan een afzonderlijk debat worden gevoerd.

36. Zie Hof Den Haag 7 mei 2013, *JOR* 2013/263 m.nt. Dulack, Rb. Den Haag 20 januari 2011, *JOR* 2011/202

37. Hof Den Haag 7 mei 2013, *JOR* 2013/263 r.o. 3.3.

het voeren van een insolventiepraktijk vanzelfsprekend bij de curator behoort te liggen en plaatsing op een curatorenlijst geen benoemingsgarantie biedt, wil dat niet zeggen dat de procedure van schrapping of ontslag niet beter geregeld moet zijn dan nu het geval is.

## 5. Uitstapje naar Zweden

### 5.1. *Kronofogden*

Zonder in dit artikel een uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek te willen doen, is het interessant om ook eens naar het buitenland te kijken. In Zweden is een praktijk ten aanzien van de aanstelling van curatoren ontwikkeld die enkele van de in dit artikel genoemde opmerkingen zou kunnen wegnemen. In het Zweedse insolventierecht is een belangrijke rol weggelegd voor *Kronofogdemyndigheten*, kortweg *Kronofogden* genoemd.<sup>38</sup> Deze overheidsinstantie functioneert onder het Ministerie van Financiën en is op grond van de Zweedse Faillissementswet (Konkurslag 1987:672) aangewezen als handhavingsautoriteit.<sup>39</sup> Hoewel het beheer van de failliete boedel wordt gevoerd door de curator, staat dat beheer onder toezicht van Kronofogden.<sup>40</sup> Kronofogden heeft ook een zelfstandig recht op toegang tot de faillissementsadministratie.<sup>41</sup> Als afzonderlijk onderdeel van het takenpakket beoordeelt en selecteert Kronofogden (kandidaat-) curatoren. Alvoorens een rechtbank een kandidaat-curator op de Zweedse curatorenlijst plaatst of in een specifiek faillissement tot curator benoemt, is de rechtbank wettelijk verplicht eerst informatie in te winnen bij Kronofogden.<sup>42</sup> Kronofogden beoordeelt op uniforme wijze of de kandidaat voldoet aan de geldende voorwaarden voor plaatsing op de curatorenlijst. Wel kan opgemerkt worden dat de vereisten voor benoembaarheid ook in Zweden weinig concreet zijn. De belangrijkste voorwaarden voor benoembaarheid zijn: goede algemene juridische kennis, zakelijk inzicht, kennis van boekhouding, kennis van ondernemingsrechtelijke vraagstukken, kennis van het straf- en arbeidsrecht en een goede kantoororganisatie. Ook moet de curator het vertrouwen hebben van bijvoorbeeld de schuldeisers.<sup>43</sup>

---

38. [www.kronofogden.se](http://www.kronofogden.se).

39. 7 Kap. 25 § Konkurslag (1987:672). Kronofogden heeft overigens nog meer taken, zoals op het gebied van schuldhulpverlening, maar die laat ik hier verder onbesproken.

40. 1 Kap. 3 § Konkurslag (1987:672).

41. 7 Kap. 28 § Konkurslag (1987:672).

42. 7 Kap. 3 § Konkurslag (1987:672).

43. Zie: Regeringsproposition 1978/79:105, p. 156 e.v. Te raadplegen via [https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/proposition/med-forslag-till-andring-i-konkurslagen\\_G203105/html](https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/proposition/med-forslag-till-andring-i-konkurslagen_G203105/html).

Zweden kent 48 rechtbanken (*tingsrätter*) die het insolventierecht tot hun competentie hebben.<sup>44</sup> Bij een dergelijk aantal rechtbanken bestaat het risico dat er verschillen ontstaan tussen de werkwijzen van de diverse rechtbanken. Door de verplichte inschakeling van Kronofogden wordt zoveel mogelijk een uniforme beoordeling en werkwijze van benoeming en beoordeling van curatoren nagestreefd. Op dezelfde manier toetst Kronofogden ook bij het ontslag van de curator of salarisverzoeken van curatoren.<sup>45</sup> Een curator kan niet door de rechtbank worden ontslagen voordat Kronofogden hierover is geraadpleegd.<sup>46</sup>

De rechtbank in Zweden is weliswaar niet gehouden het advies van Kronofogden op te volgen, maar Kronofogden heeft wel een zelfstandig recht om tegen een beslissing van de rechtbank in beroep te gaan bij een van de Hoven van Beroep (*Hovrätter*). Deze bevoegdheid geldt indien de uitspraak van de rechtbank betrekking heeft op de benoeming of ontslag van de curator, het vaststellen van het salaris van de curator en enkele andere beschreven onderwerpen.<sup>47</sup>

## 5.2. Een vergelijkbare methode in Nederland?

In het streven naar meer uniformiteit en objectiviteit bij de benoeming en beoordeling van insolventiefunctionarissen is een vergelijkbaar systeem in Nederland wenselijk. Een landelijk en openbaar curatorenregister, vergelijkbaar met het Wsnp-register voor bewindvoerders in wettelijke schuldsaneringsregelingen is daarbij voor de hand liggend. Alvorens curatoren in het curatorenregister kunnen worden opgenomen, moeten ze voldoen aan een aantal nader op te stellen voorwaarden, waaronder het hebben doorlopen van een specialisatieopleiding, geschikte kantoororganisatie, juiste aansprakelijkheidsverzekeringen, etc. Een landelijk opererend onafhankelijk orgaan dient vervolgens te toetsen of een persoon voldoet aan deze voorwaarden. Dat orgaan dient er dan ook op toe te zien dat landelijk op uniforme wijze curatoren op benoembaarheid worden getoetst. Binnen Nederland zou hiervoor kunnen worden gedacht aan (een nieuwe afdeling van) de Raad voor Rechtsbijstand in Den Bosch, die immers op het gebied van de Wsnp al de nodige ervaring heeft opgedaan. Bij registratie van een curator kunnen bepaalde aspecten als kennis of ervaring met bepaalde branches of rechtsgebieden worden vermeld.

---

44. <https://domstolar.nu/domstolar-i-sverige/allmanna-domstolar/>.

45. 7 Kap. 5 § resp. 14 Kap. 8 § Konkurslag (1987:672).

46. 7 Kap. 5 § Konkurslag (1987:672).

47. 16 Kap. 8 § Konkurslag (1987:672).



Is een persoon eenmaal opgenomen in het curatorenregister dan kunnen de afzonderlijke rechtbanken uit dat register curatoren selecteren voor benoemingen in specifieke faillissementen. De rechtbanken kunnen dan zelf een voor dat faillissement geschikte curator benoemen en behouden daarmee op dit punt hun discretionaire bevoegdheid.

Om opgenomen te blijven in het register dienen curatoren jaarlijks aan bepaalde opleidingsvoorwaarden te voldoen en dient ook te worden aangetoond dat telkens aan de overige vereisten wordt voldaan. Wordt niet meer aan de vereisten voldaan of uiten rechtbanken of andere belanghebbenden klachten over het functioneren van de betreffende curator, dan kan het landelijk orgaan overgaan tot schrapping uit het curatorenregister, vanzelfsprekend niet dan nadat hoor en wederhoor is toegepast. Tegen het besluit tot plaatsing op of schrapping van het curatorenregister dienen beroepsmogelijkheden open te staan.

Enkel op deze wijze is voor eenieder duidelijk wie geschikt wordt geacht voor benoeming als curator en vindt de toetsing ervan op een transparante, uniforme, duidelijke en rechtvaardige wijze plaats.

## **6. Conclusie**

Tijdens het lezen van dit artikel kan het beeld worden gewekt dat er enkel kritiek mogelijk is op de nieuwe Recofa-richtlijnen. Dat is echter niet het geval. Met de nieuwe richtlijnen is sinds de oude Recofa-richtlijnen 2013 -waar vrijheid-blijheid de boventoon voerde- in elk geval een stap voorwaarts gezet. De oude richtlijnen deden geen recht meer aan de professionaliteitseisen van het insolventievak. En de oude richtlijnen voldeden geenszins aan de voorwaarden zoals die worden gesteld in art. 26 ERHI. Met de nieuwe richtlijnen zijn enigszins betere kaders gesteld aan de opleidings- en andere benoemingsvoorwaarden. En van belang is dat de nieuwe richtlijnen een bijdrage leveren aan een landelijk uniform systeem van benoeming en toezicht. Dat ontbrak tot nu toe in Nederland.

Met de nieuwe richtlijnen is echter wel een kans gemist. Met de implementatie van art. 26 ERHI had Nederland de perfecte gelegenheid het systeem van benoeming, toezicht en ontslag van de curator grondig te herzien. Nu wordt slechts voortgeborduurd op het oude systeem waarbij de rechterlijke macht optreedt als regelgever en toezichthouder tegelijk. Ook inhoudelijk bieden de Recofa-richtlijnen 2023 teveel ruimte voor een eigen interpretatie van de gestelde voorwaarden. De kans dat elke rechtbank met deze richtlijnen vasthoudt aan een eigen invulling ervan is groot. In dat geval wordt het gebrek aan uniformiteit in Nederland gehandhaafd, hetgeen ongewenst is.

Mr. J.B.A. Jansen

Het is de vraag of de rechtspraak bereid en in staat is om over haar eigen schaduw heen te stappen en het stellen van kaders binnen het insolventierecht over te laten aan de instanties die wel regelgevende bevoegdheid hebben. Binnen nadere, in dit artikel voorgestelde wettelijke kaders behoudt de rechtspraak voldoende beleidsvrijheid om curatoren al dan niet te benoemen in een faillissement. Beter zou het zijn als er één landelijke instantie komt die belast is met het beheer van een curatorenregister, waarop personen kunnen worden geplaatst die aan vooraf opgestelde onderwijs- en toelatingskaders voldoen. Deze voorwaarden en beoordeling zou voor heel Nederland gelijk moeten zijn en niet per arrondissement mogen verschillen. Vervolgens kunnen rechtbanken uit dit curatorenregister die curatoren benoemen die zij voor het betreffende faillissement geschikt achten. Het zou nuttig zijn te onderzoeken in hoeverre de invoering van een curatorenregister tot de mogelijkheden zou behoren. Deze aanpak zal tot een betere nakoming leiden van de verplichting om de benoeming van de curator duidelijk, transparant en rechtvaardig te maken.

*Internationaal perspectief op de taak van de curator*



# De internationale dimensie van het faillissement: een quick reference guide voor de curator

*PROF. MR. R.D. VRIESENDORP, MR. W. VAN KESTEREN,  
MR. R. ELKERBOUT-KOK, MR. T. TICHELOVEN<sup>1</sup>*

## 1. Inleiding

Hoewel de Faillissementswet zich (op enkele onderdelen na<sup>2</sup>) tot het Nederlandse grondgebied beperkt, is in de huidige praktijk de internationale context als gevolg van de financieel-economische globalisering niet meer weg te denken. Met de inwerkingtreding van de inmiddels herschikte Europese Insolventieverordening (EIV 2015)<sup>3</sup>, gevolgd door de Herstructureringsrichtlijn<sup>4</sup> en het onlangs gepubliceerde concept voor de Harmonisatierichtlijn,<sup>5</sup> ondervindt het Nederlandse insolventierecht steeds meer Europese invloeden. Nu de minister van Justitie en Veiligheid laat onderzoeken in hoeverre implementatie van de

- 
1. De auteurs zijn allen werkzaam bij De Brauw Blackstone Westbroek. Zij dan wel hun kantoor zijn bij een aantal van de in deze bijdrage genoemde zaken betrokken geweest. Met dank aan mr. J.M.G.J. Boon, promovendus en docent bij de afdeling Ondernemingsrecht van de Universiteit Leiden, voor zijn nuttige opmerkingen bij een eerdere versie van deze bijdrage.
  2. Zie enkele bepalingen over de procedure, rechtsmacht en de invloed van de Europese Insolventieverordening (art. 2, 4-6, 8 Fw); inlichtingenplicht en bestuursverbod (art. 105, 106e Fw); internationaal privaatrecht in algemene zin (art. 203-205 Fw); banken en verzekeraars (afdeling 11A (art. 212a-212d Fw), afdeling 11AA, par. 1 (art. 212g, 212ha, 212hb, 212hga, 212j, 212o, 212q, 212ra Fw), afdeling 11AA, par. 2. (i.h.b. art. 212ll-212mm Fw), afdeling 11B, par. 1 (art. 213 Fw), afdeling 11B, par. 2 (i.h.b. art. 213ag, 213c, 213h Fw), afdeling 11B, par. 3 (i.h.b. art. 213me, 213w, 213dd Fw) en afdeling 11C (art. 213ll Fw)); rechtsmacht (art. 214 Fw); *bar date* bij surseance van betaling (art. 265 Fw) en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (art. 328b Fw); rechtsmacht bij de WHOA (art. 369, 371-372, 384 Fw).
  3. Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking) zoals nadien gewijzigd o.a. bij Verordening (EU) 2021/2260 van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2021 tot wijziging van Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures ter vervanging van de bijlagen A en B.
  4. Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132.
  5. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad voor de harmonisering van bepaalde aspecten van insolventierecht COM(2022) 702 final, 2022/0408 (COD).

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (MLCBI)<sup>6</sup> gewenst is en door Brexit het Verenigd Koninkrijk geen deel meer uitmaakt van de Europese Unie, worden ook invloeden van buiten de EU sterker voelbaar. In menige insolventie van enige omvang – WHOA, surseance van betaling dan wel faillissement – is de kans dat zich grensoverschrijdende aspecten voordoen inmiddels tamelijk groot.

In deze bijdrage schetsen wij eerst kort het theoretisch kader en gaan wij vervolgens – zonder volledigheid na te streven – op een aantal situaties in waarbij een curator, die door een Nederlandse rechter is aangesteld in het faillissement van een besloten vennootschap naar Nederlands recht, te maken kan krijgen met internationale aspecten van het faillissement. In het besef dat het van tal van factoren afhangt hoe de curator in een concrete situatie het beste kan optreden, beschrijven wij mogelijke handelwijzen in een aantal casus. Daarbij maken we telkens onderscheid tussen enerzijds de situatie waarin de EIV 2015 van toepassing is, en anderzijds de situatie waarin dit niet het geval is en wordt teruggeval- len op andere regels van internationaal privaats- en insolventierecht.

De volgende gevallen komen in deze bijdrage aan bod:

1. De failliet houdt activa in het buitenland (paragraaf 3).
2. De bestuurders van de failliet zijn geheel of ten dele buitenlandse (rechts)personen (paragraaf 4).
3. De schuldeisers van de failliet zijn geheel of ten dele buitenlandse (rechts)personen (paragraaf 5).
4. De failliet of aan haar gelieerde vennootschappen zijn ook in het buitenland in insolventieprocedures verwickeld (paragraaf 6).

## **2. Theoretisch kader**

### *2.1. Beginselen*

Het theoretisch kader voor het internationaal insolventierecht vindt zijn grondslag in verschillende beginselen. Deze zien op de reikwijdte, de invloed en de gevolgen van het binnenlandse en buitenlandse insolventierecht, en op de onderlinge verhouding daartussen. Er spelen telkens twee invalshoeken, elk gebaseerd op hun eigen beginsel. De eerste invalshoek is de gedachte dat een insolventieprocedure holistisch moet worden benaderd en een eenheid is met wereldwijd effect: het universaliteitsbeginsel. De andere invalshoek vindt haar grondslag in

---

6. UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997) with Guide to Enactment and Interpretation (2013).

de praktische begrenzing van rechtsmacht tot het territoir van de rechter die de insolventieprocedure uitspreekt: het territorialiteitsbeginsel.<sup>7</sup>

### 2.1.1. *Universaliteitsbeginsel*

Het universaliteitsbeginsel gaat uit van de gedachte dat er één alomvattende procedure is die effect heeft in ieder land waar de failliet en zijn schuldeisers raakvlakken mee hebben. Denk aan hun woonplaats, de locatie van goederen of activiteiten van de failliet, of het op hun rechtsverhoudingen toepasselijke recht. De insolventieprocedure heeft betrekking op één alomvattende boedel met in beginsel één insolventiefunctionaris (zoals een curator) en één bevoegde rechterlijke instantie.<sup>8</sup> De bevoegdheden van de insolventiefunctionaris en rechter zijn niet beperkt tot de eigen jurisdictie maar kunnen ook buiten hun landsgrenzen worden uitgeoefend. Alle aspecten van de insolventieprocedure worden beheerst door één rechtssysteem.

Het universaliteitsbeginsel neemt aan dat zo'n holistische benadering de insolventie overzichtelijker maakt dan als een insolventie wordt beschouwd als samenstel van afzonderlijke procedures in verschillende landen, met verschillende insolventiefunctionarissen, rechters en rechtsstelsels. Het universaliteitsbeginsel gaat ervan uit dat de insolventieprocedure kostenefficiënt kan worden afgewikkeld als deze zich beperkt tot één procedure, waardoor de herstructurering van levensvatbare ondernemingen sneller en succesvoller is. Verder beoogt het universaliteitsbeginsel vergroting van de voorspelbaarheid van insolventieprocedures en daarmee van de rechtszekerheid voor alle betrokkenen. Het zou tevens *forum shopping* beperken. De keerzijde is echter dat betrokkenen vaak onbekend zijn met buitenlandse rechtsstelsels en dat de insolventiefunctionaris kan worden geconfronteerd met hem onbekende processuele en materiële eigenaardigheden in andere landen. In die zin dient het universaliteitsbeginsel de rechtszekerheid en efficiëntie van de afwikkeling van een insolventie of herstructurering niet.

Het Nederlandse internationale insolventierecht gaat in zijn oorsprong uit van het universaliteitsbeginsel waar het ziet op de effecten van een Nederlands faillissement in de rest van de wereld.<sup>9</sup> Dit beeld moet echter wel worden genuan-

---

7. Voor achtergrond en een inleiding bij deze materie, zie R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, hoofdstuk 8.

8. Vgl. considerans EIV 2015, nr. 23.

9. HR 15 april 1955, *NJ* 1955/542 (Kallir/Comfin).

Prof. mr. R.D. Vriesendorp, mr. W. van Kesteren, mr. R. Elkerbout-Kok, mr. T. Ticheloven

ceerd wegens het ontbreken van middelen om die effecten buiten het toepassingsgebied van de EIV 2015 zonder lokaal rechterlijk ingrijpen af te dwingen.

### 2.1.2. *Territorialiteitsbeginsel*

Het territorialiteitsbeginsel neemt het tegenovergestelde standpunt van het universaliteitsbeginsel in. Het gaat uit van de realiteit dat een insolventieprocedure en de gevolgen daarvan in het ene land niet automatisch worden erkend in een ander land. Behoudens verdragen of verordeningen, is de boedel beperkt tot de vermogensbestanddelen van de failliet die zich bevinden in het land waar de insolventieprocedure is geopend. Hetzelfde geldt voor de bevoegdheden van de insolventiefunctionaris en de rechter: deze gaan niet verder dan de grenzen van hun rechtsgebied. Dit betekent dat voor iedere plaats buiten dat rechtsgebied een afzonderlijke procedure moet worden gestart, met benoeming van een andere insolventiefunctionaris en bevoegdheid van een andere rechter op basis van het rechtsstelsel van het desbetreffende rechtsgebied. Hierdoor ontstaat al snel een wirwar aan op zichzelf staande procedures, waarbij uitspraken in de verschillende rechtsstelsels niet altijd in elkaars verlengde liggen en in beginsel niet worden erkend in andere landen. Dit resulteert in een kans op tegenstrijdige uitspraken, wat een efficiënte en effectieve afwikkeling van de insolventie bemoeilijkt. Waardeverlies ligt op de loer. Aan de andere kant biedt het territorialiteitsbeginsel meer bescherming aan lokale schuldeisers dan het universaliteitsbeginsel. Voor hen speelt het nadeel van onbekendheid met buitenlandse insolventieprocedures en de bijbehorende rechtsonzekerheid immers meer dan voor grote, internationaal opererende schuldeisers.

Nederland hanteert van oudsher het territorialiteitsbeginsel als uitgangspunt voor de werking van buitenlandse insolventieprocedures in Nederland.<sup>10</sup> Net als het universaliteitsbeginsel moet echter ook dit beginsel worden genuanceerd: aan buitenlandse insolventieprocedures worden wel bepaalde effecten in Nederland toegekend. Ook al kan een buitenlandse curator geen automatisch beroep doen op het fixatiebeginsel of een afkoelingsperiode op grond van die buitenlandse procedure, hij kan in Nederland wel over goederen beschikken.<sup>11</sup>

---

10. HR 2 juni 1967, *NJ* 1968/16 (*Hiret/Chiotakis*), HR 31 mei 196, *NJ* 1998/108 (*Vleeschmeesters*), HR 19 december 2008, *NJ* 2009/456 (*Yukos I*) en HR 13 september 2013, *NJ* 2014/454 (*Yukos II*).

11. HR 13 september 2013, *NJ* 2014/454 (*Yukos II*) en HR 26 september 2014, *NJ* 2015/478 (*Gazprombank*).



### 2.1.3. *Gematigd universaliteitsbeginsel*

Hoewel het universaliteitsbeginsel en het territorialiteitsbeginsel beide in Nederland worden gehanteerd als uitgangspunt voor twee verschillende aspecten (*outbound* respectievelijk *inbound*), hebben de wetenschap en internationale organisaties zoals UNCITRAL een tussenvariant ontwikkeld. Daarin worden de scherpe kantjes van beide uitersten af gehaald, althans beperkt. Aangezien het universaliteitsbeginsel als vertrekpunt wordt gehanteerd, wordt deze variant – als vertaling van het Engelse *modified universalism* – het gematigd universaliteitsbeginsel genoemd.<sup>12</sup>

Uitgaande van het streven naar een universeel toepasbaar insolventieregime wordt door de theorie van het gematigd universaliteitsbeginsel gebruik gemaakt van maximaal één universele hoofdprocedure waarbij de belangen van lokale schuldeisers en andere derden in een bepaald land kunnen worden gerespecteerd en gewaarborgd via territoriale of secundaire procedures. Een dergelijke tussenvariant is te vinden in de EIV 2015<sup>13</sup> en de MLCBI<sup>14</sup>. De eerste is zonder verdere implementatie rechtstreeks werkend in Nederland nu het een Europese verordening betreft; de laatste is, ondanks herhaalde oproepen daartoe, als zodanig niet in Nederland ingevoerd.

### 2.2. *Uitwerking op Nederlands faillissement met buitenlandse aspecten*

Zodra de grens wordt overgestoken en een andere jurisdictie in beeld komt, belandt men op het terrein van het internationaal privaatrecht (IPR). Binnen de EU (met uitzondering van Denemarken<sup>15</sup>) geldt de EIV 2015 en speelt de implementatie van de Herstructureringsrichtlijn (en straks de Harmoniseringsrichtlijn) in de nationale wetgeving van de lidstaten een belangrijke rol. Buiten de EU (en in Denemarken) is het commune IPR van toepassing op grensoverschrijdende aspecten van insolventies. Voor zover hier van belang, gaat het bij de theoretische internationale dimensie van het insolventierecht vooral om de beoordeling van de drie hoofdvragen van het IPR: rechtsmacht, toepasselijk recht en erkenning. De praktische internationale dimensie draait om daadwerkelijke toepasbaarheid en afdwingbaarheid van het instrumentarium van de Nederlandse curator in het

---

12. Zie bijv. considerans EIV 2015, nr. 22-23 en B. Wessels, *International Insolvency Law Part I*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 10025a e.v. Er wordt ook wel gesproken van het “aangepast” of “gecoördineerd” universaliteitsbeginsel.

13. Art. 3 EIV 2015, zie ook considerans EIV 2015, nr. 22-23.

14. Art. 17 lid 2 onder a MLCBI.

15. Considerans EIV 2015, nr. 88; de uitzondering van Denemarken voor het toepassingsbereik van de EIV 2015 geldt telkens wanneer in deze bijdrage naar de verordening wordt verwezen.

buitenland. In de volgende paragrafen bespreken wij de theorie en geven waar mogelijk praktijkvoorbeelden.

### 3. Buitenlandse activa

#### 3.1. *Activa binnen de EU*

Het komt regelmatig voor dat een Nederlandse failliet activa in het buitenland blijkt te bezitten. De Wet versterking positie curator<sup>16</sup> heeft zelfs de verplichting ingevoerd voor (de bestuurders van) de failliet om de curator uitdrukkelijk in te lichten over vermogensbestanddelen in het buitenland en alle medewerking te verlenen om de curator ook daarover de beschikking te geven (art. 105 lid 2 jo 106 Fw). Denk aan roerende en onroerende zaken alsmede in het buitenland gelokaliseerde<sup>17</sup> vermogensrechten. Als sprake is van een hoofdprocedure in Nederland omvat het faillissement in beginsel het gehele vermogen van de failliet ten tijde van de faillietverklaring en wat hij verwerft gedurende het faillissement (art. 20 Fw). Omdat binnen de reikwijdte van de EIV 2015 het (gematigd) universaliteitsbeginsel van toepassing is op het Nederlands faillissement, maakt het niet uit waar de activa van de failliet zich binnen de EU (behoudens Denemarken) bevinden. Het Nederlandse faillissement als hoofdprocedure, met alle gevolgen en effecten van dien, wordt van rechtswege erkend, uiteraard behoudens een secundaire procedure in een andere lidstaat (art. 19 en 32 EIV 2015).

Naast het feit dat het Nederlandse faillissement het volledige vermogen van de failliet omvat ongeacht de locatie daarvan, is van belang dat de Nederlandse curator op basis van art. 68 Fw exclusief beheers- en beschikkingsbevoegd is ten aanzien van al die activa, opnieuw ongeacht hun locatie. Een uitzondering daarop geldt slechts indien er een andere – secundaire – insolventieprocedure loopt of bewarende maatregelen zijn getroffen in een andere lidstaat (art. 7 lid 2 onder c en 21 lid 1 EIV 2015).

Omdat het in de meeste gevallen de afwikkeling van het faillissement ten goede zal komen, mag de curator activa uit andere lidstaten overbrengen naar Nederland. Daarbij dient hij wel de zakelijke rechten van schuldeisers of derden daarop, en op eigendomsvoorbehoud gegronde rechten van verkopers, te respecteren (art. 21 lid 1 jo art. 8 en art. 10 EIV 2015). Dit is een uitvloeisel van het hierboven besproken gematigd universaliteitsbeginsel, dat bescherming biedt

---

16. *Stb.* 2017, 124.

17. Zie art. 2 lid 9 EIV 2015 voor de toepassing hiervan op onderscheidene vermogensbestanddelen.

aan de rechten van lokale schuldeisers (zie paragraaf 2.1.3). Bij de verplaatsing van activa dient de curator te handelen overeenkomstig het recht van de lidstaat op wiens grondgebied hij wil optreden (art. 21 lid 3 EIV 2015). Verdere juridische beperkingen zijn er niet, zodat de Nederlandse curator relatief eenvoudig activa van de failliet, die zich bevinden op het grondgebied van EU-lidstaten, kan betrekken in de afwikkeling van het Nederlandse faillissement.

Dit laat praktische beperkingen onverlet waardoor het even kan duren voordat de curator de buitenlandse activa daadwerkelijk in beheer kan nemen. Dit hoeft echter geen probleem op te leveren omdat art. 23 lid 1 EIV 2015 schuldeisers – met uitzondering van eerdergenoemde schuldeisers met een zakelijk recht of eigendomsvoorbehoud – verbiedt zich te verhalen op goederen van de failliet in een andere lidstaat. Dit geldt voor zelfstandig verhaal door de schuldeiser, bijvoorbeeld door executiemaatregelen. Het doel van art. 23 lid 1 EIV 2015 is het bewaken van de *paritas creditorum*. Ongeacht hoe de schuldeiser verhaal heeft genomen, is hij verplicht om hetgeen hij heeft verkregen, dan wel de waarde daarvan, aan de boedel af te staan. Voor de afdrachtplicht maakt het niet uit of de buitenlandse schuldeiser bekend is met het faillissement of niet. Dankzij het Europese Insolventieregister<sup>18</sup> zou een schuldeiser namelijk bekend *kunnen* zijn met die insolventie. Het Europese Insolventieregister maakt het mogelijk om de nationale insolventieregisters van 16 lidstaten in één moeite te doorzoeken. Op de website van het Europees Insolventieregister staan bovendien links naar in totaal 27 nationale insolventieregisters. Indien hij dit noodzakelijk acht (bijvoorbeeld in verband met zijn plicht om bekende buitenlandse schuldeisers te informeren, zie paragraaf 5.1), kan de Nederlandse curator ook actief bekendmaking van het Nederlandse faillissement nastreven door registratie in de openbare registers van andere lidstaten te bewerkstelligen (art. 28 lid 2 en 29 lid 2 EIV 2015). Hij is hiertoe in ieder geval verplicht in de lidstaten waar zich een vestiging van de schuldenaar bevindt (art. 28 lid 1 EIV 2015) en daar waar registratie van de opening van een insolventieprocedure vereist is in een kadaster, handelsregister of enig ander openbaar register (art. 29 lid 1 EIV 2015).

### 3.2. *Activa buiten de EU*

Zoals beschreven in paragraaf 2.1.1, nemen de Nederlandse wetgever en rechter het standpunt in dat een Nederlands faillissement universele werking heeft. Het feit dat de Nederlandse overheid wellicht niet bij machte is om de werking van het Nederlandse faillissement in het buitenland te verzekeren vanwege de

---

18. Ingesteld ex art. 25 EIV 2015.

grenzen van haar soevereiniteit, doet aan dat beginsel niet af.<sup>19</sup> Ook waar de EIV 2015 niet geldt, gaat het Nederlandse recht er dus vanuit dat het faillissement het gehele vermogen van de Nederlandse failliet omvat en dat de curator bevoegd is ten aanzien van dat vermogen (art. 20 en 68 lid 1 Fw).<sup>20</sup>

Wat betreft verhaal door buitenlandse schuldeisers buiten het faillissement om, geldt dan ook een met art. 23 EIV 2015 vergelijkbare regel: schuldeisers die na het uitspreken van het faillissement hun vordering – op welke wijze dan ook – verhalen op buitenlandse activa van de Nederlandse failliet, zijn verplicht het ontvangene af te staan aan de boedel (art. 203 Fw). Daarbij geldt, net als onder de EIV 2015, een uitzondering voor degenen die een voorrangrecht toekomt op de desbetreffende goederen. Of de buitenlandse schuldeiser een voorrangpositie heeft, wordt beoordeeld op basis van het buitenlandse recht waaraan de schuldeiser voorrang meent te ontnemen. Als dat buitenlandse recht inderdaad voorrang toekent aan het recht van de schuldeiser en die voorrangpositie naar inhoud of strekking kan worden gelijkgesteld met een Nederlands voorrangrecht, dan is afdracht door de schuldeiser niet aan de orde.<sup>21</sup>

Hoewel de Nederlandse curator naar Nederlands IPR bevoegd is ten aanzien van de activa van de failliet buiten de EU, is de praktische uitvoerbaarheid daarvan minder eenvoudig. Omdat buiten het toepassingsbereik van de EIV 2015 een uitgewerkt juridisch kader ontbreekt, is de Nederlandse curator immers overgeleverd aan de lokale autoriteiten voor erkenning van zijn gezag c.q. toekenning van enige feitelijke bevoegdheid.<sup>22</sup> Een in de praktijk vaak succesvolle route voor een Nederlandse curator om zeggenschap te verkrijgen over buitenlandse activa teneinde tot vereffening te kunnen overgaan, is het bewerkstelligen van erkenning van het Nederlandse faillissement in het land waar de activa zich bevinden. Sommige landen kennen een wettelijke regeling op grond waarvan het Nederlandse faillissement relatief eenvoudig wordt erkend. Dit geldt onder andere voor de VS<sup>23</sup> en het Verenigd Koninkrijk<sup>24</sup> die beide de erkenningsregeling uit de MLCBI hebben geïmplementeerd, zij het dat de laatste gebruik heeft

19. HR 15 april 1955, *NJ* 1955/542 (Kallir/Comfin).

20. HvJ EU 16 januari 2014, C-328/12, *RI* 2014/29 (Schmid/Hertel).

21. HR 11 juli 2014, *JOR* 2014/254 (Seacastle).

22. Vgl. HvJ EU 16 januari 2014, C-328/12, *RI* 2014/29 (Schmid/Hertel).

23. Art. 1515 e.v. US Bankruptcy Code.

24. Art. 15 e.v. Cross-Border Insolvency Regulations 2006 (CBIR; SI 2006/1030). Voor insolventies uitgesproken vóór 1 januari 2021 (CET) is de EIV 2015 van (overeenkomstige) toepassing. Nederlandse faillissementen van voor die datum worden dus van rechtswege in het Verenigd Koninkrijk erkend.

gemaakt van de mogelijkheid om daarbij af te wijken van bijvoorbeeld art. 25 MLCBI.<sup>25</sup> De regeling uit de MLCBI komt neer op het volgende.

In het land waar erkenning is gewenst (het aangezochte land), wordt gebruikgemaakt van een *foreign representative*. Deze (rechts)persoon is aangewezen door de curator die de erkenning verzoekt, en is (mede) bevoegd om het beheer te voeren bij een reorganisatie, of om het vermogen te vereffenen bij een liquidatie.<sup>26</sup> Vaak is de *foreign representative* de bewindvoerder of curator; het kan echter ook iemand zijn uit Nederland of het aangezochte land. De *foreign representative* dient bij de rechter in het aangezochte land een verzoek in tot erkenning van het Nederlandse faillissement. Bij dat verzoek wordt bewijs overgelegd van het uitspreken van het Nederlandse faillissement, de aanstelling van de Nederlandse curator en een overzicht van eventuele andere insolventieprocedures die lopen ten aanzien van de failliet.<sup>27</sup> Als aan dergelijke formele voorwaarden is voldaan, wordt het Nederlandse faillissement erkend als *foreign main proceeding* of als *foreign non-main proceeding*. Als het *centre of main interest* (COMI) van de failliet ten tijde van het erkenningsverzoek in Nederland ligt, geldt het Nederlandse faillissement als een *foreign main proceeding*.<sup>28</sup> Als dat niet zo is en het Nederlandse faillissement betrekking heeft op een vestiging van de failliet, vindt erkenning als *foreign non-main proceeding* plaats.<sup>29</sup>

Vaak is het zo dat er voorlopige voorzieningen kunnen worden getroffen hangende de erkenningsprocedure indien dat nodig is om de activa of schuldeisers van de failliet in het aangezochte land te beschermen. Denk hierbij aan schorsing van executie jegens de failliet of schorsing van het recht om activa van de failliet te bezwaren.<sup>30</sup> Zodra het Nederlandse faillissement is erkend als *foreign main proceeding*, treedt een aantal insolventierechtelijke bepalingen uit het aangezochte land automatisch in werking.<sup>31</sup> Een voorbeeld is een *automatic stay*, die vergelijkbaar is met onze afkoelingsperiode en het algemene faillissementsbeslag. Voorts worden executiemaatregelen geschorst en is de failliet niet meer bevoegd om op welke wijze dan ook over haar activa te beschikken behoudens uitzonderingen conform het insolventierecht van het aangezochte land. Vanaf het moment van erkenning

---

25. Zo bevat art. 25 MLCBI een verplichting tot samenwerking (*shall*) maar art. 25 CBIR 2006 een bevoegdheid (*may*).

26. Art. 2 onder d MLCBI.

27. Art. 15 MLCBI; zie voor enkele vermoedens die de buitenlandse rechter mag hanteren art. 16 lid 2 MLCBI.

28. Art. 16 lid 3 MLCBI.

29. Art. 17 lid 2 jo art. 16 lid 3 jo art. 2 onder f MLCBI.

30. Zie art. 19 MLCBI in combinatie met art. 21 lid 1 onder c, d en g MLCBI.

31. Art. 20 MLCBI.

kan de *foreign representative* ook om voorzieningen vragen die niet al door de erkenning automatisch waren toegepast.<sup>32</sup> Afhankelijk van het recht van de aangezochte jurisdictie kan de *foreign representative* nog allerlei aanvullende verzoeken doen.<sup>33</sup> Op de voorzieningen zijn meestal wel met het Nederlandse faillissementsrecht vergelijkbare uitzonderingen van toepassing, bijvoorbeeld voor verrekening door schuldeisers of voor executie door zekerheidsgerechtigden. Bij het treffen van voorzieningen dient de rechter van het aangezochte land zich er telkens van te vergewissen dat de belangen van de lokale schuldeisers en andere belanghebbenden, waaronder de failliet zelf, voldoende zijn gewaarborgd.<sup>34</sup>

### 3.3. De praktijk

#### 3.3.1. *Erkenning faillissement in de VS: Upper Deck International*

Op 10 februari 2012 werd Upper Deck International B.V. (UDI) voorlopige surseance van betaling verleend. Op 14 februari 2012 is de surseance omgezet in faillissement.<sup>35</sup> De curator constateerde dat UDI in een procedure bij een rechtbank in Californië was betrokken in verband met vervalsing. Daarnaast kwam UDI een vordering toe uit hoofde van een koopovereenkomst naar het recht van New York, met in die koopovereenkomst een forumkeuze voor de rechter van New York. Om over deze vorderingen te kunnen beschikken, wilde de curator het Nederlandse faillissement laten erkennen in New York. Zij diende daartoe een verzoek in bij de US Bankruptcy Court, Southern District of New York. Het Nederlandse faillissement werd erkend als een *foreign main proceeding*, waardoor de curator bevoegd werd ten aanzien van de vordering uit hoofde van de koopovereenkomst en mocht tussenkomen in de Californische procedure.

#### 3.3.2. *Erkenning faillissement in Zwitserland: Petroplus*

Op 6 augustus 2012 werd Petroplus International B.V. (Petroplus) in staat van faillissement verklaard door de rechtbank Rotterdam.<sup>36</sup> Tot de boedel behoorde een vordering op een insolvente Zwitserse groepsvennootschap. De Nederlandse curator verzocht erkenning van het Nederlandse faillissement in Zwitserland om daar een positie te verkrijgen in de insolventieprocedure van de Zwitserse groepsmaatschappij ten aanzien van de vordering. De EIV 2015 noch MLCBI

---

32. Art. 21 lid 1 MLCBI.

33. Art. 21 lid 1(g) MLCBI.

34. Vgl. art. 22 en 23 MLCBI.

35. Rb. Amsterdam 14 februari 2012, insolventienr. F.12/98.

36. Rb. Rotterdam 6 augustus 2012, insolventienr. F.12/538.

was van toepassing. Na bot te hebben gevangen bij lagere rechters, willigde de hoogste Zwitserse rechter het erkenningsverzoek in.<sup>37</sup> Het gevolg was dat er een Zwitserse territoriale procedure werd geopend.<sup>38</sup> Deze procedure beperkte zich tot de in Zwitserland aanwezige activa van Petroplus. Niet de Nederlandse curator maar de Zwitserse insolventieautoriteit (*Konkursamt*) wikkeld de procedure conform Zwitsers insolventierecht af. De opbrengst van de Zwitserse activa werd eerst gebruikt om preferente schuldeisers in Zwitserland te voldoen, waarna het restant zou worden afgedragen aan de Nederlandse curator.<sup>39</sup>

### 3.3.3. *Geen erkenning faillissement in India: Jet Airways*

Op 21 mei 2019 werd het faillissement van Jet Airways (India) Ltd (Jet Airways) uitgesproken door de rechtbank Noord-Holland.<sup>40</sup> Ondanks dat de vennootschap haar statutaire zetel heeft in Mumbai, achtte de Nederlandse rechter zich bevoegd omdat Jet Airways in Nederland een beroep of bedrijf uitoefende en kantoor hield op Schiphol (art. 2 lid 4 Fw). De EIV 2015 noch MLCBI was van toepassing. Vanuit Nederlands perspectief omvatte de faillissementsboedel niet alleen de vermogensbestanddelen in Nederland – waaronder beweerdelijk een op Schiphol gestationeerde Boeing 777 waarop beslag was gelegd door de aanvragers van het faillissement<sup>41</sup> – maar ook de activa in India en de rest van de wereld. Dit was in India evenwel zonder betekenis omdat India het Nederlandse faillissement niet erkende. Ook binnen de EU kon de Nederlandse curator weinig beginnen omdat Jet Airways geen Europese COMI had, zodat de EIV 2015 niet van toepassing was.<sup>42</sup> Zodoende had hij niet van rechtswege een positie in Frankrijk, waar zich een kantoor van Jet Airways bevond, en evenmin in Engeland<sup>43</sup>, waar een goed gevulde bankrekening door de Engelse fiscus was beslagen. Kort na het Nederlandse faillissement werd echter in India een herstructureringsprocedure (*resolution process*) geopend ten aanzien van Jet Airways. De

37. Schweizerisches Bundesgericht 27 maart 2015, *JOR* 2015/219.

38. Het Zwitserse insolventierecht is gewijzigd per 1 januari 2019 en maakt erkenning van een Nederlands faillissement iets eenvoudiger, zie art. 166 e.v. Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht.

39. Zover kwam het niet, want hangende de erkenningsprocedure werd de vordering op de Zwitserse groepsvennootschap overgedragen door de curator aan een derde, die een schikking heeft getroffen.

40. Rb. Noord-Holland 21 mei 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:5425.

41. Het vliegtuig bleek eigendom te zijn van een Amerikaanse vliegtuigleasemaatschappij. Nadat het beslag was opgeheven is het vliegtuig tijdens het faillissement in eigendom overgedragen aan Jet Airways en vervolgens vanuit de boedel door de Nederlandse curator met instemming van de Indiase *resolution professional* verkocht aan een Amerikaanse koper.

42. Considerans EIV 2015, nr. 25.

43. Destijds was het Verenigd Koninkrijk nog lid van de EU.



Prof. mr. R.D. Vriesendorp, mr. W. van Kesteren, mr. R. Elkerbout-Kok, mr. T. Ticheloven

Nederlandse curator en zijn Indiase tegenpool (*resolution professional*) hebben vervolgens een samenwerkingsprotocol gesloten, dat door de Nederlandse en Indiase rechter is goedgekeurd (zie hierover verder paragraaf 6.3.3). Ook al betekende dit nog niet een erkenning van de Nederlandse procedure in India, de Nederlandse curator kreeg zo toch een beetje voet aan de grond in India. Waar het activa in Nederland betrof, werd hij namelijk vanaf dat moment betrokken bij de afwikkeling van de insolventie van Jet Airways in India. Overigens kreeg de curator geen bevoegdheid ten aanzien van de activa van Jet Airways in India.

#### 3.3.4. *Erkenning surseance van betaling in de VS: Isolux*

Op 28 juli 2016 werd voorlopige surseance van betaling verleend aan Grupo Isolux Corsán Finance B.V. (Isolux), de Nederlandse financieringsmaatschappij van Grupo Isolux Corsán, een Spaanse ingenieurs- en bouwconcern met wereldwijde activiteiten.<sup>44</sup> Isolux had voor een aanzienlijk bedrag door New Yorks recht beheerste obligaties uitgegeven. Om zich de obligatiehouders in de VS van het lijf te houden, heeft de bewindvoerder een verzoek tot erkenning van de surseance als *foreign main proceeding* ingediend bij de US Bankruptcy Court, Southern District of New York. Dit verzoek werd toegewezen, met als gevolg een *automatic stay*.<sup>45</sup> Omdat de surseance niet tot gevolg heeft dat het bestuur volledig beschikkingsonbevoegd wordt ten aanzien van het vermogen van de failliet, werd in dit geval niet de bewindvoerder maar een bedrijfsjurist van Isolux gemachtigd als *foreign representative*.

#### 3.3.5. *Erkenning Curaçaose noodregeling in de VS: ENNIA*

Op 4 juli 2018 heeft het Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao op verzoek van de Centrale Bank van Curaçao en Sint-Maarten de Curaçaose noodregeling<sup>46</sup> van toepassing verklaard op de Curaçaose verzekeringsmaatschappij ENNIA Caribe Holding N.V. en enkele gelieerde vennootschappen (gezamenlijk: ENNIA).<sup>47</sup> Een deel van het vermogen van ENNIA werd aangehouden op bank- en effectenrekeningen bij Merrill Lynch in New York. Om dit vermogen naar Curaçao te kunnen overbrengen en onderdeel uit te laten maken van de noodregeling, is een verzoek ingediend tot erkenning van de noodregeling als *foreign main*

44. Rb. Amsterdam 28 juli 2016, insolventienr. C.13/16/37.

45. US Bankruptcy Court, Southern District of New York 3 augustus en 17 november 2016, case no. 1612202 (SHL) Grupo Isolux Corsan Finance B.V.

46. Dit is de Antilliaanse pendant van de vroegere Nederlandse noodregeling in 3:160 Wft (oud), die heeft te gelden als een insolventieprocedure.

47. Gerecht in Eerste Aanleg van Curaçao 4 juli 2018, *JOR* 2019/12.



De internationale dimensie van het faillissement: een quick reference guide voor de curator

*proceeding* in de VS met aanwijzing van de Nederlandse advocaat van ENNIA als *foreign representative*. Dit erkenningsverzoek is toegewezen.<sup>48</sup>

### 3.3.6. Geen erkenning in Brazilië en de VS: Oi

Vanaf 2016 werden het Braziliaanse telecombedrijf Oi S.A. en haar groepsmaatschappijen in Brazilië geherstructureerd. Tot het concern behoorden twee Nederlandse financieringsmaatschappijen. Naar Braziliaans recht lag hun COMI in Brazilië en werden zij daarom betrokken in de geconsolideerde Braziliaanse herstructureringsprocedure (*recuperação judicial*). Toen aan de Nederlandse financieringsmaatschappijen surseance van betaling<sup>49</sup> werd verleend en dit later werd omgezet in faillissement, zagen de Nederlandse bewindvoerders/curatoren zich geconfronteerd met het feit dat Brazilië uitgaat van het territorialiteitsbeginsel ten aanzien van buitenlandse insolventieprocedures. Als gevolg hiervan werden noch de Nederlandse surseances van betaling en opvolgende faillissementen noch de bewindvoerders/curatoren erkend in Brazilië. Omgekeerd werd de Braziliaanse herstructureringsprocedure niet erkend in Nederland. De VS erkenden de Braziliaanse procedure wel als *foreign main proceeding*, ook ten aanzien van de Nederlandse entiteiten.

De Nederlandse curatoren hebben getracht in de VS erkenning van de Nederlandse insolventieprocedures in plaats van de Braziliaanse herstructureringsprocedure als *foreign main proceeding* te bewerkstelligen, om zo enige bevoegdheid te verkrijgen ten aanzien van de activa van de Nederlandse vennootschappen in de VS. Hun argument was dat de COMI van de Nederlandse vennootschappen in Nederland lag. De Amerikaanse rechter weigerde echter om de erkenning van de Braziliaanse procedure in te trekken ten gunste van de Nederlandse faillissementen. De rechter hanteerde daarbij een ander COMI-begrip dan het Nederlandse recht doet,<sup>50</sup> en bleef van mening dat de COMI van de Nederlandse vennootschappen in Brazilië lag.<sup>51</sup> De Nederlandse curatoren stonden daardoor

---

48. US Bankruptcy Court, Southern District of New York 20 december 2018, *JOR* 2019/113.

49. Voorafgegaan door een korte periode van stille bewindvoering.

50. Deze zaak laat goed zien dat het COMI-begrip in art. 3 EIV 2015 en in art. 16 en 17 lid 2 onder a MLCBI niet hetzelfde is. Bij art. 3 EIV 2015 gaat het om de beoordeling op het tijdstip waarop een rechter wordt gevraagd om een insolventieprocedure te openen, terwijl het vermoeden van art. 16 en 17 lid 2 onder a MLCBI ziet op het tijdstip waarop de buitenlandse rechter moet oordelen over een verzoek om erkenning van de eerder geopende Nederlandse procedure als *foreign main proceeding*.

51. US Bankruptcy Court, Southern District of New York 4 december 2017, *JOR* 2018/57.

Prof. mr. R.D. Vriesendorp, mr. W. van Kesteren, mr. R. Elkerbout-Kok, mr. T. Ticheloven

machteloos ten aanzien van de activa van de Nederlandse faillieten in Brazilië en de VS.<sup>52</sup>

#### **4. Buitenlandse bestuurders**

##### *4.1. Bestuurders binnen de EU*

Indien een Nederlandse failliete vennootschap Europese bestuurders heeft, speelt hun buitenlandse status onder andere een rol als de curator hen aansprakelijk wil stellen. De belangrijkste grondslagen van Nederlands recht voor een door een curator in te stellen civiele bestuurdersaansprakelijkheidsvordering zijn art. 2:9 BW, art. 2:138/248 BW en art. 6:162 BW (Peeters/Gatzen). Waar het gaat om buitenlandse bestuurders, is de vraag welke rechter ten aanzien van die vordering bevoegd is en door welk recht een dergelijke vordering wordt beheerst. Vervolgens is de vraag hoe een voor de curator gunstige beslissing van de rechter ten uitvoer kan worden gelegd.

De vordering ex art. 2:9 BW ziet op schade geleden door de failliete vennootschap als gevolg van onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur. Het is geen specifieke uit het faillissement van de vennootschap voortvloeiende vordering. De vordering kan immers buiten faillissement door de vennootschap zelf worden ingesteld. Rechtsmacht ten aanzien van zo'n vordering wordt daarom beheerst door de herschikte EEX-Verordening (EEX 2012).<sup>53</sup> Een bestuurder mag worden aangesproken voor de rechter van de lidstaat waar hij domicilie heeft (art. 4 lid 1 EEX 2012) of waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan of kan voordoen (art. 7 lid 2 EEX 2012). Het toepasselijke recht wordt bepaald aan de hand van het IPR van het land van de desbetreffende rechter. Indien een Nederlandse rechter bevoegd is, zal hij op grond van art. 10:119 onder d BW het incorporatiebeginsel volgen en Nederlands recht toepassen nu het gaat om een Nederlandse failliet.

Een vordering uit hoofde van art. 2:138/248 BW is een insolventie-gerelateerde vordering, omdat deze rechtstreeks voortvloeit uit, en nauw verband houdt met, het faillissement en uitsluitend door een curator kan worden ingesteld. Dat

---

52. Zie ook het interview met de Nederlandse curatoren in J.H. Overduin & J.M.W. Pool, 'De curator in de spagaat: tussen Nederlandse taakuitoefening en het belang van een internationale herstructurering', *TvI* 2020/9.

53. Verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking).

brengt mee dat rechtsmacht ten aanzien van de vordering moet worden bepaald aan de hand van art. 6 EIV 2015. Zodoende is de rechter bevoegd van de lidstaat waar de faillissementsprocedure is geopend; in beginsel dus de rechter van de lidstaat waar de COMI van de vennootschap is gelegen (considerans 35, art. 6 jo. art. 3 lid 1 en art. 32 lid 1 EIV 2015). Het toepasselijk recht is het recht van de lidstaat waar de faillissementsprocedure is geopend (art. 7 lid 1 EIV 2015). In geval van een Nederlandse vennootschap die in Nederland failliet is verklaard, is dus de Nederlandse rechter bevoegd en zal die art. 2:138/248 BW toepassen. Let wel dat art. 2:11 BW niet van toepassing is op de interne verhouding tussen de buitenlandse vennootschap-bestuurder en diens bestuurder. Er vindt dus niet automatisch doorbraak van aansprakelijkheid plaats naar de bestuurder van de buitenlandse vennootschap-bestuurder.<sup>54</sup>

Een vordering van de curator gebaseerd op art. 6:162 BW is geen insolventie-gerelateerde vordering.<sup>55</sup> Voor rechtsmacht geldt daarom hetzelfde als voor een vordering ex art. 2:9 BW: een bestuurder mag worden aangesproken voor de rechter van de lidstaat waar hij domicilie heeft (art. 4 lid 1 EEX 2012) of waar de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan of kan voordoen (art. 7 lid 2 EEX 2012). Dit kan de rechter zijn van de plaats van vestiging van de failliet als deze geen verhaal biedt en de curator in het kader van de afwikkeling van de boedel een op onrechtmatige daad gebaseerde collectieve actie heeft ingesteld ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>56</sup> Welk recht moet worden toegepast, hangt af van de aard van het verwijt dat de curator de bestuurder maakt. Als het gaat om een algemene onrechtmatige daad, dan moet op grond van art. 4 lid 1 Rome II<sup>57</sup> het recht worden toegepast van het land waar zich de initiële schade heeft voorgedaan (*lex loci damni*).<sup>58</sup> Gaat het om een onrechtmatige daad die voortvloeit uit het vennootschapsrecht, dan moet het toepasselijk recht worden bepaald op basis van het IPR van de bevoegde rechter. Naar Nederlands recht zal dit hetzelfde recht zijn, nu art. 10:159 BW Rome II

---

54. HR 18 maart 2011, *NJ* 2011/132 (D-Groep/Schreurs q.q.) en HR 21 juni 2013, *NJ* 2013/353 (MyGuide). Zie over deze problematiek ook I.J. van Vloten, *Doorbraak van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement*, Weert: Celsus 2021.

55. HvJ EU 6 februari 2019, C-535/17, *NJ* 2020/387 (NK/BNP Paribas Fortis).

56. HvJ EU 10 maart 2022, *JOR* 2022/190 (ZK/BMA).

57. Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 11 juni 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen (Rome II).

58. Gezien de aard en de omvang van deze bijdrage laten wij de invulling van het begrip *lex loci damni* in bestuurdersaansprakelijkheidszaken verder buiten beschouwing. De geïnteresseerde lezer wordt verwezen naar de algemene literatuur over het IPR en meer specifiek naar L.P. Kortmann, 'Het toepasselijk recht op de vordering uit onrechtmatige daad jegens de bestuurder: keuzevrijheid versus rechtszekerheid?', in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Prof. mr. R.D. Vriesendorp, mr. W. van Kesteren, mr. R. Elkerbout-Kok, mr. T. Ticheloven

van overeenkomstige toepassing verklaart op onrechtmatige-daadvorderingen die buiten het toepassingsbereik van Rome II vallen. Let wel dat ook hier weer, net als bij de vordering op grond van art. 2:138/248 BW, art. 2:11 BW niet van toepassing is op de interne verhouding tussen de buitenlandse vennootschap-bestuurder en diens bestuurder.

Binnen de EU (behoudens Denemarken) wordt niet alleen het Nederlandse faillissement van rechtswege erkend maar ook iedere andere rechterlijke beslissing van de Nederlandse rechter die daarmee samenhangt (art. 19 lid 1 en 32 lid 1 EIV 2015 voor een vordering gebaseerd op art. 2:138/248 BW). Erkenning van een beslissing in een andere lidstaat kan alleen worden geweigerd als de beslissing in strijd wordt geacht met de openbare orde van die andere lidstaat (art. 33 EIV 2015), maar een beroep hierop moet met de grootst mogelijke terughoudendheid worden toegekend.<sup>59</sup> Beslissingen die niet met de faillissementsprocedure samenhangen en buiten de reikwijdte van de EIV 2015 vallen, zoals de toewijzing van vorderingen ex 2:9 en 6:162 BW, worden in beginsel erkend op grond van EEX 2012 (art. 32 lid 2 jo art. 39 EEX 2012). De Nederlandse curator kan dus een veroordeling van een bestuurder zonder formaliteiten ten uitvoer leggen binnen de EU (behoudens Denemarken).

Los van juridische vragen van rechtsmacht, toepasselijk recht en executie, kunnen zich praktische problemen voordoen indien de bestuurders van de failliet zich buiten Nederland bevinden. Zo mag ervan worden uitgegaan dat de inlichtingen- en medewerkingsplicht ex art. 105 en 105a Fw ook op buitenlandse bestuurders rust, maar als zij niet in Nederland verblijven dan is effectuering daarvan lastig.<sup>60</sup> Ook het verhalen van een toegewezen vordering op het vermogen van buitenlandse bestuurders is vaak moeilijk. De curator kan gebruik maken van internationale *asset tracing* en *asset recovery* diensten, zoals Fraud-Net van de International Chamber of Commerce's Commercial Crime Services Unit<sup>61</sup> en het Anti-Fraud Forum van INSOL Europe<sup>62</sup>. Indien bekend is in welke jurisdictie de verhaalsobjecten zich bevinden, kan de curator gericht onderzoek (laten) doen in de desbetreffende jurisdictie.<sup>63</sup> Voor zover de boedel on-

---

59. Considerans EIV 2015, nr. 65 en HvJ EU 2 mei 2006, NJ 2010/93 (Eurofood).

60. O.a. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude*, Deventer: Kluwer 2009, p. 46.

61. [www.icc-ccs.org/home/fraudnet](http://www.icc-ccs.org/home/fraudnet).

62. [www.insol-europe.org/antifraud-forum-introduction-and-members](http://www.insol-europe.org/antifraud-forum-introduction-and-members).

63. Zie J.C. Jorgensen, *Finding, Freezing and Attaching Assets: A Multi-Jurisdictional Handbook*, Kluwer Law International 2016, waarin voor 19 jurisdicties per vermogenbestanddeel wordt uiteengezet hoe die zou kunnen worden getraceerd in de desbetreffende jurisdictie.

toereikend is om de kosten van het verhaalsonderzoek te dragen, kan de curator gebruik maken van de Garantstellingsregeling curatoren 2012.<sup>64</sup>

#### 4.2. *Bestuurders buiten de EU*

Als de bestuurders van de failliet entiteiten of personen zijn uit Denemarken of van buiten de EU, dan geldt de EIV 2015 alsnog voor de door de curator in te stellen vordering ex art. 2:138/248 BW. Zoals hierboven aangegeven is dit immers een insolventie-gerelateerde vordering, zodat de rechter van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend bevoegd is ten aanzien van die vordering ongeacht de woonplaats van de aangesproken bestuurder (art. 6 jo. art. 3 lid 1 EIV 2015).<sup>65</sup> Zoals beschreven in paragraaf 4.1, is het toepasselijk recht het recht van de lidstaat waar de faillissementsprocedure is geopend (art. 7 lid 1 EIV 2015).

Voor andere dan insolventie-gerelateerde vorderingen gelden buiten de EU de EIV 2015, EEX 2012 en Rome II niet. Rechtsmacht en toepasselijk recht moeten in dat geval worden bepaald op basis van het commune IPR. De curator van een Nederlandse failliete vennootschap kan bij de Nederlandse rechter terecht voor een verwijt aan het bestuur op grond van onbehoorlijke taakvervulling (art. 6 onder a of h Rv) of onrechtmatige daad (art. 6 onder e Rv). De Nederlandse rechter zal op grond van het Nederlandse IPR het incorporatiebeginsel gebruiken en Nederlands recht toepassen op de eerste vordering (art. 10:119 onder d BW jo art. 2:9 BW). Op de tweede vordering is art. 4 lid 1 Rome II van overeenkomstige toepassing ondanks dat deze vordering buiten het toepassingsbereik van Rome II valt (art. 10:159 BW). De Nederlandse rechter zal dus op die vordering het recht toepassen van het land waar de initiële schade is geleden (*lex loci damni*).

Voor zover de curator een veroordelend vonnis vervolgens buiten de EU wil executeren, loopt hij aan tegen erkenningsproblematiek. De EIV 2015 speelt immers geen rol voor de vraag naar de effecten van een Nederlands faillissement

---

64. De Garantstellingsregeling curatoren 2012 bevat geen uitzondering of beperking waar het gaat om aansprakelijkstellingen van buitenlandse bestuurders. Het enige vereiste in dit verband is dat het gaat om de afwikkeling van een faillissement van een rechtspersoon naar Nederlands recht (Toelichting bij art. 2 Garantstellingsregeling curatoren 2012, *Stb* 2012, nr. 3973). In het voorontwerp Garantstellingsregeling curatoren 2023 wordt het bereik zelfs uitgebreid tot de afwikkeling van een in Nederland uitgesproken faillissement van een in het Handelsregister ingeschreven rechtspersoon (Ontwerp toelichting bij art. 2 Voorontwerp Garantstellingsregeling 2023, [www.internetconsultatie.nl/gsr2023](http://www.internetconsultatie.nl/gsr2023)).

65. HvJ EU 16 januari 2014, *RJ* 2014/29 (Schmid/Hertel).

in Denemarken en buiten de EU. Wegens het ontbreken van een gemeenschappelijk instrument moet de werkingssfeer van het Nederlandse faillissement afzonderlijk worden vastgesteld. Behalve als er een erkennings- en tenuitvoerleggingsverdrag of andere bilaterale overeenkomst met het desbetreffende land is, zal de curator eerst een exequaturprocedure moeten doorlopen alvorens tot tenuitvoerlegging te kunnen overgaan. Een andere oplossing kan zijn dat de curator zich verhaalt op activa van de bestuurder die zich in een van de EU-lidstaten bevinden<sup>66</sup> of om het Nederlandse faillissement te laten erkennen in het desbetreffende buitenland zodat het faillissement, haar effecten en de bijbehorende bevoegdheid van de curator daar alsnog gelden (zie paragraaf 3.2).

#### 4.3. *De praktijk*

##### 4.3.1. *Amerikaanse rechter niet bevoegd: KPNQWest*

Een Nederlandse curator kan naast, of in plaats van, de Nederlandse rechter een buitenlandse rechter benaderen om een bestuurder van buiten de EU aan te spreken. Dit hebben de curatoren van het failliete KPNQWest N.V. geprobeerd in de VS. Zij spraken daar enkele voormalige, buitenlandse bestuurders aan tot betaling van een schadevergoeding, die bij toewijzing tot drie keer zo groot zou kunnen zijn als in Nederland. De curatoren voerden als grond voor de bevoegdheid van de Amerikaanse rechter aan dat twee gedaagden domicilie hadden in de VS. De gedaagden wierpen echter met succes een bevoegdheidsincident op. De rechter achtte zich om verschillende redenen een *forum non conveniens*. Met name omdat er al een procedure van de Vereniging van Effectenbezitters tegen gedaagden in Nederland liep, Nederland een adequaat alternatief forum bood, en er geen belang voor Amerika was bij deze procedure zodat de rechter geen reden zag om het Amerikaanse rechtstelsel met de procedure te belasten.<sup>67</sup>

## 5. **Buitenlandse schuldeisers**

### 5.1. *Schuldeisers binnen de EU*

Als de failliete vennootschap zaken deed buiten Nederland, zal zij waarschijnlijk buitenlandse schuldeisers hebben. De Nederlandse curator is verplicht om bekende schuldeisers binnen de EU direct in kennis te stellen van het Nederlandse faillissement (art. 54 lid 1 EIV 2015). De curator dient de schuldeisers individueel te benaderen en hen in te lichten over hoe zij hun vordering kunnen

66. HvJ EU 16 januari 2014, *RI* 2014/29 (Schmid/Hertel).

67. US District Court of New Jersey 17 oktober 2006, *JOR* 2007/23.

indienen, de geldende termijnen en de sancties die op overschrijding van die termijnen staan. De curator maakt daarbij gebruik van een standaardformulier ex art. 88 EIV 2015. Dit formulier wordt ook gepubliceerd in het Europees Insolventieregister (art. 54 lid 2 EIV 2015). Om de bekendheid van het faillissement te vergroten en zoveel mogelijk schulden en schuldeisers bij de afwikkeling te kunnen betrekken, kan de curator gebruik maken van de mogelijkheden beschreven in paragraaf 3.1. Zo moet de curator het Nederlandse faillissement laten publiceren in elke lidstaat waar de failliet een vestiging heeft (art. 28 lid 1 EIV 2015), en kan hij dit doen waar de curator dit noodzakelijk acht (art. 28 lid 2 EIV 2015). Ook moet of kan de curator het faillissement laten registreren in de lokale publieke registers (art. 29 lid 1 dan wel lid 2 EIV 2015).<sup>68</sup>

De indiening van vorderingen vindt plaats in overeenstemming met het Nederlandse faillissementsrecht (art. 7 lid 2 onder h EIV 2015 en art. 53 EIV 2015 jo art. 110 Fw; vgl. art. 45 lid 2 EIV 2015). De schuldeisers mogen gebruikmaken van een Europees standaardformulier (art. 55 lid 1 jo art. 88 EIV 2015). Voor zover een verificatievergadering wordt gehouden, is het mogelijk de rechter-commissaris te vragen te bepalen dat deze (mede) via een elektronisch communicatiemiddel zal plaatsvinden (art. 108 jo art. 80a Fw). Een eventueel akkoord, beslissing op een renvooiprocedure en vaststelling van de uitdelingslijst worden automatisch erkend in de lidstaten waar de EIV 2015 geldt nu deze rechterlijke beslissingen zien op het beloop en de beëindiging van de faillissementsprocedure dan wel rechtstreeks voortvloeien uit die procedure en daarmee nauw verbandhouden (art. 32 EIV 2015; vgl. art. 6 EIV 2015). Tenuitvoerlegging is dan ook mogelijk zonder dat verdere formaliteiten in acht hoeven te worden genomen, mits voldaan wordt aan de eisen van art. 39-44 en 47-57 EEX 2012 (art. 32 lid 1 EIV 2015).

De curator kan worden geconfronteerd met aanspraken van schuldeisers op buitenlandse zekerheidsrechten. Het Nederlandse faillissement laat zakelijke rechten van schuldeisers en derden op activa van de failliet in andere lidstaten onverlet (art. 8 lid 1 EIV 2015). Voor schuldeisers met een zekerheidsrecht of eigendomsvoorbehoud geldt bovendien dat zij zich mogen blijven verhalen op de activa van de failliet binnen en buiten Nederland behoudens een secundaire procedure (art. 21 lid 1 jo art. 8 en art. 10 EIV 2015), zie paragraaf 3.1. Voor

---

68. Deze verplichting op grond van art. 29 lid 1 EIV 2015 betreft ook het handelsregister. Dit is kennelijk over het hoofd gezien in het hoger beroep in het faillissement van HeatWeed Technologies AB, waarin zij ten onrechte beperkt werd tot publicaties in de Staatscourant en het Centraal Insolventieregister. Zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 december 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:11175.



aanspraken op voorrang bestaat geen uitzondering op de hoofdregel dat het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend van toepassing is op die aanspraken. Buitenlandse schuldeisers in een Nederlands faillissement komt derhalve slechts voorrang toe in overeenstemming met het Nederlandse recht.<sup>69</sup> Als het recht dat van toepassing is op een bepaalde vordering van een buitenlandse schuldeiser verrekening in faillissement toestaat, zal de curator deze verrekening tegen de boedel moeten laten gelden (art. 9 lid 1 EIV 2015), tenzij sprake is van benadeling en nietigheid of vernietigbaarheid (art. 7 lid 2 onder m EIV 2015). Het effect van het Nederlandse faillissement op bestaande overeenkomsten wordt uitsluitend bepaald door Nederlands recht (art. 7 lid 2 onder e EIV 2015). Een uitzondering op deze hoofdregel geldt voor overeenkomsten die de schuldeiser het recht geven op verkrijging of gebruik van onroerend goed<sup>70</sup> en arbeidsovereenkomsten<sup>71</sup>. Het gevolg van het Nederlandse faillissement voor lopende procedures over een goed of recht dat tot de boedel behoort wordt niet beheerst door Nederlands recht, maar uitsluitend door het recht van de lidstaat waar de rechtsvordering aanhangig is (art. 18 EIV 2015). De curator zal dus steeds goed moeten kijken welk recht in een bepaalde situatie geldend is en vervolgens wat het desbetreffende recht in die situatie meebrengt.

## 5.2. *Schuldeisers buiten de EU*

Zoals beschreven in paragraaf 3.2, wordt het Nederlandse faillissement niet van rechtswege erkend in landen waar de EIV 2015 niet geldt en hoeven schuldeisers in die landen zich in principe niets aan te trekken van het Nederlandse faillissement. Zij kunnen zich blijven verhalen op de activa van de Nederlandse failliete vennootschap in het desbetreffende land. Ondanks de universele werking van het Nederlandse faillissement, erkent de Nederlandse rechter dat het Nederlandse faillissement geen einde maakt aan beslagen in landen waar het Nederlandse faillissement niet wordt erkend omdat art. 33 Fw daar niet geldt.<sup>72</sup>

Complicaties doen zich vooral voor bij de verificatie van vorderingen van buitenlandse schuldeisers. Omdat het Nederlands belastingklimaat als gunstig wordt

---

69. Zie voor een casus waarin de aanspraak op voorrang van Spaanse werknemers werd afgewezen omdat zij niet kwalificeerden als werknemers naar Nederlands recht en hun vordering slechts voortvloeide uit een Spaans vonnis: Rb. Amsterdam 13 september 2017, *JOR* 2018/22 (Palma c.s./Groenwegen q.q.), in cassatie gesanctioneerd (HR 16 juli 2021, *NJ* 2021/276).

70. Die worden beheerst door het recht van de lidstaat op het grondgebied waar het onroerende goed is gelegen (art. 11 EIV 2015).

71. Die worden beheerst door het recht van de lidstaat dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is (art. 13 EIV 2015).

72. Rb. Rotterdam 17 augustus 2011, *RI* 2012/14 (Seacastle).



ervaren door internationale concerns, worden Nederlandse vennootschappen regelmatig ingezet als financieringsvehikel. De Nederlandse vennootschap geeft dan obligaties uit, al dan niet gegarandeerd door de buitenlandse moedermaatschappij en/of andere buitenlandse groepsentiteiten, en leent de aldus ontvangen financiering door binnen de groep. Vaak worden de obligaties beheerst door het recht van New York of van Engeland en Wales om zo de internationale verhandelbaarheid van de obligaties, en daarmee hun marktwaarde, te vergroten. De structuur van deze obligaties levert praktische problemen op indien de uitgevende Nederlandse vennootschap failliet wordt verklaard, omdat die structuur niet aansluit bij het Nederlandse (faillissements)recht.<sup>73</sup>

Een eerste probleem is vaak de bevoegdheid ten aanzien van de vordering uit hoofde van de uitgegeven obligatie. De juridisch gerechtigde en de economisch gerechtigde zijn vaak niet dezelfde (rechts)persoon. Op grond van de onderliggende documentatie, ligt de bevoegdheid tot indiening van een vordering uit hoofde van de obligatie vaak bij een ander dan de bevoegdheid om te stemmen over een akkoord met betrekking tot de obligatie. In de surseance van Versatel is bepaald dat de economisch gerechtigden hun vordering mogen indienen, waar nodig met uitsluiting van de juridisch gerechtigde (*trustee*).<sup>74</sup> Uit de voorlopige surseances van Global Telesystems Europe B.V. en United Pan-Europe Communications N.V. volgt dat economisch gerechtigden in principe ook rechtstreeks mogen stemmen op een akkoord waarin hun vordering is betrokken.<sup>75</sup> Bij een faillissement is dit niet anders.

Een volgend probleem is de waardering van obligaties. Vaak is de waarde van de obligatie afhankelijk van verschillende factoren, zoals onderliggende producten, indices of resultaten van groepsvennootschappen van de uitgevende entiteit. Art. 131 en 133 Fw bieden wel enig aanknopingspunt maar niet meer dan dat. Elke vordering moet contant worden gemaakt, zodat er een concrete waarde kan worden geleverd. Dit zal in de meeste gevallen maatwerk zijn. Zo hebben de curatoren in het faillissement van Lehman Brothers Treasury Co B.V. twee jaar lang met behulp van een accountantskantoor en van de obligatiehouders gewerkt aan een waarderingmethode.<sup>76</sup>

---

73. Zie hierover uitgebreid O.Salah, *Obligatieherstructureren*, FR 2021/4 en FR 2012/5.

74. P.R.W. Schaik, *Surseance als vehikel voor debt-for-equity swaps*, in: OR 2003, p. 173. De Versatel-uitspraak lijkt niet te zijn gepubliceerd.

75. Rb. Amsterdam 21 februari 2002, *JOR* 2002/107 (GTS) en HR 26 augustus 2003, *JOR* 2003/211 (UPC).

76. Zie het tiende faillissementsverslag van Lehman Brothers d.d. 11 november 2011, p. 5-22.

Prof. mr. R.D. Vriesendorp, mr. W. van Kesteren, mr. R. Elkerbout-Kok, mr. T. Ticheloven

Tot slot kan communicatie met de gerechtigden tot de obligaties problemen opleveren. Het is vaak onbekend wie op welk moment precies het juridisch c.q. economisch eigendom van de obligaties houden omdat die vrij verhandelbaar zijn, nog los van het feit dat onbekend is hoe de gerechtigden bereikt kunnen worden. De obligatie-documentatie bevat bovendien vaak regels over de wijze van communiceren, die afwijken van wat de Faillissementswet voorschrijft. Ervaring heeft inmiddels geleerd dat communiceren via de betrokken clearing-systemen (Euroclear Banking Brussels S.A./N.V. en Clearstream Banking S.S. Luxembourg) vaak de meest efficiënte en effectieve manier is.<sup>77</sup>

### 5.3. De praktijk

#### 5.3.1. Verhaal door buitenlandse schuldeisers verhinderd: Starneth

Op 26 juni 2019 werd het Nederlandse faillissement uitgesproken van ingenieursbureau SNEXDXB B.V., voorheen Starneth.<sup>78</sup> Op dat moment liep een procedure in de VS over een reuzenradproject. In die procedure werd betaling van schadevergoeding door Starneth en enkele gelieerde Amerikaanse vennootschappen gevorderd. De curator verzocht erkenning van het Nederlandse faillissement als *foreign main proceeding*.<sup>79</sup> Dit verzoek werd toegewezen met een *automatic stay* als gevolg. Ook werd op verzoek van de curator als *foreign representative* de lopende procedure geschorst ten aanzien van Starneth.<sup>80</sup>

## 6. Samenloop met buitenlandse insolventieprocedures

### 6.1. Europese insolventieprocedures

Indien de Nederlandse failliet niet uitsluitend in Nederland maar ook elders activiteiten ontplooit, kan zich een samenloop van insolventieprocedures voordoen. Als sprake is van een vestiging in een of meer andere lidstaten waar de EIV 2015 geldt dan ligt samenloop van Europese insolventieprocedures het meest voor de

---

77. Zie O. Salah, *Obligatieherstructurerings, deel 2*, FR 2012/5 en D. Roffel & M.C.J. Peeters, 'De val van de Amerikaanse zakenbank Lehman Brothers en het lot van haar Amerikaanse dochter', *TvI* 2018/43.

78. Rb. Overijssel 26 juni 2019, insolventienr. F.08/19/176.

79. US Bankruptcy Court, Southern District of New York 17 december 2019, case no. 1:19-BK-13969.

80. Zie de openbare faillissementsverslagen van SNEXDXB, te raadplegen via het Centraal Insolventieregister.

hand (art. 34 EIV 2015). Veelvoorkomende varianten zijn de volgende twee.<sup>81</sup> De eerste variant is dat de failliet haar COMI in Nederland heeft en een vestiging in een andere lidstaat heeft of binnen drie maanden voorafgaand aan de opening van de hoofdinsolventieprocedure had. In dat geval is het Nederlandse faillissement de hoofdprocedure en de insolventieprocedure in de andere lidstaat een secundaire procedure. In de tweede variant is de COMI van de failliet niet gelegen in Nederland maar juist in een andere lidstaat en is er slechts een vestiging in Nederland. Het omgekeerde geldt dan: de Nederlandse procedure is een secundaire procedure en de insolventieprocedure in de andere lidstaat is de hoofdprocedure. Overigens is het mogelijk dat de failliet in meer dan één lidstaat een vestiging heeft of had, zodat er meer dan één secundaire procedure aanhangig kan zijn.

Een secundaire procedure kan worden aangevraagd door de insolventiefunctionaris in de hoofdprocedure, maar ook door een ieder die daartoe bevoegd is naar het recht van de lidstaat waar de aanvraag wordt ingediend (art. 37 lid 1 EIV 2015). De secundaire procedure heeft uitsluitend betrekking op de activa in de desbetreffende lidstaat (art. 3 lid 2 en 34 EIV 2015) en wordt gevoerd naar het recht van die lidstaat (behoudens de beperkingen zoals die ook gelden in de hoofdprocedure, art. 7 en 35 EIV 2015). Ondanks de territoriale beperking van de werking van de secundaire procedure, is de insolventiefunctionaris in die procedure wel bevoegd om in andere lidstaten (waar de EIV 2015 geldt) goederen terug te halen en vorderingen in te stellen tot nietigheid, vernietiging of niettegenwerpbaarheid van nadelige rechtshandelingen (art. 21 lid 2, 7 lid 2 onder m en 16 EIV 2015).

Voor zover het Nederlandse faillissement de secundaire procedure is, is de curator dus bevoegd om buiten Nederland op te treden teneinde de Nederlandse boedel te brengen in de stand waarin deze behoorde te zijn op het moment van het uitspreken van het Nederlandse faillissement. Als er in een secundaire procedure actief resteert na betaling van de schulden die onderdeel vormen van die procedure, keert de desbetreffende insolventiefunctionaris het overschot uit aan de boedel in de hoofdinsolventieprocedure, en vice versa (art. 49 EIV 2015).

---

81. Andere denkbare varianten zijn aanstelling van een Nederlandse curator in een secundaire procedure, waarbij er ook in andere lidstaten secundaire procedures lopen en in één lidstaat een hoofdprocedure. En de variant waarin de Nederlandse curator wordt aangesteld in een territoriale procedure, waarbij er in andere lidstaten ook territoriale procedures zijn zonder dat er ergens een hoofdinsolventieprocedure loopt zodat al die procedure territoriale procedures blijven.

Mocht in Nederland een hoofdprocedure lopen en de Nederlandse curator een secundaire procedure willen vermijden<sup>82</sup>, dan kan onder voorwaarden met een zogenoemde synthetische secundaire procedure worden volstaan (art. 36 jo art. 38 lid 2 EIV 2015).<sup>83</sup> Dit is mogelijk als de Nederlandse curator – kort gezegd – toezegt dat hij bij de vereffening van de buitenlandse activa de rechten zal respecteren die de schuldeisers in de andere lidstaat toekomen met betrekking tot voorrang en verdeling van de lokale activa op grond van het recht van die lidstaat. Die lokale schuldeisers moeten wel instemmen met de toezegging van de curator en, langs die weg, een synthetische secundaire procedure sanctioneren (art. 36 lid 5 EIV 2015). De goedgekeurde toezegging bindt de boedel en heeft tot gevolg dat het recht van de andere lidstaat van toepassing is op vergelijkbare wijze als het geval zou zijn indien een daadwerkelijke secundaire procedure zou zijn geopend (art. 36 lid 2 en lid 6 EIV 2015). Een echte secundaire procedure kan in zo'n geval uitsluitend nog worden aangevraagd binnen 30 dagen na kennisgeving van de bindende toezegging. De rechter wijst die aanvraag evenwel af als hij ervan overtuigd is dat de synthetische procedure de algemene belangen van de lokale schuldeisers voldoende beschermt (art. 37 lid 2 en 38 lid 2 EIV 2015). Voordat de Nederlandse curator begint aan een toezegging ex art. 36 EIV 2015 doet hij er goed aan om zich ervan te vergewissen dat (i) een synthetische secundaire procedure het meest efficiënt en effectief is, en (ii) hij bereid en in staat is om het buiten Nederland gelegen gedeelte van de boedel conform de lokale regelgeving af te wikkelen. De plaatselijke schuldeisers hebben namelijk verschillende mogelijkheden om te ageren als de curator in hun ogen zijn taak niet goed vervult, en de curator is aansprakelijk voor de schade die de plaatselijke schuldeisers lijden als hij zijn verplichtingen in dit kader schendt (art. 36 lid 10 EIV 2015). Voor zover wij weten, heeft zich tot op heden slechts één synthetische procedure voorgedaan.<sup>84</sup>

Onder de EIV 2015 hoeven schuldeisers niet te kiezen in welke van de insolventieprocedure zij hun vordering indienen: zij mogen dit in alle lopende pro-

---

82. Hiervoor kunnen legio redenen bestaan. Eén van belangrijkste redenen zal vaak zijn dat afwikkeling van de boedel in twee of meer lidstaten niet altijd even effectief en efficiënt is. Dit is dan ook expliciet genoemd als achtergrond van de mogelijkheid van art. 36 e.v. EIV 2015 om middels een toezegging door de insolventiefunctionaris in de hoofdprocedure te volstaan met een synthetische secundaire procedure (considerans EIV 2015, nr. 41 e.v.).

83. Zie uitgebreider over de Nederlandse uitwerking: B.R.A. Santen, F.A. van de Ven & J.M.G.J. Boon, Opening secondary insolvency proceedings in the EU from 2017, *Eurofenix* en A. van der Schee & L. Muller, 'De 'toezegging' ex art. 36 herziene IVO', *TvI* 2018/13.

84. Dit betreft een Duitse hoofdprocedure waarbij een Hongaarse secundaire procedure werd voorkomen voor door de toezegging ex art. 36 EIV 2015; zie <https://www.rws-verlag.de/aktuell/newsticker-kanzleien/antoniadis-ure-automobilzulieferer-kuepper-hungaria-kft-erstmalsssekundaerinsolvenzverfahren-durch-zusicherung-verhindert-55443/>.

cedures doen. Mocht het in hun belang zijn, dan moet de Nederlandse curator vorderingen die bij hem zijn of worden ingediend maar die eigenlijk onderdeel uitmaken van de boedel in een andere Europese lidstaat, namens de desbetreffende schuldeiser in de plaatselijke boedel indienen (art. 45 lid 2 EIV 2015).

Omdat is gebleken dat het de efficiënte afwikkeling van hoofd- en secundaire procedures in verschillende lidstaten ten goede komt als er nauwe samenwerking plaatsvindt tussen de insolventiefunctionarissen, bevat de EIV 2015 enkele bepalingen over de coördinatie van de procedures.<sup>85</sup> De samenwerking vindt vooral plaats door informatie-uitwisseling. Het initiatief ligt bij de insolventiefunctionaris in de hoofdprocedure. Deze heeft ook mogelijkheden om in de secundaire procedure in te grijpen. De hoofdinsolventiefunctionaris kan onder andere verzoeken om de opening van een secundaire procedure of de afwikkeling van de boedel in een secundaire procedure te schorsen (art. 38 en 46 EIV 2015), hij kan een akkoord aanbieden in de secundaire procedure (art. 47 EIV 2015) en zelfs verzoeken om omzetting van de secundaire procedure in een ander soort lokale insolventieprocedure (art. 51 EIV 2015). Samenwerking tussen rechters onderling en tussen insolventiefunctionarissen en rechters is ook verplicht (art. 42 en 43 EIV 2015). Over de concrete vormgeving van de coördinatie regelt de EIV 2015 niets en verwijst zij naar de *best practices* uit de internationale insolventiepraktijk (considerans EIV 2015, nr. 48). Binnen de werkingssfeer van de EIV 2015 is het belangrijkste kader voor samenwerking tussen insolventiefunctionarissen vastgelegd in de *European Communication & Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency* (de zogenaamde *CoCo Guidelines*) van INSOL Europe.<sup>86</sup> Er is inmiddels ook een *European Model Protocol* ontwikkeld.<sup>87</sup> Voor samenwerking tussen rechters in de EU zijn de *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles*<sup>88</sup> en de *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Communications Guidelines*<sup>89</sup> leidend.<sup>90</sup>

85. Considerans EIV 2015, nr. 48 en art. 41 e.v. EIV 2015.

86. <https://bobwessels.nl/wp-content/uploads/2016/08/coco-text-october-2007.pdf>

87. <https://stephanmadaus.de/wp-content/uploads/2021/06/European-Model-Protocol-with-guide-to-implementation-2021-ebook-English.pdf>

88. <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/fiscaal-en-economische-vakken/princip.pdf>

89. <https://www.universiteitleiden.nl/binaries/content/assets/rechtsgeleerdheid/fiscaal-en-economische-vakken/guidelines.pdf>

90. Zie nader J.M.G.J. Boon, J. Tromp & B.P.A. Santen, Grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking in insolventies: Ervaringen bij de JudgeCo Judicial Training Sessions, *Nederlands Juristenblad* 2016/199, 91(4), p. 262-269.

## 6.2. *Niet-Europese insolventieprocedures*

Zoals beschreven, kan zich samenloop van een Nederlandse faillissement met een insolventieprocedure in een ander land voordoen. Aangezien het Nederlandse faillissementsrecht niets regelt over samenloop buiten het toepassingsgebied van de EIV 2015, is de curator in zo'n geval aangewezen op regelgeving uit het desbetreffende andere land, algemene *best practices* en in het uiterste geval op boerenverstand. Gelukkig hebben de landen waarmee Nederlandse curatoren het meest te maken kunnen krijgen buiten de EU, te weten het Verenigd Koninkrijk en de VS, de MLCBI aangenomen en in hun nationale wetgeving verwerkt.<sup>91</sup> Dit instrument geeft een zekere houvast.

Beide jurisdicties kennen de verplichting (VS) c.q. bevoegdheid (Verenigd Koninkrijk) voor insolventiefunctionarissen en rechters om zoveel mogelijk samen te werken met buitenlandse insolventiefunctionarissen en rechters (art. 1525 en 1526 US Bankruptcy Code resp. art. 25 en 26 CBIR en art. 426 lid 4 Insolvency Act 1986).<sup>92</sup> Deze samenwerking kan op elke passende wijze worden vormgegeven, waaronder door coördinatie van het beheer van, en toezicht op, de activa en activiteiten van de insolvente schuldenaar, door de uitwisseling van informatie, en door de coördinatie van insolventieprocedures in verschillende landen ten aanzien van dezelfde schuldenaar (art. 1527 Bankruptcy Code resp. art. 27 CBIR).<sup>93</sup> Het Verenigd Koninkrijk gaat verder dan de VS: indien een Nederlands faillissement is erkend als *foreign main proceeding* en nadien een Engelse insolventie wordt geopend ten aanzien van dezelfde schuldenaar, dan wordt het effect van die Engelse procedure beperkt tot de activa van de schuldenaar in Engeland c.q. die naar Engels recht tot die Engelse procedure behoren (art. 28 CBIR, vgl. 21 lid 2, 7 lid 2 onder m en 16 EIV 2015). Voor samenlopende insolventieprocedures geldt dat de Engelse rechter telkens zal beoordelen of in de buitenlandse insolventieprocedure verzochte of toegewezen voorzieningen consistent zijn met de Engelse insolventieprocedure en zo nodig die voorzieningen aanpassen voor Engeland. Als de Engelse rechter wordt gevraagd om maatregelen dan worden die slechts toegewezen voor zover de rechter ervan overtuigd is dat

---

91. Het Verenigd Koninkrijk in de CBIR en art. 426 Insolvency Act 1986, en de VS in art. 1525 e.v. Bankruptcy Code. Zie uitgebreider over de regels uit de MLCBI voor coördinatie en samenwerking bij samenlopende insolventies B. Wessels, *International Insolvency Law Part I*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. II.8 en II.9.

92. Vgl. art. 25 en 26 MLCBI.

93. Vgl. art. 27 MLCBI.

ze betrekking hebben op activa die naar Engels recht onderdeel (behoren te) vormen van de buitenlandse procedure (art. 29 CBIR).<sup>94</sup>

Nederland heeft de MLCBI niet geïmplementeerd, maar de minister van Justitie en Veiligheid heeft in het Consultatiedocument insolventierecht van 1 november 2021 een wetgevingstraject met als werktitel “Wet internationaal insolventierecht” aangekondigd. Het doel van dit traject is om te komen tot een wettelijke regeling voor de afwikkeling van grensoverschrijdende insolventieprocedures die niet onder de EIV 2015 vallen. Onderdeel van deze wettelijke regeling zou zijn “het bevorderen van de erkenning buiten de EU van een Nederlandse insolventieprocedure (...) door aansluiting te zoeken bij de ‘UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency.’”<sup>95</sup> Wellicht zal Nederland op termijn dus alsnog de MLCBI aannemen en verwerken in de Faillissementswet.

Net als binnen de EU, kan de Nederlandse curator ook in geval van samenloop met andere insolventieprocedures ten aanzien van de Nederlandse gefailleerde vennootschap of daaraan gelieerde partijen proberen samen te werken met de buitenlandse insolventiefunctionaris. Om dergelijke samenwerking te bevorderen en vorm te geven, heeft UNCITRAL in 2009 de *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation* gepubliceerd.<sup>96</sup> Daarin staan aanwijzingen voor de samenwerking en communicatie door insolventiefunctionarissen en rechters. Ook wordt het gebruik van *cross-border insolvency agreements* (ook wel *protocols* genoemd) gestimuleerd. Ondanks dat dit soort protocollen onderling flink kunnen verschillen, blijkt een bepaald aantal aspecten vrijwel steeds terug te komen. Voorbeelden zijn de toedeling van taken en verantwoordelijkheden, coördinatie van boedelberedderingsactiviteiten, indiening en behandeling van vorderingen, gebruik van en beschikking over activa, wijze van communicatie etc.<sup>97</sup> De richtlijnen voorzien in een groot aantal *sample clauses*, gebaseerd op protocollen uit de praktijk.<sup>98</sup> Overigens merkt UNCITRAL op dat protocollen niet alleen tot doel hebben samenlopende insolventieprocedures efficiënt te coördineren en af te wikkelen, maar ook om de fundamentele rechten van

---

94. Een vergelijkbare regel geldt indien het Nederlandse faillissement samenvalt met een insolventieprocedure in een ander land en van beide procedures erkenning als *foreign proceeding* is of wordt gevraagd (art. 30 CBIR).

95. Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, p. 21 en 22.

96. [https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/explanatorytexts/practice\\_guide\\_cross-border\\_insolvency](https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/explanatorytexts/practice_guide_cross-border_insolvency).

97. Zie UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, p. 37 voor een opsomming van deze 15 aspecten.

98. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, p. 40 e.v.



alle betrokken partijen te beschermen.<sup>99</sup> Ondanks dat de MLCBI niet in Nederland is geïmplementeerd, kan aan dit *soft law* instrument wel inspiratie worden ontleend.<sup>100</sup> In dit kader is interessant dat de rechtbank Midden-Nederland – als enige gerecht in Nederland – de *Guidelines for Communication and Cooperation between Courts in Cross-Border Insolvency Matters* van het wereldwijde *Judicial Insolvency Network* heeft aanvaard.<sup>101</sup>

### 6.3. De praktijk

#### 6.3.1. Nederlandse secundaire procedure: Hanjin

Op 26 oktober 2016 werd in Duitsland een voorlopige insolventieprocedure geopend voor Hanjin Shipping Europe GmbH & Co (Hanjin). Hanjin had een vestiging in Nederland. De Duitse insolventiefunctionaris verzocht de Nederlandse rechter om het faillissement van Hanjin uit te spreken als secundaire procedure. Dit was vooral nodig om arbeids- en huurovereenkomsten in Nederland te kunnen afwickelen en Nederlands actief te kunnen vereffenen. De rechtbank Rotterdam wees dit verzoek toe.<sup>102</sup>

#### 6.3.2. Protocol: Lehman Brothers c.s.<sup>103</sup>

Vanaf 15 september 2008 zijn meer dan 75 insolventieprocedures in 16 jurisdicties geopend tegen Lehman Brothers Holdings Inc. en haar groepsvennootschappen (gezamenlijk: Lehman Brothers c.s.). De Nederlandse groepsvennootschap, Lehman Brothers Treasury Co. B.V., functioneerde als financieringsmaatschappij van het concern. Op 19 september 2008 is haar voorlopige surseance van betaling verleend. Deze is enkele weken later, op 8 oktober 2008, omgezet in faillissement.<sup>104</sup> De procedures in de diverse landen en van de diverse entiteiten waren verschillend van aard. De organisatie en boekhouding van Lehman

99. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, p. 28.

100. Zie over de rol en betekenis van soft law instrumenten B. Wessels & J.M.G.J. Boon, *Soft law instruments in restructuring and insolvency law: exploring its rise and impact*, *Tijdschrift voor vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur* 2019/2, p.53-64.

101. <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/jin-guidelines-midden-nederland.pdf>

102. Rb. Rotterdam 25 november 2016, *JOR* 2017/113.

103. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, p. 123 e.v. Het protocol is hier terug te vinden: <https://www.dropbox.com/sh/qp71ufpr0g4lpbr/AAB92nzGPTxSKsniRMWwMG07a/LehmanBrosHoldingsInc%2C%20New%20York%20et.al.%20%282009%29.pdf?dl=0>.

104. Voorlopige surseance van betaling: Rb. Amsterdam 19 september 2008, insolventienummer S.08/36. Omzetting in faillissement: Rb. Amsterdam 8 oktober 2008, insolventienummer F.08/494.



Brothers c.s. waren evenwel dusdanig verweven dat Lehman Brothers c.s. en de betrokken insolventiefunctionarissen en rechters direct in gesprek zijn gegaan over samenwerking via een protocol. Dat lag voor de hand gezien de wereldwijde spreiding van de activa en activiteiten van Lehman Brothers c.s. Het protocol was bedoeld om in alle jurisdicties te gelden en alle insolventies te bestrijken maar uiteindelijk wilde een aantal insolventiefunctionarissen, waaronder die in Engeland, zich niet daarbij aansluiten. Er is daarom voor gekozen het protocol dusdanig vorm te geven dat formele ondertekening geen vereiste was. Bovendien vergden de grote verschillen tussen de betrokken jurisdicties dat het protocol een raamwerk bevatte met intenties en richtlijnen in plaats van een juridisch afdwingbare overeenkomst. De voornaamste doelen van het protocol waren informatie-uitwisseling, coördinatie van afwikkelingshandelingen en het komen tot een gezamenlijke aanpak van de talrijke *intercompany*-transacties. De Nederlandse curatoren hebben meegewerkt aan de totstandkoming van het protocol en dit ondertekend omdat zij de kosten- en tijdbesparing die het protocol opleverden in het belang van de gezamenlijke schuldeisers achtten.<sup>105</sup>

### 6.3.3. *Geen erkenning, wel protocol: Jet Airways*<sup>106</sup>

Zoals beschreven in paragraaf 3.3.3, is op 21 mei 2019 het Nederlandse faillissement van Jet Airways uitgesproken.<sup>107</sup> Korte tijd daarna werd ook een verzoek tot het openen van een herstructureringsprocedure ten aanzien van Jet Airways ingediend bij de National Company Law Tribune (NCLT) in Mumbai. De Nederlandse curator verzocht om aanhouding van dit verzoek in verband met het Nederlandse faillissement. De NCLT wees het verzoek af omdat het Nederlandse faillissement niet wordt erkend in India. Jet Airways kwam zo ook in India in een insolventieprocedure terecht. Vervolgens zijn de Nederlandse curator en de Indiase insolventiefunctionaris (*resolution professional*) in overleg getreden en hebben zij een protocol opgesteld, gebaseerd op dat van Lehman Brothers c.s.

De Nederlandse curator is intussen in appel gegaan van de beslissing van de NCLT en legde daarbij onder andere de vraag voor of het protocol rechtsgeldig zou zijn ondanks dat het Nederlandse faillissement en de curators bevoegdheid in India niet werden erkend. De Indiase National Company Law Appellate

---

105. D. Roffel & M.C.J. Peeters, 'De val van de Amerikaanse zakenbank Lehman Brothers en het lot van haar Amerikaanse dochter', *TvI* 2018/43.

106. Het protocol is hierte vinden: [https://www.dropbox.com/sh/qp71ufpr0g4lpbr/AADiTx7sQw2-TCQdKysf\\_4vwNa/Jet%20Airways%20%282019%29.pdf?dl=0](https://www.dropbox.com/sh/qp71ufpr0g4lpbr/AADiTx7sQw2-TCQdKysf_4vwNa/Jet%20Airways%20%282019%29.pdf?dl=0).

107. Rb. Noord-Holland 21 mei 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:5425.

Prof. mr. R.D. Vriesendorp, mr. W. van Kesteren, mr. R. Elkerbout-Kok, mr. T. Ticheloven

Tribune (NCLAT) beantwoordde deze vraag bevestigend en keurde – net als de Nederlandse faillissementsrechter – het protocol goed.<sup>108</sup> Opvallend is dat de NCLAT een clause over betrokkenheid van de Nederlandse curator bindend achtte, terwijl de Indiase insolventiefunctionaris zich – namens de Indiase schuldeiserscommissie – tegen die clause verzette. De schuldeiserscommissie wilde niet dat de Nederlandse curator deel zou nemen aan de schuldeisersvergaderingen in India, en de insolventiefunctionaris ging daarin mee. De NCLAT oordeelde echter dat de schuldeiserscommissie geen partij was bij het protocol en dus geen zeggenschap toekwam. Voorts oordeelde de NCLAT dat de Nederlandse curator gelijk is aan de Indiase insolventiefunctionaris zodat hij zonder meer gerechtigd was de vergaderingen bij te wonen.<sup>109</sup> In zoverre heeft de Indiase appelrechter het protocol, waar het gerecht zelf geen partij bij was, mede vormgegeven.

#### 6.3.4. *Geen protocol, wel samenwerking: UPC*<sup>110</sup>

Ten aanzien van United Pan-Europe Communications N.V. (UPC) en gelieerde vennootschappen liepen insolventieprocedures in Nederland en de VS. Er is geen protocol gesloten omdat de Nederlandse advocaat van UPC meende dat dit niet was toegestaan onder Nederlands recht. Desondanks werd zeer nauw samengewerkt door de insolventiefunctionarissen en de betrokken gerechten. Er vond continue informatieuitwisseling plaats, de verkoop van activa werd geëördineerd en ook het reorganisatieplan is onderling afgestemd. Dit plan was zelfs dusdanig in overleg gestructureerd dat aan de vereisten van beide jurisdicties werd voldaan en sommige bepalingen buiten toepassing zijn gelaten om consistentie in beide jurisdicties te bewaken. Zo werd bijvoorbeeld de bepaling naar Amerikaans recht, op grond waarvan bepaalde vorderingen kunnen worden achtergesteld tot het niveau van aandelenkapitaal, niet toegepast omdat dit zou betekenen dat de vorderingen naar Nederlands recht geen onderdeel van de uitdeling zouden kunnen zijn.<sup>111</sup> Een ander voorbeeld van deze succesvolle samenwerking is dat de insolventiefunctionarissen het erover eens waren dat een bepaald contract beëindigd diende te worden. De desbetreffende overeenkomst werd beheerst door het recht van een derde land. De overeenkomst is vervolgens opgezegd naar Amerikaans recht, maar over het effect daarvan werd een arbitrageprocedure naar Nederlands recht gevoerd, waarbij het recht van de derde staat werd toegepast.

---

108. NCLAT New Delhi, Company Appeal (AT) (Insolvency), no. 707 of 2019.

109. NCLAT New Delhi, Company Appeal (AT) (Insolvency), no. 707 of 2019, r.o. 4 en 5.

110. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, p. 139 e.v.

111. UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, p. 69 e.v.

### 6.3.5. *Geen protocol, geen samenwerking: Oi*

De in paragraaf 3.3.6 genoemde insolventie van Oi is een voorbeeld waarin het de betrokken insolventiefunctionarissen niet is gelukt om tot een protocol of samenwerking te komen. Hoewel de Nederlandse curatoren zich veel moeite hebben getroost om tot afspraken te komen met de Braziliaanse bewindvoerder van Oi, kwam dit niet van de grond. Vanuit Braziliaans perspectief was samenwerking wegens het ontbreken van erkenning van de Nederlandse procedures in Brazilië onmogelijk, omdat de herstructurering van de Nederlandse entiteiten moest gebeuren in de context van de Braziliaans geconsolideerde afwikkeling die echter weer niet in Nederland werd erkend. Volgens één van de curatoren is dit de reden dat er “*geen vruchtbare samenwerking is bewerkstelligd.*”<sup>112</sup>

## 7. Afronding

Curatoren die worden benoemd in faillissementen van Nederlandse vennootschappen krijgen bij de afwikkeling van die faillissementen steeds meer te maken met buitenlandse aspecten. Vaak biedt de EIV 2015 antwoord op de vraag wat rechtens is in zo'n situatie, maar soms ook niet. Wij hebben in deze bijdrage willen tonen dat een curator in veel gevallen de nodige instrumenten ten dienste staan. Het is duidelijk dat vrijwel alle jurisdicties open staan voor het feit dat zij geen eilandje vormen en dat grensoverschrijdende insolventies het beste kunnen worden afgewikkeld door samenwerking en coördinatie. Een curator, die bekend is met de verschillende buitenlandse wegen die hij kan bewandelen om de boedel zo goed mogelijk te beheren en te vereffenen, kan zodoende ver komen.<sup>113</sup>

---

112. J.H. Overduin & J.M.W. Pool, ‘De curator in de spagaat: tussen Nederlandse taakuitoefening en het belang van een internationale herstructurering’, *TvI* 2020/9.

113. De geïnteresseerde lezer die zich wil verdiepen verwijzen wij graag naar B. Wessels, *International Insolvency Law Part I*, Deventer: Wolters Kluwer 2022 en B. Wessels & S. Madaus, *International Insolvency Law Part II*, Deventer: Wolters Kluwer 2022. Voor een inleiding, zie R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, hoofdstuk 8.



## Tasks of an insolvency practitioner in Germany

DR. A. SPAHLINGER, DR. M. TRESSELT<sup>1</sup>

### A. Overview and general framework for the insolvency practitioners

German insolvency law as regulated in the German Insolvency Code (*Insolvenzordnung, InsO*) does not provide for various different proceedings but for one insolvency proceeding only. However, German insolvency proceedings may have different outcomes, in particular with respect to insolvent businesses and companies. Generally insolvent companies are liquidated which can either be a winding-up and piecemeal liquidation or a sale of the restructured business (or parts of it) to a third party. As an alternative, in the insolvency proceeding an insolvency plan can be put in place enabling other arrangements, in particular to preserve the undertaking and to restructure, preserve and continue the debtor.

From a procedural perspective, the insolvency proceeding can be conducted by a court-appointed insolvency administrator (the so-called regular insolvency proceeding) or by the debtor under the supervision of a court-appointed custodian. This German version of a debtor in possession concept is called self-administration.

Notwithstanding the fact whether the proceeding is conducted as administration or as self-administration, it has two phases: the preliminary proceeding and, as from the formal opening of the proceeding, the main proceeding. The duration of the preliminary proceeding is usually approximately three months.

#### 1. Regular insolvency proceedings and self-administration

The insolvency court may order self-administration only if requested by the debtor and if certain strict requirements are met. Thus, self-administration needs to be well prepared by the debtor and its professional advisors. This is a major reason why in the vast majority of all insolvency cases in Germany the debtor does not file for self-administration or the court denies such a request. In 2021, only 210 out of 13,990 opened proceedings regarding insolvent under-

---

1. Dr. A. Spahlinger is Partner at Gleiss Lutz and dr. M. Tresselt is Partner at Gleiss Lutz.

takings were proceedings in self-administration.<sup>2</sup> Nevertheless, proceedings in self-administration are of great importance, since the majority of proceedings regarding large companies such as Galeria Karstadt Kaufhof or Air Berlin had been conducted fully or at least at the beginning as self-administration proceedings.

In contrast to regular insolvency proceedings, there is no insolvency administrator in self-administration proceedings. The powers granted to an insolvency administrator in regular proceedings are divided between the debtor in possession (i.e. its management) and the court-appointed custodian. Self-administration may be advantageous if there is a good chance for the debtor to continue its business operations in the long term. As the management retains the authority to manage the business and the estate, the existing trust and personal relationships with the relevant business partners may be less affected than in regular proceedings. In addition, the debtor's operational business and restructuring can benefit from the know-how and specific expertise of the debtor's management in relation to the debtor's business.

The court will usually not order self-administration without being confident that the debtor is able to fulfill the insolvency-specific tasks and duties. In order to secure this, it is well established that the debtor's management is enlarged by a professional specialist for restructuring, a Chief Restructuring Officer ("CRO"), sometimes in the context of a self-administration also called Chief Insolvency Officer ("CIO") or self-administrator (*Eigenverwalter*). These CROs are usually persons who are experienced as insolvency administrators. Therefore, in the context of a self-administration not only the custodians are usually considered to be a relevant insolvency practitioner but also CROs who assume a key role for the debtor regarding the administration of the estate in compliance with the requirements under the insolvency law.

The custodian is responsible for ensuring compliance with certain rules and regulations under insolvency law and is the necessary link between the debtor in possession and the insolvency court. Also the custodians are persons who are experienced as insolvency administrators.

---

2. Evaluation of the Institute for SME Research (*Institut für Mittelstandsforschung*) in Bonn, available via the following link: <https://www.ifm-bonn.org/statistiken/gruendungen-und-unternehmensschliessungen/unternehmensinsolvenzen>.

## **2. Purpose of insolvency proceedings in Germany – the best satisfaction of the creditors**

All insolvency proceedings (regular insolvency proceedings and proceedings under self-administration) pursue the same mandatory purpose, regulated in Section 1 InsO: the collective satisfaction of the debtor's creditors. The goal is to satisfy the creditors in the best possible way, i.e. to maximize the recovery for the creditors. Section 1 InsO also allows different regulations by way of insolvency plan in particular to preserve the business. This does not mean that a proceeding with an insolvency plan shall be exempted from the goal to satisfy the creditors in the best possible way, but it shows that, at least to a certain extent and at least in connection with an insolvency plan, other goals can also be considered.

Other than the preservation of the business (mentioned in Section 1 InsO), there is no regulation in the InsO nor any case law which other goals can (or shall) be considered and it is the overall understanding that other goals cannot replace the principle goal of the best possible satisfaction of the creditors. Additional goals often considered are the speed of the solution, the transaction certainty of a solution, the possibility of avoiding risks for the satisfaction of the creditors, the preservation of a business and the preservation of jobs.

## **3. Preliminary insolvency proceeding**

The role of the respective insolvency practitioner also depends on the stage of the proceedings. After a debtor filed for insolvency, the court will act very quickly in order to preserve the creditors' interests and the estate. Therefore, before the court finally makes a decision whether the debtor is insolvent and (main) proceedings are opened, it usually orders preliminary proceedings, either as preliminary regular proceedings by appointing a preliminary insolvency administrator or by ordering preliminary self-administration and appointing a preliminary custodian. During this interim period, the general purpose is not yet to satisfy the creditors. In addition to the preservation of the creditors' rights, the business operations shall generally be continued and restructuring measures such as an insolvency plan can be prepared.

## **4. Appointment and remuneration of the insolvency practitioners**

The preliminary insolvency administrator, the insolvency administrator as well as the custodian and the preliminary custodian are appointed by the insolvency court. These persons must be skillful, capable and independent from the debtor

and the creditors. The debtor and creditors can suggest candidates, but the appointment is generally a discretionary decision of the court. Such decision can be influenced or corrected by bodies of the creditors: a preliminary creditors' committee shall be heard prior to the appointment of a (preliminary) insolvency administrator or a (preliminary) custodian and a suggestion supported by all members of the preliminary creditors' committee shall be binding for the court unless the candidate is not capable. In case the preliminary creditors' committee was not heard prior to the appointment, the members of the committee can elect by unanimous vote another person in the first meeting of the preliminary committee. Furthermore, the first creditors' meeting after the opening of main proceedings can also elect another person with a qualified majority. If the debtor applies for preliminary self-administration in the form of a "protective shield" proceeding (*Schutzschirmverfahren*) he can make a suggestion for the preliminary custodian which is binding for the court unless the person suggested is obviously not capable.

The insolvency practitioners are remunerated in accordance with a statutory fee scheme (*Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung, InsVV*). Such remuneration mainly depends on the value of the estate which can be distributed to the creditors. Additionally certain other elements generating additional complexity and effort are also relevant.

##### **5. General effects of the opening of main insolvency proceedings, major tasks of the insolvency practitioners and decision making processes**

Upon regular main insolvency proceedings being opened, the debtor's right to manage and dispose of assets of the insolvency estate is vested in the insolvency administrator (Section 80 (1) InsO). In case of self-administration after the opening of main proceedings, the debtor remains authorized to manage and dispose of the assets of the estate under the supervision of the custodian appointed by the insolvency court (Section 270 (1) InsO). On the one hand, it is therefore generally the task of the authorized person (the administrator in case of regular proceedings and the debtor with its CRO under the supervision of the custodian) to take the required action and make the required decisions for the management of the estate and the satisfaction of the creditors. The task to manage the estate and to take all measures to achieve the goals of the proceeding and mainly the best possible satisfaction of the creditors (see A.2. above) applies to all insolvency proceedings; there is no difference between regular proceedings and self-administration.



### Tasks of an insolvency practitioner in Germany

On the other hand, a guiding principle of German Insolvency Law is the autonomy of the creditors, who shall take major decisions. Therefore, the creditors' meeting and the creditors' committee do have certain rights. The creditors' meeting has the right to decide whether the proceeding shall be continued as regular proceeding or in self-administration and whether an administrator shall be replaced. The consent of the creditors' committee (if in place) or the creditors' meeting is required for decisions which are important for the proceeding.

Usually it is in fact the creditors' committee who takes major decisions. The creditors' committee usually takes the decision to sell a business and more generally any decision to be made in view of options for the administration of the estate and the disposal of the assets. These decisions will be prepared by the insolvency practitioners and in many cases the creditors' bodies follow the suggestions of the practitioners. The relevant criteria for the decisions to be made by the respective body of the creditors (the creditors' committee or in the absence of a creditors' committee the creditors' meeting) are the goals of the proceeding mentioned above (under A.2.), mainly the best satisfaction of the creditors. But the respective body of the creditors may and often will also consider other goals and criteria (as mentioned above) as well.

The creditors' committee typically consists of an odd number of members (three, five or seven members). In the main proceeding it is finally up to the creditors' meeting to decide whether a creditors' committee shall be created or maintained and to elect the members of the committee. At such a point in time a (preliminary) creditors' committee appointed by the insolvency court is already in place if the debtors business has a certain size (meeting at least two of the following three criteria: balance sheet total of at least € 6 Mio., yearly turnover of at least € 12 Mio. and in average at least 50 employees). Candidates for the creditors' committee can be suggested by the debtor prior to or together with the filing for insolvency, by creditors and by the designated or appointed preliminary insolvency administrator or custodian. The members of the creditors' committee are also bound, as is the administrator or the self-administration, to act in the best interests of all of the creditors. In other words, the members of the creditors' committee shall not pursue their specific interests as individual creditors. In practice, however, members of the creditors' committee (usually representatives of tax authorities, pension fund and labor agency, employee representatives, representatives of major creditors and secured creditors and of creditors with small claims) will of course consider the impact of major transactions on their individual rights and position as well as the effects that such transactions might have on others, such as employees.

For example, when the business of the debtor shall be sold by way of an asset deal under a structured M&A process to a third-party investor, the creditors' committee must review (with the assistance of the insolvency practitioner involved) all of the bids available, compare them in terms of outcome for the creditors and finally decide on the winning bid. In order to act in the best interest of the creditors, the creditors' committee must consider the bid with the highest purchase price, but also has to consider other criteria important for the envisaged satisfaction of the creditors such as the transaction certainty of the respective bid. The creditors' committee might therefore be in a position to decide in favor of a bid that in view of the purchase price (or terms and conditions) offered is commercially less attractive than others, but has the highest chance of being implemented (within the available timeframe). Also, in practice, sometimes creditors' committees take into consideration the specific interests of the employees of the business and vote in favor of an investor who has not submitted the highest bid. For example, in an insolvency of a retail company, the administrator may have the option to sell the operating business together with the real estate/premises of the debtor or to wind-down the business (piecemeal liquidation). In such a situation, it might sometimes be better for the satisfaction of the creditors to wind-down the operating business, go for the piecemeal liquidation, make all of the employees redundant and sell the real estate for a higher purchase price. If in such a situation an investor is ready to take over the operating business together with the real estate for an overall purchase price allowing a creditor satisfaction which might be slightly lower than as a result of the alternative piecemeal liquidation, the creditors' committee might vote in favor of the investor who assumes and continues the business with (many of) the employees.

A violation of the duty to arrange for the best possible satisfaction of the creditors may also cause the risk that the respective transaction is invalid. A legal action of an insolvency practitioner can be void if it is to be qualified as evidently violating the purpose of an insolvency proceeding (*Insolvenzweckwidrigkeit*). This would require that a clear and obvious violation is evident for involved third parties. This requirement will be met in exceptional cases only.

One can summarize that we have cases in Germany where the consideration of criteria other than the criteria of best satisfaction of the creditors lead to a decision which might not comply with the requirement of the best satisfaction of creditors or be doubtful in that respect. In such a situation respective decisions of the creditors' meeting may be challenged by single creditors (Section 78 InsO) and members of the creditors' committee as well as the insolvency practitioner involved may be liable for violating their duty to act in the best interest of the creditors. Such risk seems to be remote if the difference between the two

alternatives and its outcome for the satisfaction of the creditors is low or if there are other arguments supporting that the decision made is in the best interest of the creditors, e.g. because of the higher transaction security. A consent of the creditors' committee or the creditors' meeting does not always relieve the insolvency practitioner from any liability but will mitigate liability risks (for details see below under B.2.1.2).

In case of an insolvency plan, the situation is not identical and, in particular, the risk of a liability of the insolvency practitioners involved is lower. The creditors can approve with the required majorities a suggested plan, notwithstanding whether this plan provides for the best possible satisfaction of the creditors. Such a plan can become effective and legally binding. However, if single creditors can show and provide prima facie evidence that they would be in a better position without the plan (i.e. the plan does not comply with best-interest-of-creditors-test), they may successfully challenge the plan. An insolvency plan can therefore be the appropriate tool for a solution in which not only the best possible creditors' satisfaction but other goals, considerations and interests can be considered.

## **6. Further course of this chapter**

The following part of this chapter will give an additional brief overview of the tasks and (corresponding) liability risks of an insolvency administrator as well as in case of self-administration the custodian and the debtor's management (the debtor in possession) during the preliminary and the opened main proceedings.

### **B. The insolvency administrator**

#### **1. Tasks of the insolvency administrator**

##### *1.1. During preliminary proceedings*

##### *1.1.1. Main task: preservation of the business of the debtor*

After the filing for insolvency, the insolvency court usually appoints a preliminary insolvency administrator.

The preliminary insolvency administrator is obliged to review and verify the existence of reasons for insolvency (Section 22 (2) no. 3 InsO). In addition, he will usually take care of safeguarding the payment of wages and salaries to the debtor's employees by way of an application for "insolvency money" (*Insolvenzgeld*) to the Federal Employment Agency (*Bundesagentur für Arbeit*) com-

bined with a pre-financing arrangement for such money with a bank. By paying the “insolvency money” the Federal Employment Agency will cover the salaries and wages for up to three months prior to the opening of main proceedings.

Moreover, the authorities of the preliminary insolvency administrator depend on the court’s decision. If the court imposes a general prohibition of disposal on the debtor, the right to manage and dispose of the debtor’s property is transferred to the preliminary administrator like in the main proceeding. In such a case the preliminary administrator would be a so-called “strong” preliminary administrator. In fact, a “strong” preliminary administrator is not the rule, but the exception. Usually the debtor remains authorized to dispose of its assets subject to the approval of the preliminary administrator. Such a “weak” preliminary administrator is legally not yet responsible for the management of the company and administration of its assets. However, basically nothing can be done without his approval which means that he is actually controlling the process.

Any preliminary insolvency administrator needs to determine and decide very quickly on how to proceed in order to maintain the business operations and preserve any values for the benefit of the creditors. This is the main task in the preliminary proceeding. In order to secure the continuation of the business operations new liquidity may be required. With the approval of the court, loan agreements can be concluded for the benefit of the estate giving the lender claims against the estate, i.e. claims which will be settled in full prior to distributing any quota to the unsecured insolvency creditors. Such a financing of the estate is the German equivalent to a DIP financing.

1.1.2. *Preparation for realizing the estate or other measures to satisfy the creditors*

In addition to the maintenance of the business operations, the preliminary insolvency administrator will already prepare for the restructuring of the business and the realization of the estate or any other measure to satisfy the creditors (e.g. by way of an insolvency plan). This can include preparations for a structured M&A process as well as negotiations with customers, suppliers, stakeholders and banks.

1.2. *During main insolvency proceedings*

1.2.1. *Realization of the insolvency estate or other measures to satisfy the creditors*

In the main proceeding, the administrator has to manage the estate and to take all steps in line with the overall purpose of the proceedings to satisfy the creditors

## Tasks of an insolvency practitioner in Germany

as best as possible (see A.2. above). This can be the liquidation of the estate by selling the business as a whole or parts of it or by winding-up the business (piecemeal liquidation). Prior to a sale of the business as a whole or parts of it, the business may be restructured, thereby increasing the value of the estate by using the favorable legal tools under German insolvency law, such as an early termination of contracts or the reduction of the workforce.

### 1.2.2. *Claw-back: Avoidance of transactions made prior to the opening of insolvency proceedings*

One of the important instruments for increasing the insolvency estate is the insolvency administrator's right (and obligation) to avoid certain transactions made prior to the opening of insolvency proceedings.

### 1.2.3. *Review and determination of filed claims and settlement of security rights and other rights*

The administrator has to review and verify the proof of claims filed by the creditors and determine the legitimate claims for the schedule of claims. The creditors will also exert their (alleged) security rights and "rights for separation". The administrator has to review these claims and settle any legitimate right in accordance with the applicable rules.

### 1.2.4. *Dealing and coordination with the insolvency court, the creditors' committee and the creditors*

It is the task of the administrator to keep the contact with the court, discuss procedural and other relevant questions with the court, apply for court decisions regarding the proceeding, render reports to the court, the creditors' committee and the creditors on a regular basis, answer questions of the court and the creditors' committee, prepare (or assist to prepare) the meetings of the creditors' committee and the creditors, prepare the decisions to be made by the creditors' bodies and make suggestions for such decisions.

### 1.2.5. *Satisfaction of unsecured creditors*

Once the realization of the estate has been finished or made sufficient progress, the administrator can start to satisfy the creditors with the consent of the creditors' committee.

## **2. Liability of an insolvency administrator**

Sections 60, 61 InsO govern the insolvency-specific liability of an insolvency administrator. He is liable for all damages arising from a culpable violation of the duties incumbent upon him under the InsO. In addition, an insolvency administrator may also be liable for breaches of other duties which do not have an insolvency-specific character.

### *2.1. Insolvency-specific liability*

#### *2.1.1. Breach of duty*

The liability under Section 60 InsO requires that an insolvency-specific duty has been breached. The duties of the insolvency administrator are determined by the objectives of the proceedings and the tasks and areas of responsibility of the administrator codified in the InsO.

One of the most important duties is to duly manage and realize the insolvency estate and to provide for the (best possible) satisfaction of the creditors (see A.2. above). Therefore, the insolvency administrator can be liable if he fails to realize the insolvency estate in the best way possible. In order to preserve assets already realized, the insolvency administrator must also ensure proper insurance against general and industry-sector-specific risks. Concerning third parties with rights of separation, the protection of their properties and the due satisfaction of their rights is a general and an insolvency-specific duty as well.

#### *2.1.2. Fault*

In addition to a breach of duty, an insolvency administrator is liable only if found to be at fault. He is liable for intent and any degree of negligence in the event of a breach of insolvency-specific duties. The standard of due care is the diligence of a “prudent and conscientious insolvency administrator”.

Actions of the insolvency administrator which are important for the estate require the consent of the creditors’ committee or in the absence of a creditors’ committee of the creditors’ meeting (see A.5. above). For other actions and decisions such a consent is not required but sometimes the administrator also discusses such other actions and decisions with the creditors’ committee and asks the committee to provide its consent. Such consents relieve the administrator from any liability to a limited extent only. There is no clear case law as to when such consents provide for a release. The general rules seem to be as follows: A

consent which is not required does generally not provide for a release, however it can reduce the extent of the liability because of a contributory negligence of the creditors' body. A consent which is required can (and generally does) provide for a release, however there are exceptions and the details have not yet been clarified neither under the existing case law nor in the legal literature.

The insolvency administrator is liable not only for his actions but (subject to the restriction of Section 60 (2) InsO) also for the actions of his staff used.

#### 2.1.3. *Non-fulfillment of liabilities of the estate*

If the administrator created a liability of the estate which cannot be satisfied in full, he can be liable for the respective damage of the creditor (Section 61 InsO).

#### 2.2. *General liability under applicable civil, public and tax laws*

In addition to the insolvency-specific duties and liabilities, the insolvency administrator may also be liable for breaches of non-insolvency-specific duties. In managing the debtor's business and the estate and realizing the assets for the benefit of the creditors, the administrator has to comply with all applicable laws. For example, the insolvency administrator has to pay the relevant taxes and social security contributions.

#### 2.3. *Liability of a preliminary insolvency administrator*

The rules for the insolvency-specific liability of an insolvency administrator also apply for a preliminary administrator (Section 21 (2) no. 1 InsO). If a liability of the estate created in the preliminary insolvency proceeding cannot be completely satisfied, a preliminary administrator is generally liable only if he is a "strong" preliminary administrator.

### **C. Self-Administration proceedings: The debtor in possession**

#### **1. Tasks of the debtor in possession**

##### 1.1. *During preliminary proceedings*

During the preliminary proceeding the tasks of the debtor in possession under insolvency law correspond to the tasks of the preliminary insolvency administrator in the preliminary proceeding, i.e. also the debtor in possession shall primarily maintain the business operations and preserve any values for the benefit of

the creditors. Additionally, he shall prepare for the restructuring of the business and the realization of the estate or any other measure to satisfy the creditors (e.g. by way of an insolvency plan) which may include preparations for a structured M&A process as well as negotiations with customers, suppliers, stakeholders and banks. In fulfilling these tasks, the debtor in possession is supervised by the court-appointed custodian.

Consequently, as a result of the order of preliminary self-administration, the debtor and its management has to act in the best interest of the creditors and no more in the interest of the debtor's owner or shareholders. The shareholder(s) and any supervising body of the debtor cannot not exercise any influence on the management anymore and the removal or appointment of any member of the management requires the consent of the preliminary custodian. Such a consent shall be granted if the change is not to the detriment of the creditors.

#### 1.2. *During main proceedings*

By ordering insolvency proceedings in self-administration, the debtor's management is empowered and obliged to manage the estate and dispose of the assets of the estate under the supervision of the court-appointed custodian. Therefore, the debtor in possession has the same authority and tasks as an insolvency administrator in regular proceedings, except for certain tasks assigned to the custodian (e.g. the claw-back rights). Accordingly, the debtor in possession has all of the respective duties of an insolvency administrator. This is why in general the appointment of a CRO is required to assist the management and to secure the compliance of the debtor in possession with all obligations under insolvency law.

## **2. Liability of the debtor in possession**

#### 2.1. *In the main proceeding*

Originally, the InsO did not contain any provision on the liability of a debtor in possession. However in 2018, the Federal Supreme Court (*Bundesgerichtshof*) decided that a debtor in possession is liable in the same way as an insolvency administrator under Sections 60 and 61 InsO which apply *mutatis mutandis*. This has recently been confirmed by amendment of the InsO (Section 276a (2) InsO).

#### 2.2. *In the preliminary proceeding*

The liability of the debtor in possession in the preliminary proceeding is the same as in the main proceeding. This means that also in the preliminary proceed-



ding the debtor in possession is liable in the same way as an insolvency administrator under Sections 60 and 61 InsO (Section 276a (3)(2) InsO).

#### **D. Self-administration proceedings: The custodian**

##### **1. Tasks of a (preliminary) custodian**

During self-administration proceedings and preliminary self-administration, the custodian has to supervise the (preliminary) debtor in possession. He shall review the debtor's economic situation and supervise the management of the estate by the debtor. Should the custodian learn about facts as a result of which one has to expect that the self-administration will cause disadvantages for the creditors, he has to inform the insolvency court and the creditors' committee.

The custodian shall or can be involved with respect to the entering into liabilities: The debtor in possession shall ask the custodian for consent to enter into liabilities outside the ordinary course of business and also the entering into liabilities in the ordinary course of business may be objected by the custodian. Moreover, the custodian can assume the control over the liquidity of the estate by requesting that all payments to the debtor are to be collected by the custodian and all payments for the debtor are to be made by the custodian.

Although the custodian is generally not authorized to represent or act for the debtor, he is frequently involved in major decisions regarding the debtor's business operations, restructuring and preparation of the realization of the estate as well as other major decision to be taken. In addition, suppliers and service providers often seek the custodian's consent to new contracts or with respect to the continuation and execution of existing contracts, as from their perspective there is a certain degree of uncertainty that is mitigated by such approval.

Another major task of the custodian is to exercise claw-back rights and to assert liability claims against the management for breach of their duties.

##### **2. Liability of a (preliminary) custodian**

The legal basis for the liability of the custodian and the preliminary custodian is the same: The custodian and the preliminary custodian are liable for any culpable breach of his insolvency-specific duties (Sections 270b (1), 274 (1), 60 InsO). Therefore, to the extent the custodian's tasks correspond with the tasks of an insolvency administrator in regular proceedings which is, in particular, the case for the exercise of claw-back rights and the enforcement of liability claims

against the management for breach of their duties, he is subject to the same liability regime as an insolvency administrator.

The custodian can also be liable if he gave his (required) consent to the debtor entering into a commitment out of the ordinary course of business to the detriment of the creditors.

### **E. Summary**

All insolvency proceedings pursue the same mandatory purpose to satisfy the creditors collectively in the best possible way. This applies for all regular insolvency proceedings and without any difference also for proceedings in self-administration. In particular, self-administration does not provide for or allow any advantage for the shareholder and the shareholder does not have any influence on the proceeding and the management. The management being in charge of the administration has to act in the best interest of the creditors. It is therefore the task of all insolvency practitioners (insolvency administrator and in case of self-administration the management with a CRO/self-administrator and the custodian) to manage and realize the estate with the goal to achieve the best possible satisfaction of the creditors.

In fact, the principle and goal of the best possible satisfaction of the creditors is subject to certain constraints or even exceptions. Certain decisions and actions may appear as an exception but may be required and legally justified because they are in the best interest of the creditors. In particular transaction certainty is important and may speak in favor of an offer which is commercially less attractive than others but has the highest chance of being implemented within the available timeframe. Moreover, in some cases and to some extent, criteria are considered other than the criteria of the best satisfaction of the creditors. In particular, the continuation of the business or a part thereof and the preservation of jobs are such criteria.

The InsO does not provide for rules regarding such constraints or exceptions. Section 1 InsO however contains a certain indication as it stipulates the goal to collectively satisfy the creditors (in the best possible way) but also expressly allows different regulations by way of an insolvency plan in particular to preserve the business. Therefore, and also because of reduced liability risks for the insolvency practitioner, it is favorable to implement solutions which are not (fully) in line with the principle of best satisfaction of the creditors in an insolvency plan.

### Tasks of an insolvency practitioner in Germany

To comply with legal requirements and to exclude or at least mitigate the risk of a personal liability, insolvency practitioners generally ask the creditors' bodies (creditors' committee or creditors' meeting) to consent to any major decision to be taken for the estate. As a rule, such a consent releases the insolvency practitioner from his liability if under the applicable rules the consent was required, but has no such effect if a consent was not required.

We are not aware of any intentions of the German legislator to amend the InsO in order to provide (detailed) rules whether and under which circumstances certain criteria other than the criteria of the best satisfaction of the creditors can be considered.



# The task of an insolvency practitioner in England and Wales

*A.P. GOLDREIN, K.V. MORLEY, J.G. ARMSHAW<sup>1</sup>*

## 1. Introduction

Insolvency practitioners (“IPs”) are central figures in the restructuring and insolvency landscape in England and Wales. In this article, we will first set out who is an IP together with the IP’s role and duties across a variety of different restructuring and insolvency situations. We will then move on to focus on a number of situations that bring an IP’s duties into focus before discussing IP conduct. Finally, we will conclude by looking to the future and considering potential reforms to IP regulation on the horizon.

## 2. Who is an IP?

In England and Wales, an IP is an individual licensed and authorised to act in relation to insolvent companies, partnerships and individuals.<sup>2</sup> When insolvency proceedings such as administration or liquidation are commenced, the IP acts as the “office-holder” in those proceedings. When appointed as an office-holder, an IP enjoys certain statutory rights and is required to carry out certain statutory duties and responsibilities to manage the affairs and assets of the insolvent company for the benefit of its creditors.

An IP must:

- i. Be an individual (i.e. a natural person rather than a corporate).
- ii. Be authorised by a professional body.<sup>3</sup>

---

1. A.P. Goldrein and K.V. Morley are Partners at Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP and J.G. Armshaw is an Associate, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP.

2. This article will only consider the IP’s role in relation to corporate insolvency. Individual insolvency is outside the scope of this article.

3. There are currently five such professional bodies in the UK: The Insolvency Practitioners Association, The Chartered Association of Certified Accountants, The Institute of Chartered Accountants in England & Wales, The Institute of Chartered Accountants in Ireland and The Institute of Chartered Accounts in Scotland. These professional bodies are overseen by the Insolvency Service (the UK government agency responsible for insolvency).

- iii. Pass the Joint Insolvency Examination Board (JIEB) exams. The JIEB exams require that candidates demonstrate in-depth expertise and an extensive range of skills and so, whilst there are no educational standards required before an application can be made to sit the exams, candidates will generally only sit the exams after they have gained several years' practical experience in the insolvency industry.
- iv. Not be otherwise disqualified (e.g. by being made bankrupt or being disqualified to act as a company director).
- v. Have security in place for the proper performance of their role (in practice this means IPs taking out a bond with an insurer to cover losses in relation to an insolvent company caused by the fraud or dishonesty of the IP).

It has been reported that, as of 2022, there are approximately 1,600 IPs in the UK. These IPs are generally (although not necessarily) individuals within accountancy firms who have the support of teams of professionals to manage their matters.

### **3. The IP's role and duties**

No two businesses are the same and therefore the IPs role will inevitably vary from situation to situation. That being said, in this section we will discuss a number of common situations where IPs become involved in a company's affairs and the IP's role in each situation.

#### *3.1. Advice in relation to businesses in financial distress*

IPs frequently advise companies in financial distress and their creditors prior to the commencement of a formal insolvency process. IPs often act in an advisory role where the end result is that they are appointed as insolvency office-holder in a subsequent formal insolvency process (such as administration or liquidation – see section 3(b) below) or where the end result is that the company does not need to enter into a insolvency process at all.

An IP's advisory role may include:

- i. Reviewing and analysing a business' financial position including, in particular, determining if it has sufficient cash to continue to pay its creditors as they fall due, and if not, consider strategies to improve the business' cash position (such as identifying and focusing on certain critical creditors that must be paid for the business to continue to function and looking to make savings by streamlining contracts with non-critical creditors). Sometimes this review and analysis will be requested by one or more of a company's

creditors and will take the form of a report called an independent business review (IBR).

- ii. Advising the directors of companies about their responsibilities including, in particular, the importance that they are regularly convening meetings to consider if the company has sufficient cash to continue to pay its debts as they fall due. This is of paramount importance for directors of companies in financial distress because if a company is subsequently put into administration or liquidation (as described in section 3(b) below) and it transpires during the course of that insolvency process that a director of a company knew or ought to have concluded at any point prior to the commencement of the process that there was no reasonable prospect that the company would be able to avoid administration or liquidation, then the director may be personally liable for the loss suffered by the company's creditors as a result of it continuing to trade. This is an offence called wrongful trading. However, crucially, it is not wrongful trading if a director, knowing there was no reasonable prospect that the company would avoid entering administration or liquidation, took every step with a view to minimising the potential loss to creditors. Therefore, where a company is in financial distress, taking proper professional advice from IPs (and insolvency lawyers) is key for directors to demonstrate that they are properly considering the interests of creditors and acting in a manner that seeks to mitigate their loss wherever possible.
- iii. Engaging with a business' stakeholders to seek to agree a consensual restructuring outside of a formal insolvency process. This may involve the IP using their knowledge of a business' financial position to negotiate with its creditors certain terms that will alleviate its financial distress and allow it to get back on a more stable footing. This could involve, amongst other things:
  - a. negotiating with lenders to extend maturity and/or defer interest payments, trade creditors to extend payment terms or allow the company to make payments in instalments and HM Revenue and Customs (HMRC) to agree a payment plan in relation to unpaid taxes;
  - b. identifying parts of a business that could be sold, perhaps because they are draining resources from other more profitable areas and also to improve the business' overall cash position; and
  - c. considering certain statutory restructuring processes that can be used to bind all of a business' creditors to a restructuring where not all creditors' consent can be obtained, such as a scheme of arrangement<sup>4</sup> or restructuring plan.

---

4. In a restructuring context, a scheme of arrangement is a court-approved process used to implement an agreement between a company and its creditors and make that agreement binding on all creditors (including those that do not support it) provided that (a) a majority in number

### 3.2. *Involvement in restructuring and insolvency processes*

#### i. *Administration*

Administration is an insolvency process in which an administrator takes over the affairs of an insolvent company from its directors and, with the benefit of a moratorium on creditor enforcement action, seeks to either rescue the company as a going concern or achieve a better outcome for creditors than in a liquidation. An IP will assume the role of administrator when a company enters administration and the administrator's task is to achieve one of the statutory purposes of administration, being (i) the rescue of the company as a going concern, (ii) achieving a better result for the company's creditors as a whole than would be likely if the company were wound up (without first being in administration) and (iii) realising property in order to make a distribution to one or more secured or preferential creditors.<sup>5</sup>

A company is placed into administration either by (i) a court order following an application to court by the company, its directors or any creditor or (ii) the filing of certain documents at court by either the company, its directors or the holder of a qualifying floating charge<sup>6</sup> over the company's assets (referred to as an out-of-court appointment). Generally, out-of-court appointments are more common because they are quicker and cheaper, but there are certain situations where it is necessary to make a court application including, for example, if there is an outstanding petition to wind-up the company (as described in section 3(b) (ii) below). In general, when a company is placed into administration at least two administrators from the same firm of IPs will be appointed. This is largely

---

representing 75% by value of each class of creditor has voted in favour of the agreement and (b) the court is satisfied that the scheme is fair. A restructuring plan is similar to a scheme of arrangement with the key difference that it allows for entire dissenting classes of creditors to be 'crammed down' provided (a) at least one relevant class of creditors votes in favour of the agreement and (b) the court is satisfied that the dissenting class would be no worse off under the restructuring plan than they otherwise would be in the most likely alternative scenario if the restructuring plan were not approved.

5. Preferential creditors are creditors whose claim ranks in priority to unsecured creditors and creditors with the benefit of a floating charge. Preferential claims include certain employee claims, contributions to pension schemes and tax liabilities.
6. A floating charge is form of security over a debtor's assets where, prior to insolvency, a debtor is free to continue to deal with the charged assets (including buying and selling those assets) without needing the consent of the holder of the charge. A qualifying floating charge is a floating charge over a debtor's assets and undertaking which purports to empower the holder of the charge to appoint an administrator or expressly states that paragraph 14 of Schedule B1 of the Insolvency Act 1986 applies to it.



## The task of an insolvency practitioner in England and Wales

for practical reasons, such as allowing the administrators to divide tasks and responsibilities between themselves and so that there is more than one person authorised to sign documents.

Administrators have the benefit of broad statutory powers to enable them to achieve the purpose of administration. Insolvency legislation specifically mentions certain powers including to (i) bring and defend proceedings on behalf of the company, (ii) dispose of company property, (iii) to make payments to creditors, (iv) to remove or appoint directors and (v) to investigate the circumstances leading up to the company's entry into administration, pursue directors for any wrongdoing that may have impacted the assets available to creditors and seek to set aside certain transactions. However, the powers listed in insolvency legislation are not exhaustive and administrators are generally empowered to do anything necessary for the management of the affairs, business and property of a company.

Administrators must comply with duties to act as quickly and efficiently as reasonably practicable and to act objectively for the benefit of creditors as a whole (including avoiding conflicts of interest as discussed in section 4(b)). The exception to this is where administrators are pursuing the third statutory objective (i.e. a distribution to one or more secured or preferential creditors) – in this situation, administrators may put those secured or preferential creditors above other creditors provided that the administrators avoid unnecessary harm to those other creditors. In addition, an administrator is classed as an officer of the English court and therefore has to comply with the duty of such officers to act honourably and fairly.

As part of their duties, during the course of an administration, administrators have to carry out certain statutory tasks. This includes: (i) compiling a statement of affairs of the company setting out the details of the company's financials including debts, liabilities and creditors at the outset of the administration, (ii) presenting proposals to creditors setting out how they intend to achieve the purpose of the administration within eight weeks of their appointment (and obtaining creditor approval for those proposals) and (iii) prepare progress reports to be circulated to creditors and filed at UK Companies House every six months.

Generally, a sale of the business and assets of a company in administration on a going concern basis will achieve the greatest return for creditors. For this reason, administrators may choose to trade the company in administration (including continuing to perform commercial contracts and satisfy urgent creditors and retaining employees) to preserve the business as a going concern whilst

they market the business and negotiate a sale. In some cases, administrators will seek to achieve a going concern sale of a business without having to trade the business (and suffer the risk that the business will fall apart under the stigma of insolvency) by selling the business immediately upon their appointment in a ‘pre-packaged sale’ (as described in section 4(a) below).

If administrators require longer than a year to complete an administration, it is possible to extend the administration by a further year with the consent of the company’s creditors or by such period as the court may order upon an application by the administrators. An extension application will typically be granted by the court provided that the administrator can demonstrate that progress whilst good progress is being made with the administration, further work remains to be done. It is most common for extensions to be for 12 months at a time but, in some more complicated and long running administrations, the court has been willing to grant longer extensions (such as, for example, for 36 months).

The most common exit route from administration is to place a company into liquidation (as described in section 3(b)(ii) below).

ii. *Liquidation*

Liquidation (which is often referred to as a ‘winding-up’) is an insolvency process where, similar to administration, an IP will assume the role of liquidator and take over the affairs of an insolvent company from its directors with the benefit of a moratorium on creditor enforcement action. However, where an administration contemplates the rescue of a company as a going concern, liquidation is a terminal procedure pursuant to which a company’s business is terminated, its assets are realised and the proceeds are distributed to creditors (and in certain cases members).

There are three types of liquidation: compulsory liquidation, creditors’ voluntary liquidation (“CVL”) and members’ voluntary liquidation (“MVL”).

In a compulsory liquidation, a company is wound-up by the court typically at the instigation of its creditors. The compulsory liquidation process is started by the filing of a winding-up petition at court. This winding-up petition will then be heard by the court at a winding-up hearing and the court will decide whether or not to place the company into compulsory liquidation. There are a number of grounds on which the court will place a company into compulsory liquidation, but the most common ground used by creditors is that the company is unable to pay its debts. Upon a winding-up order being made by the court, the

## The task of an insolvency practitioner in England and Wales

Official Receiver (being an officer of the UK government agency responsible for insolvency, the Insolvency Service) will be appointed as initial liquidator. The Official Receiver is answerable to the courts. The Official Receiver often then chooses to seek nominations from creditors for an IP to take over as liquidator. If the Official Receiver does choose to seek nominations for a liquidator, it must obtain the creditor approval for the replacement liquidator either by a decision or deemed consent procedure in accordance with the England and Wales Insolvency Rules within 4 months of the date of the winding-up order. The Official Receiver is also permitted to apply to the UK Secretary of State to appoint a liquidator in its place (regardless of whether one has been nominated and approved by creditors or not).

In contrast to compulsory liquidation, both CVLs and MVLs are processes commenced by a resolution of a company's members. The key difference between a CVL and an MVL is whether the company's directors are able to swear a declaration that the company is solvent (i.e. that the company will be able to pay its debts in full, together with any interest, within a specified period not exceeding 12 months from the commencement of the liquidation) or not. If the directors are able to swear this declaration of solvency, then the company will be placed into a MVL (which, in this way, is not actually an insolvency processes at all) and if they cannot make the declaration, the company will be placed into a CVL. Unlike in compulsory liquidation where the Official Receiver is appointed as liquidator at first, an IP will be appointed as liquidator at the outset of a CVL or MVL.

Liquidators have a duty to act in the interests of a company's creditors as a whole and to do so objectively and impartially (including avoiding conflicts of interest as discussed in section 4(b)). During the course of a liquidation, as the liquidator realises assets it must produce annual progress reports and, at the end of liquidation, prepare a final account to be circulated to the company's members and filed at UK Companies House.

Similarly to administrators, liquidators have the benefit of wide statutory powers to assist them in their task of realising a company's assets and to distribute realisations to creditors (and also members in an MVL). This includes powers to: (i) pay any class of creditor in full and to make compromises with any creditors, (ii) to sell any of the company's property, (iii) to investigate the circumstances leading up to the company's entry into liquidation and to bring proceedings in relation to those investigations (including to set aside certain transactions) and (iv) the power to disclaim onerous property or contracts (this allows a liquidator to, for example, disclaim an unprofitable contract to which a company is party

and is a power not available to administrators). In addition to these specific powers, liquidators are empowered by a general power to do such things as are necessary for the winding-up of a company's affairs and the distribution of its assets.

It is common for companies that enter into another insolvency process (such as, for example, administration) to subsequently enter into liquidation at some later point so that their assets can be realised and distributions made to creditors. At the end of a liquidation, when the company has no assets left for the liquidator to realise and all available distributions have been made to creditors (and members in an MVL), the liquidator will vacate office and the company dissolved (at which point the company will be removed from the register of companies at UK Companies House).

iii. *Receivership*

The appointment of an IP as a receiver is a remedy for a company's creditors and certain third parties to take control of and protect their interests in one or more specified assets (e.g. shares, property etc). Receivers can be appointed by the court or by certain documents entered into between a company and its creditors (including security documents containing a fixed charge). Whilst the way in which a receiver is appointed and the receiver's powers will vary depending on the different types of receivership, a receiver will generally be empowered to preserve and sell the asset over which they have been appointed in order to repay the liabilities of the company to the specific creditors with the interest in that asset. This is a key distinction between administration and liquidation where an IP is acting as administrator or liquidator for the benefit of a company's creditors as a whole. Further, the receiver has no reporting requirements to the company's general body of creditors and accordingly, receivership is therefore a typically quicker and cheaper proceeding than administration and liquidation. The proceeding itself however, does not involve any moratorium which would otherwise protect and preserve the assets of the company from the enforcement of creditor claims.

Whilst certain types of receiver (including receivers appointed by a fixed charge holder under a security document) are not technically office-holders under insolvency legislation and therefore are not necessarily roles that have to be assumed by an IP, in practice, it is most common for IPs to be appointed.

iv. *Company voluntary arrangement*

A company voluntary arrangement ("CVA") is a contractual arrangement between a company and its creditors pursuant to which dissenting unsecured cre-

ditors can be ‘crammed down’ provided that certain levels of creditor support are obtained.

A company will propose an IP (at this point called a ‘nominee’) to work with them to prepare a CVA proposal to be presented to its creditors. As part of this process, the company will need to provide certain information to the nominee so that the nominee can properly consider the merits of the CVA proposal (including a statement of the company’s affairs). Once the proposal has been finalised, the nominee will then produce a statement to the company’s directors confirming if the CVA is viable and file a report at court setting out, amongst other things, (i) that the company’s directors have received appropriate advice in relation to the CVA and (ii) the nominee’s view as to whether the CVA is not manifestly unfair and has a reasonable prospect of being approved by creditors and implemented.

Once the CVA proposal has been prepared, the nominee is responsible for chairing a meeting of the company’s creditors to seek their approval on the proposal. As part of this, the nominee will (i) decide whether or not to admit creditors’ claims, (ii) determine the value of creditors’ claims and (iii) prepare a report of the meetings to be filed at court and at UK Companies House.

If a CVA proposal is approved by a company’s creditors, an IP will be appointed as supervisor to ensure the CVA is properly implemented in accordance with its terms. Other than in certain limited circumstances (such as where the nominee has defaulted in its duties and a replacement has to be appointed by the court), the original nominee proposed by the company at the outset of the CVA process will automatically become the supervisor of the CVA once it is approved. In this role, the IP is acting for the benefit of the creditors subject to the CVA as a whole.

v. *Standalone moratorium*

In 2020, a new procedure was introduced in England and Wales which provided for companies to obtain a standalone moratorium on creditor action to provide them with breathing space to negotiate with creditors, restructure or find new investment. The moratorium is available for an initial period of 20 business days but can be extended for different periods in various ways with creditor consent, without creditor consent and by court application. This moratorium is implemented under the supervision of an IP who is referred to as a monitor.

The moratorium is available to companies that are unable to pay their debts or are likely to become unable to do so where it is likely that the moratorium would re-

sult in the rescue of the company as a going concern. Prior to the moratorium, the monitor's role is to engage with the company to consider if the company is eligible for the moratorium (principally by assessing the company's financial position and the prospect of the company being rescued as a going concern). Following the commencement of the moratorium, the monitor's role shifts to monitoring the company's affairs to assess whether it remains likely that the moratorium will result in the rescue of the company as a going concern. In order to fulfil this role, the monitor is entitled to require that the company's directors provide information to it and, where necessary, may apply to court for directions.

#### **4. Focus on IP's duties**

As set out in section 3, IPs are subject to a range of duties under insolvency legislation set out in the Insolvency Act 1986 and the Insolvency (England and Wales) Rules 2016. Some IP duties are general to their roles at all times whilst others are specific to particular restructuring or insolvency processes. In this section, we will discuss a number of issues which bring the IP's duties into sharper focus.

##### *4.1. Pre-packaged administration sales*

A pre-packaged administration sale (often referred to as a 'pre-pack') is a sale of a company's business and/or assets by administrators which takes place immediately after a company is placed into administration. In order to effect a sale of the company's business and/or assets so quickly upon the administrators' appointment, it is necessary to negotiate the terms of the sale prior to the appointment. This will involve the company and the IPs (at this point acting in an advisory capacity prior to their appointment as administrators) conducting a quick, discreet and inevitably limited marketing process to find a purchaser and ascertain the market value of the assets to be sold and then negotiating the sale terms with that purchaser. Often the company's secured creditor will be involved in this process because, where the company's business and/or assets are subject to the secured creditor's security, the administrators will need that secured creditors consent to release their security in order to complete the sale.

Pre-packs can be beneficial for a company's creditors for a number of reasons:

- i. A pre-pack sale is effected very quickly which can make for a smoother transfer of the company in administration's business to a purchaser (compared to a sale that takes place after a company has been in administration for a period of weeks or months). This often minimises the damage to a business's value caused by the stigma of the company entering into

## The task of an insolvency practitioner in England and Wales

administration and reduces the costs of the administration process, thereby improving returns for creditors.

- ii. The quick transfer of the business and/or assets to the purchaser may limit the loss of key staff and the number of counterparties terminating key contracts as a result of the company entering into administration.
- iii. It may be the only option to sell a company's business and assets where the company has insufficient cash (and does not have access to funding) to allow administrators to continue to trade the business in administration for long enough to market the business and/or assets and negotiate a sale.

However, notwithstanding these advantages, pre-packs have often been controversial and as a result have prompted debate about the IP's duties and wider public policy considerations when acting on a pre-pack administration sale. The criticisms of pre-packs include:

- i. Lack of transparency. Typically, the company's creditors (other than the secured creditor) only become aware of a pre-pack sale after it has taken place and they have limited options to take action if they are unhappy with the sale.
- ii. Lack of accountability. A pre-pack sale often involves the sale of all or most of the valuable assets of a company and it is completed before the administrators have distributed and agreed their proposals for an administration with creditors.
- iii. Risks of conflict of interest. There is a risk of a conflict of interest between the administrators' role to maximise value for the benefit of creditors and an IP being engaged by a company and/or its secured creditor in an advisory role prior to their appointment to negotiate a pre-pack sale. There is a clear incentive for the IP to agree to work on a pre-pack proposal if that means that they will subsequently be appointed as administrator.
- iv. Risks of pre-pack sales to parties connected to the company in administration. Pre-packs have often been used to sell a company's business and assets to a new vehicle run by the existing management. This has been referred to as 'phoenixism', where a business rises from the ashes of a company in financial difficulty by using a pre-pack to move the assets and goodwill of a company to a new vehicle unburdened with the original company's debt. When a sale to a connected party is coupled with an accelerated, limited marketing process, this can easily lead to the perception that the pre-pack does not maximise returns for the creditors of the company in administration.

In light of these criticisms, legislation has been introduced and guidelines have been put in place to seek to regulate pre-packs (and provide protection for both creditors and IPs):

- i. The Insolvency Service has introduced certain professional guidelines called Statements of Insolvency Practice (“SIPs”) (as discussed at section 5.1). SIP 16, which is the most recent iteration, sets out certain guidelines that apply to all pre-packs (whether the purchaser is a connected party or not). SIP 16 is not legally binding, but failure by an administrator to comply with it may subject an IP to regulatory or disciplinary proceedings. SIP 16 provides, amongst other things, requirements in relation to (i) marketing (including that the business should be marketed as widely as possible, taking into account the nature of the business and the independence of any valuations obtained) and (ii) disclosure (including the requirement that the administrator provide creditors with a detailed explanation and justification for why the pre-pack was undertaken, together with details of the alternative options considered).
- ii. In addition, where administrators effect a pre-pack sale of a substantial part of a company’s business and assets to a connected person (or make any sale of a substantial part of a company’s business within eight weeks of the commencement of an administration), new regulations introduced in 2021<sup>7</sup> provide that the administrator must either (i) seek creditor approval or (ii) obtain a report from the purchaser, prepared by an evaluator, which states, amongst other things, whether the evaluator is satisfied that the consideration and grounds for the pre-pack are reasonable. For the purposes of these regulations, a connected person is defined widely to include directors of the company in administration, shareholders holding more than a third of the voting capital of the company, and entities controlled or owned by those directors or shareholders. In pre-packs, obtaining creditor approval will not be practical so, inevitably, most administrators will look to obtain the evaluator’s report. However, the way in which the evaluator’s report is prepared means that the practical protection offered by the regulations is arguably limited. The evaluator’s report is commissioned by the connected purchaser and there is nothing to stop the purchaser from commissioning multiple reports if they do not agree with the conclusions in the first report. There is also no need for the evaluator to have any professional qualifications (although they do need to have professional indemnity insurance). That being said, so far, in practice, most evaluator’s reports have been prepared by members of a small pool of professionals with deep knowledge and experience in relation to pre-packs.

---

7. Administration (Restriction on Disposal etc. to Connected Persons) Regulations 2021.



4.2. *The duty to act independently and impartially and the impact of conflicts of interest and any advisory roles held by an IP prior to their involvement in a formal restructuring or insolvency process*

IPs are required to act objectively, particularly in situations where they owe duties to a company's creditors as a whole when acting as administrator or liquidator. This means that IPs should disclose any conflict, potential conflict or prior relationships that may impact their performance and discharge of their duties.

In addition to the risks of conflicts of interest in a pre-pack administration sale (as set out in section 4.1), there may be conflicts between an IP taking an appointment as office-holder and previous work carried out in an advisory capacity. Acting for a company or its creditors in an advisory capacity prior to their appointment in an insolvency process does not necessarily present a conflict that precludes an IP from taking up an appointment. However, the IP will often be required to provide a statement at the time of their appointment setting out their previous relationship with the company or its creditors. The exact scope of this duty on IPs to declare interests will depend on the facts of each individual situation, but the courts have found that a relationship with a connected party such as a company's shareholder may need to be declared in certain circumstances.

To the extent that an IP is concerned about a conflict or a potential or perceived conflict, they can apply to the court for directions and, if appropriate, the court may choose to appoint an additional conflict office-holder to work alongside the initial IP to deal with any particular matters where conflicts may arise.

4.3. *The duty of IPs to exercise professional judgment (and the court's deference to that judgment) and the limited impact of public policy considerations on IP conduct*

The courts are generally reluctant to interfere with the professional judgment of IPs when they take action as part of a restructuring or insolvency process. For example, the court has refused to grant an injunction preventing a liquidator from selling certain real estate properties where, upon professional advice received by the liquidator, the properties were not marketed as part of a wider package.<sup>8</sup> In this situation, the court refused the injunction because the liquidator had not acted negligently or dishonestly in pursuing their chosen strategy for

---

8. Absolute Living Developments Ltd (in liquidation) (acting by its liquidator, Louise Mary Brittain) v DS7 Ltd and others [2021] EWHC 2311 (Ch).

selling the properties (even if the liquidator could have achieved a higher price if they had chosen a different strategy).

As a result of the court's deference to the professional judgment of IPs, public policy considerations (such as for example, the need to safeguard jobs) have only a very limited impact on IP conduct. This reflects the court's understanding of the nature of an IP's task and its trust in the commercial judgment of qualified professional IPs. The court acknowledges that it is the nature of insolvency appointments that IPs are inevitably working at great speed navigating often complex issues in circumstances which demand urgent decision-making (and where such decisions frequently have to be based on imperfect or incomplete information). The key area where policy considerations are more prominent is with pre-pack administration sales (as discussed at section 4.1 above). In general, the position in England and Wales is that insolvency legislation and the Courts should give IPs sufficient scope to exercise their professional judgment and that by allowing them to do so businesses can have confidence that companies in financial difficulty will be rescued if possible and, failing that, will be wound-down in a fair and transparent manner.

#### 4.4. *Investigations and claims by IPs in administration and liquidation*

As part of their duty to act for the benefit of a company's creditors as a whole, administrators and liquidators are required to investigate the circumstances leading up to a company's entry into an insolvency process (including, in certain situations, preparing a report on director conduct to be provided to the UK government). This includes claims for: (i) misfeasance (where a person, usually a director, has misapplied or retained a company's property in breach of their duties), (ii) wrongful trading (where a director allowed a company to continue to trade after the point where they knew or ought to have known that there was no reasonable prospect of the company avoiding administration or liquidation), (iii) fraudulent trading (where a director carried on a company's business with an intent to defraud its creditors or for other fraudulent purposes) and (iv) certain reviewable transactions (transactions that took place prior to the company's entry into administration or liquidation which were detrimental to creditors – this includes dispositions of a company's assets for less than their proper value or transferring money or assets to a particular creditor motivated by a desire to prefer them above other creditors).

However, the IP's duty to investigate and pursue potential claims must be balanced against the cost of doing so. In many insolvencies there will be insufficient assets in the company's insolvent estate to fund litigation, so IPs will have to weigh up the benefit of pursuing claims against the costs and risks of such pro-

ceedings. Traditionally, unless a company has sufficient assets to enable the IP to investigate and pursue claims, such claims would typically not be subject to investigation. However, in recent years a number of different funding options are available to IPs such as: (i) agreements with third party litigation funders, (ii) agreements with creditor funders (i.e. where a creditor of the company in administration or liquidation provides funding – this can sometimes be easier for an IP to obtain because a creditor could be more willing to fund than a third party litigation funder because they already have a vested interest in the company), (iii) conditional fee agreements with lawyers (i.e. agreements where the lawyers fees will only be paid where the claim is successful) and (iv) after the event insurance (insurance which protects against the risk of having to pay the other side's costs if the IP is unsuccessful in its claim). Each of these litigation funding tools will have cost implications and the interest and other costs payable to those assisting with funding could erode the returns for a company's creditors if an IP's claim is successful.

Since new legislation was introduced in 2015,<sup>9</sup> administrators and liquidators can now assign certain claims (including wrongful trading claims, fraudulent trading claims and certain reviewable transaction claims). However, an assignment of such claims will have implications for the IP's duties – the IP will need to weigh up whether the returns for creditors will be maximised if they retain conduct of a claim themselves (even if they have to pay for one or more litigation funding tools) or if it is better to simply sell the claim to a third party. Any litigation will likely take a period of several months or even years (and the result of the litigation is inherently uncertain) so the IP will also need to consider whether it is preferable to choose the certainty of getting money into the company's estate now by assigning the claims (although the price for the claims will inevitably be at a discount to the face value of the claim to reflect the time it will take the purchaser to pursue them and the risk that the claim will not be successful).

## **5. IP conduct**

As already set out in this article, IPs have wide powers to fulfil their role and carry out their duties. To ensure that IPs properly exercise their powers, various guidance exists to assist IPs and there are certain means for creditors to look to challenge IP conduct or have a particular IP removed as office-holder.

---

9. S246ZD of the Insolvency Act 1986 introduced by the Small Business Enterprise and Employment Act 2015.

Prior to discussing IP conduct, it is important to note that, in administration and liquidation, an IP acts as an officer of the court and as agent for company. As a result, the IP will not assume personal liability for the contracts they enter into or the actions they take whilst acting as administrator. Nonetheless, out of an abundance of caution, most contracts signed by an administrator or liquidator will include express wording providing that the IPs are acting as agent and without personal liability.

### 5.1. *Guidance for IPs*

IPs have the benefit of certain guidance setting out frameworks and standards for them to exercise their powers.

The Insolvency Code of Ethics also applies to all IPs. The Code of Ethics provides a framework for IPs to comply with principles of integrity and professional behaviour, ensure that non-compliance is dealt with appropriately and to take such further action as may be appropriate in the public interest. The five fundamental principles of the Code of Ethics are integrity, objectivity, professional competence and due care, confidentiality and professional behaviour.

As mentioned in section 4.1 in relation to pre-packaged administration sales, SIPs set out required practice, compliance standards and essential procedures for IPs engaged as office-holders. The purpose of SIPs is to standardise the approach taken by IPs in England and Wales and thereby ensuring IPs act with the highest standards. IPs are required to comply with SIPs and failure to do so may result in regulatory or disciplinary action being taken against an IP. There are currently numbered SIPs in force, from SIP 1 through to SIP 17. Each SIP covers a different topic setting out guidelines on, amongst other things, (i) investigations by administrators and liquidations (SIP 2), (ii) CVAs (SIP 3.2), (iii) payments to IPs and their associates (SIP 9), (iv) disposals of assets to connected parties in insolvency processes (SIP 13) and (v) pre-packs (SIP 16).

### 5.2. *Challenges to IP conduct*

Whilst the fact that administrators act as agent without personal liability affords IPs significant protections when acting as office-holders and the court generally defers to an IP's professional judgment, they are still susceptible to certain challenges.

For example, in an administration, a creditor has the power to apply to court where: (i) an administrator is acting or has acted so unfairly as to harm the

creditor's interests (whether alone or in common with other creditors), (ii) the administrator proposes to act in a way which would unfairly harm the creditor's interests or (iii) the administrator is not performing their functions as quickly or as efficiently as is reasonably practicable. For these purposes, the concept of unfair harm requires the creditor to show not only that they were harmed but that the harm they suffered prejudiced them differently to other creditors without sound commercial reasons for doing so. If the creditor's application is successful, the court has a wide discretion to grant relief including to regulate the administrator's exercise of their functions, require the administrator to do or not to do a specified thing, require a decision of the company's creditors on a particular matter or provide for the administrator's appointment to cease to have effect.

The scope for creditors to bring an action in relation to unfair harm or inefficient conduct (as described above) are limited to actions taken by an IP as an administrator and can only be brought against an IP currently acting as administrator (not one that has ceased to act). The closest equivalent provision for creditors that are dissatisfied with the actions of a liquidator is the power for any person 'aggrieved by an act or decision' of a liquidator to apply to court so that the court can confirm, reverse or modify that act or make such other order as it thinks just. However, here the standard of conduct required for a court to interfere in the liquidator's conduct is very high – the liquidator would have to "have done something so utterly unreasonable and absurd that no reasonable [liquidator] would have done it".<sup>10</sup>

It is also possible for claims to be brought against administrators or liquidators for misfeasance (provided in some cases that the leave of the court is obtained in advance). In order to establish a misfeasance claim, it must be demonstrated that the administrator or liquidator has misapplied, retained or become accountable for any money or other property of the company in administration or liquidation in breach of their duties in relation to the company. If a misfeasance application is successful, the court may compel the administrator or liquidator to repay, restore or account for the money or property (plus interest) or contribute a sum to the company in compensation.

In addition, whilst the requirements vary between different processes, creditors generally have the power to remove or replace an IP during a restructuring or insolvency process provided that a sufficient proportion of the creditors support the removal or replacement, or a court order is obtained.

---

10. Re Edengate Homes (Butley Hall) Limited (in liquidation); Lock v Stanley [2022] EWCA Civ 626.

## **6. IP remuneration when acting as office-holder**

The remuneration of administrators and liquidators may be by reference to the time spent by the office-holder, a fixed fee or as a percentage of the value of the assets realised or distributed to creditors. Prior to carrying out their work, administrators and liquidators are required to provide an estimate of fees to creditors for approval. These fees will either be approved by a creditors committee (if the creditors chose to form a committee – this is an option in all administrations or liquidations but is only generally formed in larger, more complex insolvencies) or, if there is no committee, by a resolution of the general body of creditors at a meeting.

In deciding whether to approve an office-holder's remuneration, creditors have regard to (i) the complexity of the insolvency, (ii) if the office-holder has to take some kind of exceptional responsibility, (iii) the effectiveness with which the office-holder is carrying out their duties and (iv) the value and nature of the property the office-holder is dealing with.

To the extent that either an office-holder or a creditor is dissatisfied with the level of remuneration fixed by the creditors' committee or general body of creditors, they can apply to court for the remuneration to be increased or decreased. Applications to court from creditors tend to be rare because in order to be successful the creditor must demonstrate that the remuneration is excessive in all circumstances (which is difficult to prove).

## **7. The future for IPs**

At the end of 2021, the UK government published a consultation on significant plans to reform, strengthen and modernise the regulation of IPs. The plans included a proposal to create a regulator with powers to authorise, regulate and discipline IPs and to set regulatory standards. The regulator would also have the power to regulate firms and companies providing insolvency services in addition to individual IPs. In addition, the plans proposed the creation of a single publicly accessible register of IPs and firms offering insolvency services and considered a compensation mechanism for IPs and firms providing insolvency services (for example, where an IP's mistake or failure has caused undue anxiety or distress). The proposals also discuss reforms to the current requirements for IPs to have security in place (see section 2) including considering additional protections for creditors against losses due to the fraud or dishonesty of IPs, extending existing statutory requirements for IP security and improving transparency in relation

## The task of an insolvency practitioner in England and Wales

to IP security (by, for example, requiring IPs to declare to creditors the level of security cover they hold at the start of an insolvency process).

Whilst, at first glance, there are benefits to increased regulation of IPs and firms providing insolvency services, IPs have voiced concerns about some of the proposed reforms. In particular, there is seen to be a risk that a single government regulator of IPs may not be wholly independent and, if connected with the government, it would be conflicted by virtue of the fact that the government would be responsible for creating insolvency legislation, regulating IPs and also carrying out certain insolvency work itself through the Official Receiver and Insolvency Service. This could potentially create a situation where the government can regulate IPs without being subject to the same scrutiny itself when acting as Official Receiver.

The UK government requested responses to the proposals in their consultation by the end of March 2022. There is currently no indication of which proposals the government will take forward, what feedback from the public they will take into account in their proposals or the timeline for next steps.





# De Nederlandse curator en zijn Belgische confrater: een rechtsvergelijking van de taak van de Nederlandse en de Belgische curator

MR. J.J. VAN EE, MR. M.N. DE GROOT<sup>1,2</sup>

## 1. Inleiding

In de afgelopen periode is de taak van de curator breder geworden. De curator dient met (steeds) meer belangen rekening te houden dan met alleen die van de gezamenlijke schuldeisers. Hierdoor rijst de vraag in hoeverre de taken van de curator nog verenigbaar met elkaar zijn, of de daarbij beoogde doelen worden bereikt én of dit niet ten koste gaat van de hoofdtaak van de curator om de failliete boedel te beheren en vereffenen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>3</sup>

De taak van de curator is dan ook een *hot item* in de literatuur en met de verwachte stijging van het aantal faillissementen in 2023 zal het een nog actueler thema worden.<sup>4</sup> Overigens wordt niet alleen in Nederland, maar ook in een groot aantal andere Europese landen een significante toename in het aantal faillissementen verwacht.<sup>5</sup>

Op Europees niveau wordt hard gewerkt aan de harmonisatie van het insolventierecht binnen de Europese Unie.<sup>6</sup> De Europese Commissie heeft hiertoe op

- 
1. Mr. J.J. van Ee en mr. M.N. de Groot zijn advocaat en curator bij CMS in Amsterdam.
  2. Deze bijdrage is afgesloten op 26 januari 2023.
  3. Zie art. 68 lid 1 Fw. Uit het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht van 1 november 2021 (p. 13) blijkt dat de wetgever *'het beheren en vereffenen van het vermogen van de schuldenaar'* nog steeds als hoofdtaak van de curator beschouwd.
  4. Kredietverzekeraar Atradius N.V. verwacht een toename van 77% van het aantal faillissementen in 2023 als gevolg van het eindigen van de coronasteun en de hoge inflatie en energieprijzen (zie rapport van Atradius N.V. van 6 oktober 2022, te raadplegen via: <https://group.atradius.com/publications/economic-research/sharp-increase-in-insolvencies-as-government-support-expires.html>).
  5. Atradius N.V. verwacht een toename van 58% in Frankrijk, 78% in Oostenrijk, 49% in België en 51% in Italië (zie rapport van Atradius N.V. van 6 oktober 2022, te raadplegen via: <https://group.atradius.com/publications/economic-research/sharp-increase-in-insolvencies-as-government-support-expires.html>).
  6. *Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council harmonising certain aspects of insolvency law*, te raadplegen via <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?qid=1670511556992&uri=COM%3A2022%3A702%3AFIN>).

Mr. J.J. van Ee, mr. M.N. de Groot,

7 december 2022 een voorstel van een richtlijn gepresenteerd, waarin onder meer de navolgende onderwerpen aan bod komen: de faillissementspauliana, *asset tracing*, de pre-pack, de verplichting voor bestuurders om eigen faillissementsaangifte te doen, een versimpelde liquidatieprocedure voor micro-ondernemingen, de schuldeiserscommissie en een verplichting per lidstaat om een *factsheet* op te stellen met de belangrijkste kenmerken van haar nationaal insolventierecht.

Het voorstel bevat geen specifieke bepalingen over de taak of werkzaamheden van de curator, zodat op dit vlak (nog) geen (verdere) harmonisatie zal plaatsvinden. Desalniettemin kan een rechtsvergelijking inspiratie bieden voor de gewenste invulling van de taak van de Nederlandse curator. Aangezien het lustrumcongres van INSOLAD dit jaar in Brugge plaats zal vinden, heeft dit ons op het idee gebracht om een blik te werpen bij onze zuiderburen en te onderzoeken op welke wijze de taak van een Belgische curator wordt ingevuld. Spelen in België vergelijkbare vragen over de (invulling van de) taak van de curator? Dient hij (exclusief) het schuldeisersbelang te behartigen of mag/moet hij ook rekening houden met andere belangen? Hoe zit het met faillissementsfraude? Rust op de Belgische curator ook een (wettelijke) verplichting met betrekking tot fraudesignalering?

Voor ons onderzoek hebben we dankbaar gebruik gemaakt van alle informatie, literatuur en rechtspraak die wij van onze Belgische collega mr. Pieter Dieltjens hebben ontvangen.<sup>7</sup> Daarnaast willen wij ook graag mr. Roel Verheyden bedanken voor de tijd en moeite die hij heeft genomen om onze (vele) vragen te beantwoorden en met ons van gedachten te wisselen.<sup>8</sup>

Uit ons onderzoek is gebleken dat er veel overeenkomsten zijn tussen de taken van een Belgische en een Nederlandse curator. Er zijn echter ook verschillen. Zo heeft de Belgische wetgever gekozen voor een andere route met betrekking tot de aanstelling van de curator en is de wettelijke taak van een Belgische curator traditioneler. In ons artikel komen beide onderwerpen aan bod.<sup>9</sup>

---

7. Mr. Dieltjens is advocaat bij CMS DeBacker in Antwerpen.

8. Mr. Verheyden is werkzaam als advocaat bij ALTIUS in Brussel. Mr. Verheyden is gepromoveerd aan de KU Leuven op de handhaving van aansprakelijkheid in het faillissementsrecht van ondernemingen. Daarnaast werkt hij als wetenschappelijk vrijwilliger aan de KU Leuven en publiceert hij regelmatig in academische tijdschriften.

9. In deze bijdrage laten wij faillissementen van natuurlijke personen die geen onderneming drijven buiten beschouwing.

We zullen eerst ingaan op de wijze van aanstelling van de curator naar Nederlands en Belgisch recht en welke lessen wij daaruit kunnen trekken. Daarna bespreken wij de (wettelijke) taak van de Nederlandse en Belgische curator. Met name de fraudesignalerende rol van de Nederlandse curator op grond van art. 68 lid 2 Fw zullen wij vergelijken met de wettelijke taak van een Belgische curator.

## 2. Selectie en aanstelling van de curator

### 2.1. *Introductie*

De wijze van selectie en aanstelling van een curator hangt nauw samen met de succesvolle taakuitvoering door de curator. Een curator zal eerst zorgvuldig moeten worden geselecteerd om te waarborgen dat een curator wordt aangesteld die over de juiste capaciteiten beschikt om zijn taak in dat specifieke faillissement adequaat en deskundig te kunnen uitvoeren. De taak van de curator vangt aan op het moment dat hij wordt aangesteld. In het navolgende zullen we eerst stilstaan bij de selectie- en aanstellingsprocedure van de curator in België en Nederland, waarna wij een vergelijking maken in het licht van de Europese Herstructureringsrichtlijn.<sup>10</sup>

### 2.2. *België*

De wettelijke basis voor de aanstelling van curatoren is te vinden in Boek XX ‘Insolventie van ondernemingen’ in het Wetboek van economisch recht (WER). De rechtbank die het faillissement van de schuldenaar uitspreekt wijst één of meer curatoren aan “*al naar de belangrijkheid van het faillissement.*”<sup>11</sup> De rechtbank van het arrondissement waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar is gelegen spreekt het faillissement uit en kiest de curator (en zijn medecurator) van een curatorenlijst.<sup>12</sup> Deze curatorenlijst is opgesteld door de algemene vergadering van de specifieke rechtbank die het faillissement uitspreekt.<sup>13</sup> De leden van deze algemene vergadering stemmen over wie al dan niet wordt toegelaten tot deze curatorenlijst. In bijzondere gevallen kan – wanneer de aard en de omvang van het faillissement dat vereisen – naast de aange-

---

10. Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

11. Art. XX.104 WER.

12. Art. XX.12 WER; Art. XX.122 WER.

13. Art. XX.122 WER.

Mr. J.J. van Ee, mr. M.N. de Groot,

stelde advocaat-curator een medecurator uit een andere beroepsgroep worden toegevoegd, vanwege zijn bijzondere bekwaamheden en ervaring.<sup>14</sup>

Om ingeschreven te kunnen staan op de curatorenlijst dient aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan. Anders dan in Nederland, worden uitsluitend advocaten die staan ingeschreven op het tableau van de Belgische Orde van Advocaten toegelaten tot de curatorenlijst van een rechtbank.<sup>15</sup> De Belgische wet schrijft voor dat de desbetreffende kandidaat een bijzondere opleiding moet hebben genoten en dat hij waarborgen kan bieden inzake zijn bekwaamheid op het gebied van vereffeningprocedures.

Voor zover ons bekend, zijn er door de Belgische wetgever geen nadere voorwaarden gesteld ter invulling van de hiervoor bedoelde bekwaamheid en (andere) waarborgen. Wij namen echter wel kennis van de ‘Beleidsnota omtrent curatoren’ van 2 februari 2022 van de (algemene vergadering van de) Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Brussel en het document ‘Competentieprofiel curator’ van december 2020 van de Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Antwerpen.<sup>16</sup> Met de beleidsnota en het competentieprofiel formuleren deze rechtbanken aanvullende criteria die zij hanteren bij de selectie van curatoren. Het is onduidelijk of andere rechtbanken in België dezelfde aanvullende selectiecriteria hanteren of een vergelijkbaar beleidsdocument hebben opgesteld. Het is interessant dat beide beleidsregels voorschrijven dat een kandidaat-curator vooraf een “*boekhoudkundige proef*” moet afleggen, om te bewijzen dat hij over de juiste competenties beschikt. Een vergelijkbare eis geldt in Nederland niet.

De Belgische wetgever heeft wel voorzien in meer uitgewerkte criteria voor de aanwijzing van “*insolventiefunctionarissen*”. Een insolventiefunctionaris is een persoon of instantie die (i) in het kader van een insolventieprocedure vorderingen verifieert en aanvaardt, (ii) het collectieve belang van schuldeisers behartigt, (iii) de goederen van de schuldenaar beheert, (iv) vereffent en de opbrengst verdeelt en/of (v) toeziet op het beheer van de onderneming van de schuldenaar.<sup>17</sup>

---

14. Art. XX.122 § 2 WER; A. Moens & I. van de Mierop, ‘Werkwijze van de curator: opstart, beheer faillissement, sluiting in Boek XX WER’, in: M.E. Storme, B. Tilleman, J. Vananroye, M. Vanmeenen & R. Houben (red.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen VI*, Brussel: Intersentia 2021, p. 3.

15. Art. XX.122 WER.

16. Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Brussel, ‘Beleidsnota omtrent curatoren’, 2 februari 2022, te raadplegen via: <https://www.rechtbanken-tribunaux.be/sites/default/files/media/orte/brussel/documents/norb-beleidsnota-curatoren-2.2.2022-004.pdf>.

17. Art. II.2 WER.

Insolventiefunctionarissen worden aangewezen “*op grond van hun kwaliteiten en volgens de noodwendigheden van de zaak.*”<sup>18</sup> Ze dienen waarborgen te bieden van bekwaamheid, ervaring, onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Ook moet hun beroepsaansprakelijkheid verzekerd zijn.<sup>19</sup> Curatoren vallen onder de definitie van insolventiefunctionarissen, zodat deze criteria ook worden gehanteerd voor de aanwijzing van curatoren.

Anders dan in Nederland, worden in België de curatorenlijsten jaarlijks gepubliceerd op de website van het Centraal Register Solvabiliteit.<sup>20</sup> Iedere rechtbank dient in de eerste week van het kalenderjaar de lijst te publiceren met de namen en kantoren van de tot de lijst toegelaten curatoren, inclusief het (zakelijke) adres en de (zakelijke) contactgegevens. Het is hierdoor voor iedereen na te gaan welke curatoren bij welke rechtbank tot de curatorenlijst zijn toegelaten. De wet schrijft voor dat de lijst per curator vermeldt (i) in welke faillissementen hij is aangesteld, (ii) de datum van deze benoeming(en) en – indien een faillissement reeds is geëindigd – (iii) de datum van de beëindiging van zijn opdracht. Een check van de gepubliceerde curatorenlijsten wees uit dat deze informatie echter op de laatst gepubliceerde versies ontbreekt en dat de lijsten alleen de namen en adressen van de tot de lijsten toegelaten curatoren bevatten.<sup>21</sup> Ook de data waarop de curatorenlijsten zijn gepubliceerd verschillen van elkaar.

Tegen de beslissing van de algemene vergadering van de rechtbank waarbij toelating tot de curatorenlijst wordt geweigerd of waarbij een toelating wordt geschrappt kan binnen een maand hoger beroep worden ingesteld bij het Hof van Beroep.<sup>22</sup>

Zodra een curator tot de curatorenlijst van een rechtbank wordt toegelaten legt hij een eed af, waarbij hij onder meer zweert zijn “*opdrachten in eer en geweten, nauwgezet en eerlijk te zullen vervullen.*”<sup>23</sup> Dit is anders dan in Nederland, waar door curatoren geen eed hoeft te worden afgelegd.<sup>24</sup>

---

18. Art. XX.20 WER.

19. Art. XX.20 WER.

20. Art. XX.122 WER; de lijsten zijn digitaal te raadplegen via: <https://www.regsol.be/home/LoginJustSolv>.

21. Art. XX.122 WER.

22. Art. XX.124 WER.

23. Art. XX.126 WER.

24. Anders dan de advocateneed bij de beëindiging tot advocaat door de rechtbank indien de curator tevens advocaat is (hetgeen in de Nederlandse praktijk vrijwel altijd het geval is).

### 2.3. *Nederland*

Wanneer een Nederlandse rechtbank een faillissement uitspreekt worden op grond van art. 14 Fw met het vonnis van de faillietverklaring één of meer curatoren aangesteld. Zeer recent op 1 januari 2023 is de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (de Implementatiewet) in werking getreden.<sup>25</sup> Als gevolg van die wet is aan art. 14 Fw een nieuw lid 5 toegevoegd:

*“5. De rechtbank stelt op grond van het eerste lid een curator aan die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bij de aanstelling:*

- a. houdt de rechtbank rekening met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de curator; en*
- b. hanteert de rechtbank een procedure en voorwaarden die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn.”*

Vóór deze uitbreiding, bevatte de Nederlandse wet geen nadere criteria voor de selectie en aanstelling van curatoren. Wel bestond er een door Recofa in 2013 gepubliceerd document met daarin de uitgangspunten voor toelating tot, verwijdering van de curatorenlijst en benoemingen in faillissementen (de Uitgangspunten 2013).<sup>26</sup>

Op deze uitgangspunten is door Wessels de nodige kritiek geuit.<sup>27</sup> Hij ziet onder meer geen wettelijke grondslag om de curatorenlijst te beperken tot advocaten en zet vraagtekens bij de legitimiteit van de Uitgangspunten 2013, omdat het

---

25. Wet van 23 november 2022 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn (EU) 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie) (PbEU 2019, L 172) (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie).

26. Recofa is het landelijke overlegorgaan voor rechters-commissarissen in faillissementen; R.A. Boon, M. Jansen, R.J. Verschoof, R. Kruisdijk & P.J. Neijt, ‘Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling’, 15 maart 2013. Het document was tot voor kort te raadplegen via rechtspraak.nl, maar dat is helaas niet meer het geval sinds publicatie van de ‘Richtlijnen aantallen curatoren in faillissementen en benoeming bewindvoerders in surseances van betaling 2023’ op 22 december 2022.

27. Wessels Insolventierecht IV 2020/4091g; B. Wessels, ‘Transparantie bij de benoeming van de faillissementscurator’, *Ars Aequi*, december 2017, p. 965 e.v.

oude art. 14 Fw (waarin het nieuwe lid 5 nog ontbrak) uitsluitend zag op de aanstelling van een curator en niets voorschreef omtrent de voorselectie. Met andere woorden, er was in zijn visie geen wettelijke grondslag voor de rechtbanken om een selectieprocedure te hanteren zoals de rechtbanken deden met de (toelatingsprocedure tot de) curatorenlijst conform de Uitgangspunten 2013.

Ook heeft Wessels kritiek op de voorgeschreven selectiemethode. Hij acht het benoemingenbeleid onbevredigend, omdat (i) de criteria voor ‘toelating’ tot een curatorenlijst meestal onbekend zijn, (ii) onduidelijk is of de criteria eenzijdig door een rechtbank worden vastgesteld dan wel in overleg met de mogelijke kandidaten voor het curatorschap, (iii) de criteria per arrondissement verschillend zijn, (iv) het rechtskarakter van de beslissing om een persoon niet toe te laten tot een curatorenlijst onduidelijk is (v) hetgeen ook geldt voor de mogelijkheid om tegen die beslissing bezwaar aan te tekenen.<sup>28</sup>

Op 22 december 2022 publiceerde Recofa de ‘Richtlijnen aanstellen curatoren in faillissementen en bewindvoerders in surseances van betaling’, welke zijn gaan gelden vanaf 1 januari 2023 (de Richtlijnen 2023).<sup>29</sup> De introductie vermeldt dat de Richtlijnen 2023 een nadere uitwerking zijn van de implementatie van de Europese Herstructureringsrichtlijn. De rechtbanken lijken met de Richtlijnen 2023 handen en voeten te geven aan de procedure die wordt bedoeld in het hierboven aangehaalde nieuwe art. 14 lid 5(b) Fw.

De Richtlijnen 2023 bevatten een substantieel aantal geschiktheidscriteria waar de kandidaat-curator aan moet voldoen. Het valt ons op dat de geschiktheidscriteria een mix zijn van objectieve criteria en subjectieve criteria. Het is bijvoorbeeld vrij eenvoudig vast te stellen of de kandidaat-curator anderhalf jaar staat ingeschreven als advocaat en of de kandidaat-curator een VOG-profiel 55 heeft overgelegd. Daar staan tegenover de criteria dat de kandidaat-curator (i) voldoende relevante ervaring heeft, (ii) dat de kandidaat-curator sociaal- en slagvaardig is en beschikt over voldoende onderhandelingsvaardigheden en (iii) dat er wordt gestreefd naar een zo divers mogelijke samenstelling van de curatorenlijst.<sup>30</sup> Deze laatstgenoemde criteria hebben een hoog subjectief karakter. De Richtlijnen 2023 maken niet duidelijk hoe en wanneer aan deze criteria kan

---

28. B. Wessels, ‘Transparantie bij de benoeming van de faillissementscurator’, *Ars Aequi*, december 2017, p. 969.

29. Te raadplegen via: <https://www.rechtspraak.nl/Voor-advocaten-en-juristen/Reglementen-procedures-en-formulieren/Civiel/Insolventierecht/Paginas/Richtlijnen-aanstellen-curatoren-in-faillissementen-en-benoeming-bewindvoerders-in-surseances-van-betaling.aspx>.

30. Recofa, ‘Richtlijnen aanstellen curatoren in faillissementen en bewindvoerders in surseances van betaling 2023’, p. 4.

worden voldaan. Ook vermelden de Richtlijnen 2023 niet of de criteria in de volgorde kunnen worden afgelopen zoals ze staan opgesomd of dat deze volgorde kan wisselen per geval. De woorden “*de rechtbank dient er voldoende vertrouwen in te hebben dat de verzoeker voldoet aan de voornoemde geschiktheidscriteria*”, lijken de rechtbanken een grote mate van vrijheid te geven bij het bepalen of een kandidaat-curator aan deze (subjectieve) geschiktheidscriteria voldoet en aan welke criteria per geval meer belang kan worden gehecht.<sup>31</sup>

De Richtlijnen 2023 schrijven niet voor dat desbetreffende rechtbank zijn motivatie om een toelatingsverzoek te weigeren aan de kandidaat-curator (of publiekelijk) kenbaar dient te maken. Ook maken de Richtlijnen 2023 geen melding van de mogelijkheid om tegen een dergelijke weigeringsbeslissing in beroep te gaan. Het is goed voor te stellen dat een kandidaat-curator die niet wordt toegelaten tot de curatorenlijst tegen die beslissing in beroep wil gaan. Om dat gemotiveerd te kunnen doen is het voor de desbetreffende kandidaat-curator essentieel om te weten op welke gronden haar of zijn toelating is geweigerd. De mogelijkheid om in beroep te gaan tegen de weigering op de curatorenlijst is in de Belgische wet wel expliciet opgenomen.<sup>32</sup>

#### 2.4. *Herstructureringsrichtlijn*

De Europese Herstructureringsrichtlijn legt met art. 26 een aantal verplichtingen op aan lidstaten ten aanzien van herstructurerings- en insolventiefunctionarissen:

*“1. De lidstaten zorgen ervoor dat:*

- a. de deskundigen die door een rechterlijke of administratieve instantie zijn aangesteld in een procedure inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld (“deskundigen”) adequaat worden opgeleid en beschikken over de voor hun taken vereiste deskundigheid;*
- b. de voorwaarden om voor aanstelling in aanmerking te komen en de procedure voor aanstelling en gedwongen of vrijwillig ontslag van deskundige duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn;*
- c. bij de aanstelling van een deskundige voor een specifieke zaak, met inbegrip van zaken met grensoverschrijdende elementen, zijn ervaring en deskundigheid, alsmede specifieke kenmerken van de zaak, voldoende in aanmerking worden genomen; en*

---

31. Recofa, ‘Richtlijnen aanstellen curatoren in faillissementen en bewindvoerders in surseances van betaling 2023’, p. 4.

32. Art. XX.124 WER.



- d. teneinde belangenconflicten te voorkomen, de schuldenaren en schuldeisers bezwaar kunnen maken tegen de selectie of aanstelling van een deskundige of om diens vervanging kunnen verzoeken.”*

Wij hebben ons de vraag gesteld of de Nederlandse en Belgische selectie- en aanstellingsprocedures voldoen aan hetgeen in art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn aan de lidstaten is opgelegd. Wanneer wij art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn over de Belgische en de Nederlandse de selectie- en aanstellingsprocedures leggen, springt wat ons betreft met name lid 1 (b) van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn in het oog. Op dit vlak gelden in beide jurisdicties afwijkende procedures die volgen uit verschillende bronnen van recht. Bij beide procedures kunnen wat ons betreft kritische kanttekeningen worden geplaatst.

In Nederland is op 1 januari 2023 de Implementatiewet in werking getreden. Waar voorheen in de Nederlandse Faillissementswet geen kwaliteitseisen werden gesteld aan de curator, is dat met de introductie van lid 5 van het nieuwe art. 14 Fw wel het geval. De bepaling laat een grote discretionaire bevoegdheid bij de rechtbank voor de beantwoording van de vraag of de curator adequaat is opgeleid, over de benodigde deskundigheid en ervaring beschikt mede in het licht bezien van de specifieke kenmerken van de zaak.

Met de introductie van de Richtlijnen 2023 is een landelijke werkwijze vastgesteld voor de selectie- (via de curatorenlijst) en de aanstellingsprocedure van curatoren. Wij zouden het aanmoedigen als dit betekent dat door de rechtbanken eenzelfde landelijk beleid zal worden gevoerd. Dat zou immers de in art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn voorgeschreven duidelijkheid van het selectie- en aanstellingsbeleid ten goede komen. In dat kader vinden wij het hoopgevend dat de Richtlijnen 2023 *niet* meer het volgende voorbehoud bevatten, die nog wel genoemd stond in de Uitgangspunten 2013: *“Het is niet de intentie met deze uitgangspunten het staande benoemingenbeleid te doorbreken doch slechts hieromtrent meer duidelijkheid te verschaffen. Dit document wil landelijke uitgangspunten verwoorden, maar kan niet uitsluiten dat specifieke omstandigheden in een arrondissement aanleiding geven tot afwijkingen.”* Wij zouden hier graag uit afleiden dat het de ambitie is van de rechtspraak om landelijk een uniform beleid te voeren.

Minder hoopgevend is in dat kader het aantal subjectieve geschiktheidscriteria dat staat opgenomen in de Richtlijnen 2023. Die geven ruimte voor een eigen invulling door de rechtbanken. De in het Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk (*FIP*) gepubliceerde bij de Richtlijnen 2023 geschreven

toelichting bevestigt dat de Richtlijnen 2023 deze ruimte inderdaad aan de verschillende gerechten willen geven.<sup>33</sup> De Richtlijnen 2023 beogen om landelijk meer duidelijkheid te verschaffen en “*waar nodig*” uniformiteit te ontwikkelen in de gehanteerde criteria voor toelating tot de curatorenlijst.<sup>34</sup> Het artikel wordt afgesloten met het uitspreken van de hoop en de verwachting dat alle rechtbanken “*met aandacht voor de bijzonderheden van hun eigen arrondissement*” met de Richtlijnen 2023 zullen gaan werken. De Richtlijnen 2023 lijken daarmee in dat opzicht niet een wezenlijke verandering ten aanzien van de Uitgangspunten 2013 met zich te willen brengen.

Wij menen dat de nuance “*waar nodig*” weggelaten kan worden en dat uniformiteit op landelijk niveau nodig is om aan het gewenste niveau van duidelijkheid te kunnen voldoen. Bij een te grote beleidsvrijheid van de verschillende gerechten bestaat het risico dat er (te) grote verschillen kunnen ontstaan, hetgeen de selectieprocedure in onze ogen niet duidelijk(er) maakt. Daarmee ontstaat het risico dat de Nederlandse procedures niet voldoen aan hetgeen met art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn aan de lidstaten is voorgeschreven. Wij beschouwen het echter in algemene zin als positief dat er nu een vernieuwd en uitgebreider landelijk beleid wordt geïntroduceerd voor de selectie- en aanstellingsprocedure van curatoren.

Vergelijkbare landelijke beleidsregels lijken in België nog niet te bestaan, mede gelet op de ‘Beleidsnota omtrent curatoren’ van de Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Brussel en het ‘Competentieprofiel curatoren’ van de Nederlandstalige Ondernemingsrechtbank Antwerpen. Ook is in België – voor zover ons bekend – nog geen wetgeving verschenen ter implementatie van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn. Het is de vraag in hoeverre dat in België voor lid 1(a), 1(c) en 1(d) van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn noodzakelijk is. De selectieprocedure door middel van een curatorenlijst vindt al een stevige(re) wettelijke basis in art. XX.122 WER. Dit artikel regelt dat de kandidaat-curator al moet zijn ingeschreven als advocaat, dat hij of zij een bijzondere opleiding moet hebben genoten en waarborgen moet bieden inzake bekwaamheid op het gebied van vereffeningsprocedures. Art. 20.XX WER schrijft met § 1 voor dat de insolventiefunctionaris (waaronder de curator) waarborgen

---

33. S. Boot, M.C. Bosch, J.C.A.T. Frima & H.J. Harten, ‘Duidelijk, transparant en rechtvaardig: over de nieuwe richtlijnen voor aanstelling, benoeming en ontslag van curatoren, bewindvoerders, herstructureringsdeskundigen en observatoren in het insolventierecht’, *FIP* 2023/1.

34. S. Boot, M.C. Bosch, J.C.A.T. Frima & H.J. Harten, ‘Duidelijk, transparant en rechtvaardig: over de nieuwe richtlijnen voor aanstelling, benoeming en ontslag van curatoren, bewindvoerders, herstructureringsdeskundigen en observatoren in het insolventierecht’, *FIP* 2023/1, p. 3.

dient te bieden van bekwaamheid, ervaring, onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Hij wordt aangewezen op grond van zijn of haar kwaliteiten en volgens de noodwendigheden van de zaak. Op basis van § 6 van dat artikel wordt ook de mogelijkheid geregeld voor elke belanghebbende om tegen een aanstelling, vervanging of beëindiging van een mandaat van de insolventiefunctionaris in beroep te komen. Ook de mogelijkheid om tot de weigering tot de curatorenlijst in beroep te gaan is wettelijk vastgelegd in art. XX.124 WER. Aan lid 1(a), 1(c) en 1(d) van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn lijkt daarmee in ieder geval al (grotendeels) te zijn voldaan.

Het is echter de vraag of aan lid 1(b) van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn wordt voldaan met de relatief ruim in te vullen kwaliteitsnormen die staan opgenomen in de Belgische wet en de Nederlandse wet en beleidsregels. De voorwaarden voor aanstelling dienen duidelijk, transparant en rechtvaardig te zijn. Wat ons betreft geldt hetgeen wij eerder opmerkten over de Richtlijnen 2023 ook voor de Belgische regels ten aanzien van selectie en aanstelling. Ruime normen werken duidelijkheid niet in de hand en het is de vraag of België met deze ruime normen aan de in de Europese Herstructureringsrichtlijn voorgeschreven maatstaf van duidelijkheid voldoet. Daar komt bij dat de verschillende Belgische rechtbanken met verschillende zelf ontwikkelde aanvullende beleidsnota's lijken te werken, hetgeen wat ons betreft zeer onwenselijk is voor de duidelijkheid van het beleid.

Ten aanzien van de Nederlandse selectie- en aanstellingsprocedure zijn wij ook kritisch over de vraag of wordt voldaan aan het vereiste van transparantie zoals bedoeld in lid 1(b) van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn. Het zou wat ons betreft de transparantie verbeteren als de Nederlandse wet- en regelgeving voorziet in een verplichting voor rechtbanken om de overwegingen die hebben geleid tot de selectie en/of aanstelling van een kandidaat-curator aan de verzoekende kandidaat-curator kenbaar te maken. Dan is immers altijd duidelijk op welke gronden een afwijzing, toelating of aanstelling tot stand komt. Op die manier is het voor een kandidaat-curator te toetsen of de beslissing tot afwijzing of toelating tot de curatorenlijst op rechtvaardige wijze heeft plaatsgevonden en dan kan hij een eventueel beroep tegen die beslissing met argumenten staven (voor zover het Nederlandse systeem die beroepsmogelijkheid al biedt).

Anders dan in België, voorzien de Nederlandse wet noch de Richtlijnen 2023 in de regel dat de curatorenlijsten van de Nederlandse rechtbanken worden gepubliceerd of op verzoek zijn in te zien. Wij kunnen ons voorstellen dat in de praktijk behoefte bestaat aan publiekelijk inzichtelijk gemaakte curatorenlijsten. Dan is het immers te bekijken wat de samenstelling van de curatorenlijsten is

Mr. J.J. van Ee, mr. M.N. de Groot,

(geografische spreiding, kantoren, ervaringsjaren, etc.), hetgeen inzichten kan geven over de selectiecriteria die een rechtbank hanteert bij het al dan niet toelaten van kandidaat-curatoren tot de curatorenlijst. Dit is bevorderlijk voor de in lid 1 (b) van art. 26 Herstructureringsrichtlijn bedoelde transparantie.

Tot slot bepleiten wij dat een stevige wettelijke basis voor de selectie- en aanstellingsprocedure eerder in lijn lijkt te zijn met de bedoeling van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn dan een rechtersregeling. Art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn legt een verplichting op aan de lidstaten. Dat is wat ons betreft primair een verplichting voor de wetgever. Dat hetgeen met een Europese richtlijn aan een lidstaat wordt opgelegd *ook* geldt voor haar rechterlijke instanties maakt dat wat ons betreft niet anders. Zowel de Uitgangspunten 2013 als de Richtlijnen 2023 zijn rechtersregelingen. Een rechtersregeling is een vorm van zelfregulering door rechtbanken en is geen wetgeving die is opgesteld door de wetgever volgens daarvoor ingerichte wetgevingsprocedures. De vraag is dus of de Nederlandse wetgever hiermee heeft voldaan aan hetgeen haar met art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn is opgelegd.

### **3. De (wettelijke) taak van de curator en wiens belang dient hij?**

#### *3.1. België*

Art. XX.98 WER bepaalt dat de faillissementsprocedure ertoe strekt “*het vermogen van de schuldenaar onder de bevoegdheid van een curator te plaatsen die belast is het vermogen van de gefailleerde te beheren en te vereffenen en de opbrengst ervan te verdelen onder de schuldeisers*”. Op grond van art. XX.132 WER beheert de curator “*het faillissement als een goed huisvader onder toezicht van de rechter-commissaris*”.

De algemene bepaling dat de curator het faillissement als een ‘goed huisvader’ beheert is verder ingevuld door bestendige rechtspraak van het Hof van Cassatie waarin is geoordeeld dat de algemene opdracht van de curator erin bestaat de activa van de gefailleerde te gelde te maken en de realisatie van het actief te verdelen met inachtneming van de wettelijke rechten van voorrang die bepaalde schuldeisers hebben.<sup>35</sup>

---

35. L. Vandenbroucke, ‘De curator’, in: H. Braeckmans, E. Dirix, M.E. Storme, B. Tilleman & M. Vanmeenen (red.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Brussel: Intersentia 2014, p. 73 en de daargenoemde jurisprudentie.

In art. XX.132 WER wordt ook bepaald dat curatoren geacht worden “*actief en prioritair*” mee te werken aan het vaststellen van het bedrag van de aangegeven schuldvorderingen van de werknemers van de gefailleerde onderneming. Dit brengt met zich dat op curatoren een verplichting rust om aan werknemers van de failliete onderneming bijstand te verlenen bij het bepalen van de omvang van de vordering. Hoewel in de Nederlandse Faillissementswet een dergelijke verplichting ontbreekt, wordt in de praktijk hier wel uitvoering aan gegeven doordat de curator veelal met de afdeling HRM van de failliete onderneming tracht de werknemersvordering in kaart te brengen. Een werknemer beschikt doorgaans niet over zijn of haar openstaande saldo aan vakantie-uren en andere relevante informatie en om de totale (rest)vordering van de werknemers in kaart te brengen is de kennis van de afdeling HRM noodzakelijk.

Anders dan bij ons, is er in België geen specifieke wettelijke fraudesignalerende- en/of bestrijdende taak voor de curator. Op grond van art. XX.153 WER is de curator verplicht om in elk faillissement binnen twee maanden na zijn aanstelling, aan de rechter-commissaris een memorie of kort verslag te sturen betreffende “*de vermoedelijke toestand van het faillissement, de voornaamste oorzaken en omstandigheden ervan en de kenmerken die het vertoont*”. Vervolgens stuurt de rechter-commissaris dit verslag, vergezeld van zijn eventuele opmerkingen, aan de procureur des Konings.<sup>36</sup> Dit verslag beoogt de procureur des Konings inzicht te bieden in de aanwezigheid van eventuele misdrijven en blijkt in de praktijk vaak één van de aanknopingspunten voor de opstart van een opsporingsonderzoek.<sup>37</sup>

De procureur des Konings beschikt over diverse bevoegdheden om – op eigen initiatief – bepaalde zaken te onderzoeken en (fraudebestrijdende) maatregelen te treffen. Zo heeft de procureur des Konings (en dus niet de curator) de bevoegdheid om een strafrechtelijk of civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.<sup>38</sup>

Hoewel op de Belgische curator geen (wettelijke) fraudesignalerende taak rust, is per 1 mei 2018 wel de beloning aangepast waardoor Belgische curatoren meer worden gestimuleerd om een aansprakelijkheidsvordering tegen de bestuurder

---

36. De functie van een procureur des Konings is vergelijkbaar met een hoofdofficier van justitie in Nederland.

37. I. van de Mierop, ‘Werkwijze van de curator: opstart, beheer faillissement, sluiting’, in: *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen IV*, Brussel: Intersentia 2017, p. 93.

38. Art. XX. 230 WER. Zie tevens R. Verheyden, ‘Faillissementsfraude: een queeste naar remedies voor gedupeerden in België’, *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2019 nr. 1 en 2, paragraaf 2.1.

Mr. J.J. van Ee, mr. M.N. de Groot,

in te stellen. In het Koninklijk Besluit houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de insolventiefunctionarissen van 26 april 2018, wordt bepaald hoe het salaris van de curator moet worden vastgesteld (het KB).<sup>39</sup> Het uitgangspunt is dat het 'algemeen ereloon' van de Belgische curator wordt vastgesteld in de vorm van een proportionele vergoeding (per schijf) berekend op grond van teruggeïnde en gerealiseerde activa:

| Berekeningsbasis                | % van de schijf | Ereloon per schijf | Gecumuleerd ereloon |
|---------------------------------|-----------------|--------------------|---------------------|
| € 0,01 tot 28.142,02            | 30%             | € 8.443,-          |                     |
| € 28.142,03 tot 55.580,48       | 25%             | € 6.860,-          | € 15.302,-          |
| € 55.580,49 tot 76.686,98       | 12%             | € 2.533,-          | € 17.835,-          |
| € 76.686,99 tot 135.785,19      | 10%             | € 5.910,-          | € 23.745,-          |
| € 135.785,20 tot 334.889,91     | 6%              | € 11.946,-         | € 35.691,-          |
| € 334.889,92 tot 1.011.705,21   | 5%              | € 33.841,-         | € 69.532,-          |
| € 1.011.705,22 tot 2.023.410,42 | 3%              | € 30.351,-         | € 99.883,-          |
| € 2.023.410,43 tot 3.348.899,01 | 2%              | € 26.510,-         | € 126.393,-         |

Het 'algemeen ereloon' betreft de vergoeding van de curator voor de prestaties die hij gewoonlijk verricht in het kader van een normale vereffening van de failliete boedel (art. 5 KB).

Op grond van art. 6 paragraaf 3 KB kan de rechtbank het ereloon vermeerderen of verminderen aan de hand van een correctiecoëfficiënt van 0,6 tot 1,4. In het KB staat tevens een aantal factoren genoemd die een rol spelen bij het toepassen van een correctiecoëfficiënt om het ereloon te vermeerderen. Als factoren worden onder meer genoemd: de omvang en complexiteit van de zaak, het aantal schuldvorderingen en de realisatiewaarde van het actief. Maar ook bedragen die ten gunste van de boedel zijn gekomen of hadden kunnen komen als gevolg van een vordering ingesteld door de curator op basis van bestuurdersaansprakelijk als gevolg van een "*kennelijke grove fout*" en aansprakelijkheid voor het niet afdragen van sociale bijdragen en aansprakelijkheid wegens het kennelijk onredelijk voortzetten van de activiteit ('*wrongful trading*') worden als expliciete factor genoemd voor het verkrijgen van een hogere correctiefactor.<sup>40</sup> Het is

39. Koninklijk Besluit houdende vaststelling van regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van insolventiefunctionarissen van 26 april 2018.

40. Zie artt. XX.225 t/m XX.227 WER.

echter niet de bedoeling dat door curatoren een spreekwoordelijke heksenjacht wordt geopend. Daarom kan alleen gebruik worden gemaakt van de hogere correctiefactor indien de aansprakelijkheidsvordering door de rechtbank wordt toegewezen.<sup>41</sup>

Wanneer het actief onvoldoende is om het salaris van de curator te dekken, ontvangt de curator een forfaitaire vergoeding van circa € 1.200 exclusief btw (art. 9 KB).

Verheyden signaleert dat ingeval van een lege boedel (of ‘lege doos’ zoals het door onze zuiderburen wordt genoemd), de curator potentieel voor een dilemma komt te staan: i) hij wikkelt het faillissement summier af voor een vaste forfaitaire vergoeding van circa € 1.200 ex btw of ii) hij stelt een aansprakelijkheidsvordering in waarbij de vergoeding onzeker is en het procesrisico voor zijn rekening komt.<sup>42</sup> Naar mening van De Leo, Verheyden en Cardinaels wordt dit dilemma niet verholpen met de nieuwe remuneratieregeling, omdat de hogere correctiefactor voor het salaris van de curator pas van toepassing is bij een toegewezen aansprakelijkheidsvordering.<sup>43</sup>

### 3.2. *Nederland*

De (wettelijke) taak van de Belgische curator vertoont veel gelijkenis met de in art. 68 lid 1 Fw neergelegde taak van een Nederlandse curator.

Het Nederlandse faillissementsrecht heeft als doel het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers. Hiertoe is de curator op grond van art. 68 lid 1 Fw belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.<sup>44</sup>

- 
41. Zie parlementaire voorbereiding van het Koninklijk besluit houdende vaststelling van de regels en barema's van de kosten en het ereloon van de insolventiefunctionarissen, te raadplegen via: Koninklijk Besluit van 26/04/2018 houdende vaststelling van de regels en barema's tot bepaling van de kosten en het ereloon van de insolventiefunctionarissen (openjustice.be).
  42. R. Verheyden, 'Faillissementsfraude: een queeste naar remedies voor gedupeerden in België', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2019, nr. 1 en 2, paragraaf 4.2; De Leo, Verheyden & Cardinaels, 'De hernieuwde remuneratieregeling van curatoren', *De Juristenkrant* 2018/372, p. 6.
  43. De Leo, Verheyden & Cardinaels, 'De hernieuwde remuneratieregeling van curatoren', *De Juristenkrant* 2018/372, p. 6.
  44. HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:488, *JOR* 2017/183, r.o. 3.3.2 en HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, *JOR* 2020/188, r.o. 4.2.2.

Mr. J.J. van Ee, mr. M.N. de Groot,

Met de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator op 1 juli 2017 is de fraudesignalerende taak van de curator wettelijk verankerd in art. 68 lid 2 Fw. Art. 68 lid 2 Fw bepaalt dat de curator onderzoek moet doen of sprake is van onregelmatigheden die i) het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, ii) de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of iii) het tekort in de boedel hebben vergroot. Vervolgens moet de curator de rechter-commissaris vertrouwelijk informeren over zijn bevindingen en indien hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, daarvan melding of aangifte doen bij de bevoegde instanties.

De wetgever meent dat de aanvullende fraudesignalerende taak, niet afdoet aan de primaire taak van de curator:

*“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.”<sup>45</sup>*

*“De traditionele kerntaak van de curator is – zoals in de consultatie ook terecht is opgemerkt door de FNV Bondgenoten, VCP en NEVOA – het beheer en de vereffening van de failliete boedel ten bate van de crediteuren. Deze taak is neergelegd in art. 68, eerste lid, Fw, en blijft ongewijzigd. Wel wordt er in art. 68 Fw een nieuw tweede lid ingevoegd. Hierin wordt expliciet de fraudesignalerende rol van de curator vastgelegd. Deze rol komt voort uit de traditionele taak, hetgeen duidelijk wordt gemaakt door het gebruik van het woord «bij» in de aanhef van het nieuwe tweede lid. De curator wordt verplicht om bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel te bezien of er sprake is van onregelmatigheden. Het betreft onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, die de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of die het tekort in het faillissement hebben vergroot. (...) In de consultatie is door de FNV Bondgenoten, VCP, NVvR en NEVOA opgemerkt dat moet worden voorkomen dat de nadruk te zeer komt te liggen op de fraudesignalerende rol van de curator. Dat wordt in dit wetsvoorstel ondervangen, doordat de verankering van de fraudesignalerende rol van de curator in art. 68, tweede lid, Fw de traditionele kerntaak van de curator uit art. 68, eerste lid, Fw onverlet laat.”<sup>46</sup>*

Anders dan de wetgever, zijn wij van mening dat deze wetswijziging wel conflicterend kan zijn met de kerntaak van de curator als boedelberedderaar ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren.

45. Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3, p. 3.

46. Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3, p. 12 en 13.



In de literatuur en rechtspraak wordt verschillend gedacht over het antwoord op de vraag of op de curator (al dan niet op grond van art. 68 lid 2 Fw) een verplichting rust om *in ieder* faillissement een oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek te verrichten.<sup>47</sup>

De Rechtbank Rotterdam oordeelde in een vonnis van 21 juni 2017 dat de taak van de curator breder is dan louter het beheer en de vereffening van de boedel.<sup>48</sup> Tot de taken van de curator wordt ook gerekend een onderzoek naar de oorzaken van het faillissement. Naar het oordeel van de Rechtbank Rotterdam kan het faillissement pas worden beëindigd indien de curator zijn taken heeft vervuld en behoort een onderzoek naar de oorzaken van het faillissement (mede) tot de taak van de curator. Gevolg hiervan is dat de curator in beginsel gelegenheid moet hebben om het oorzakenonderzoek uit te voeren voordat het faillissement wordt beëindigd, ondanks dat de boedel over voldoende middelen beschikt om de crediteuren te voldoen.

De Hoge Raad oordeelde echter in zijn arrest van 24 april 2020 dat “*indien de boedel toereikend is om de geverifieerde schuldeisers te voldoen, het de curator niet vrijstaat de vereffening voort te zetten en overige activa te gelde te maken ten behoeve van andere, niet geverifieerde schuldeisers of, in geval van een vennootschap, de aandeelhouders.*”<sup>49</sup> Kortom, met het einde van het faillissement op grond van art. 193 lid 1 Fw<sup>50</sup>, eindigt de beheers- en vereffeningstaak en eindigen daarmee ook alle andere taken van de curator.

Indien uit art. 68 lid 2 Fw zou volgen dat op curatoren een onvoorwaardelijke plicht rust om een oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek te doen, zou dat onverenigbaar zijn met de kerntaak van de curator. Aangezien de wetgever met

---

47. Voor de beantwoording van de vraag of de curator in alle gevallen een onderzoeksplicht heeft, maakt Vriesendorp een onderscheid tussen drie typen faillissementen: grote, kleine en lege boedels, waarin het te verrichten onderzoek telkens moet worden afgewogen tegen het doel en de in te zetten middelen (D. Vriesendorp, ‘[\*\*] it happens; then and now’, *TvI* 2017/23, p. 153 e.v.).

48. Rechtbank Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902. Zie kritisch over deze uitspraak: A.J. Tekstra in zijn annotatie bij deze uitspraak (*JOR* 2017/278) en E.J. Oppedijk van Veen & V.G.M. Leferink, ‘Diverse aspecten van het oorzakenonderzoek’, in: M.A. Broeders, Ph.W. Schreurs & F. Feenstra (red.), *De Curator en de Failliet. Insolad Jaarboek 2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 199.

49. Hoge Raad 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, *JOR* 2020/188, m. nt. J.J. Van Hees, r.o. 4.2.5.

50. Art. 193 lid 1 Fw bepaalt dat het faillissement van rechtswege eindigt zodra aan de geverifieerde schuldeisers het volle bedrag van hun vorderingen is uitgekeerd (of zodra de slotuitdelingslijst verbindend is geworden).

Mr. J.J. van Ee, mr. M.N. de Groot,

zoveel woorden heeft aangegeven dat met de beoogde wetswijziging *de kern-taak* van de curator ongemoeid blijft, volgt daaruit naar onze mening dat art. 68 lid 2 Fw *niet* met zich brengt dat de curator gehouden is in *alle* gevallen een onderzoek te verrichten.

### 3.3. *Conclusie*

Bij het maken van een vergelijking tussen de invulling van de taak door een Belgische en een Nederlandse curator, valt met name op dat de taak van een Belgische curator (meer) ziet op de traditionele rol van de curator. De wettelijke taak van de Nederlandse curator op grond van art. 68 lid 1 Fw komt overeen met de wettelijke taak van de Belgische curator op grond van art. XX.132 WER.

Ook de Belgische curator is belast met het beheer en de vereffening van het vermogen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Anders dan in Nederland, is de rol van de Belgische curator met betrekking tot fraudesignalering en/of -bestrijding echter zeer beperkt.

Uit de praktijk blijkt dat de curator in België zelden aangifte doet van faillissementsfraude. Het is de procureur des Konings (oftewel het openbaar ministerie) die beslist aan de hand van een kort verslag van de curator i) of (er aanleiding bestaat om aan te nemen dat) er sprake is van faillissementsfraude en ii) of vervolgstappen (waaronder het vorderen van een strafrechtelijk of civielrechtelijk bestuursverbod) gewenst zijn.

Dit is bij ons anders. Daarmee treedt de curator als het ware op als opsporingsambtenaar en kan er potentieel een (wat ons betreft: onverenigbaar) tegenstrijdig belang ontstaan met de kerntaak van de curator. Wij menen dan ook dat het Belgische systeem op dit punt een inspiratiebron kan zijn omdat er een duidelijke scheiding is tussen de fraudesignaleringsstaak (die dus bij de procureur des Konings (OM) rust) en de beheer- en vereffeningstaak ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (die bij de Belgische curator rust). Het signaleren van faillissementsfraude (al dan niet door middel van het doen van een melding of aangifte) is erop gericht om te voorkomen dat de frauduleus handelende bestuurder opnieuw slachtoffers maakt. Het maatschappelijk belang hierbij is duidelijk. Maar de bestaande gezamenlijke schuldeisers 'kopen' daar echter niets voor, nu dit doorgaans niet tot een toename van het boedelactief zal leiden. Het beschermen van belangen van mogelijke toekomstige schuldeisers, behoort niet tot de taak van de curator en dient zeker niet betaald te worden door de gezamenlijke schuldeisers.

Het vorenstaande leidt er in onze visie niet toe, dat art. 68 lid 2 Fw in zijn geheel geschrapt dient te worden. Als we met de (wat ons betreft, wenselijke) Belgische bril naar art. 68 lid 2 Fw kijken leidt dit tot het navolgende.

*Sub a*

Op grond van sub a van art. 68 lid 2 Fw ‘bezieet’ de curator bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans, mede hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. In de literatuur is betoogd dat art. 68 lid 2 sub 4 Fw een onvoorwaardelijke verplichting op de curator legt om een oorzakenonderzoek te doen. Ook de Rechtbank Rotterdam trekt de conclusie dat (mede naar aanleiding van de destijds nog niet inwerking getreden Wet versterking positie curator) het doen van onderzoek naar de oorzaken van het faillissement tot de taak van de curator wordt gerekend.<sup>51</sup>

Naar onze mening zal deze verplichting in de praktijk nauwelijks aanvullende werkzaamheden van de curator tot gevolg moeten hebben. De curator moet immers beoordelen of er sprake is van bestuurdersaansprakelijk en/of paulia-neus handelen. Dit allemaal met de doelstelling om het actief van de boedel te vergroten en benadelend handelen ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers ongedaan te maken. Indien aannemelijk is dat het instellen van een aansprakelijkheidsvordering of een vordering op grond van de actio pauliana *niet* zal leiden tot toename van het actief, dan is het niet opportuun om het oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek voort te zetten. Kortom, het ‘bezien’ van de curator (ofwel het onderzoek van de curator waarvan de intensiteit en omvang afhankelijk is van diverse omstandigheden) moet naar onze mening telkens worden getoetst aan de vraag of dit in het belang is of kan zijn voor gezamenlijke schuldeisers. Is of wordt het antwoord op deze vraag ‘nee’ gaande het onderzoek, dan is daarmee de onderzoekstaak voor de curator afgerond. De kerntaak van de curator is immers het beheren en vereffenen van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Het kan naar onze mening niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest dat de in art. 68 lid 1 sub a Fw neergelegde verplichting zover strekt dat de curator, niet ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers maar *ten laste* van de gezamenlijke schuldeisers, ook gehouden is onderzoek te doen naar onregelmatigheden uitsluitend met als maatschappelijk doel om faillissementsfraude te signaleren (en daarmee te bestrijden).<sup>52</sup>

51. Rechtbank Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902 (*JOR* 2017/278), r.o. 4.2.

52. Zie ook Zie ook R.D. Vriesendorp, [\*\*] it happens; then and now, *TvI* 2017/23, p. 154 e.v.

*Sub b*

Sub b van art. 68 lid 2 Fw bepaalt dat de curator de rechter-commissaris moet informeren over zijn bevindingen. Deze verplichting vinden wij in beginsel passend bij de (kern)taak van de curator en bovendien in lijn met de rol van de rechter-commissaris uitoefent. De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel op grond van art. 64 Fw. De rechter-commissaris is alleen in staat zijn toezichtsfunctie uit te oefenen indien hij op de hoogte is van de werkzaamheden van de curator zodat hij het functioneren van de curator kan beoordelen. Deze verplichting vertoont ook grote gelijkenis met art. XX.153 WER waarin de verplichting voor de Belgische curator is neergelegd om in elk faillissement binnen twee maanden na zijn aanstelling, aan de rechter-commissaris een memorie of kort verslag te sturen betreffende de stand van de boedel en de voornaamste oorzaken van het faillissement.

*Sub c*

De grootste bron van het ontstaan van een tegenstrijdig belang tussen de kern-taak van de curator en de fraudebestrijdende taak, is naar onze mening de meldings- of aangifteplicht zoals neergelegd in art. 68 lid 2 sub c Fw.

Met het doen van een melding of aangifte zijn de gezamenlijke schuldeisers niet gediend. Sterker nog, zij worden benadeeld nu de kosten die de curator hiervoor moet maken in mindering komen op het beschikbare actief. In het geval van een lege boedel zou dit betekenen dat de curator een melding of aangifte moet doen, zonder dat dit in het belang is van de gezamenlijke crediteuren en zonder dat daar een vergoeding tegenover staat. Vaak biedt de Garantstellingsregeling curatoren hierbij ook geen uitkomst, omdat daarvoor moet worden aangetoond dat de aan te spreken bestuurder of wederpartij verhaal biedt, hetgeen in de praktijk bij faillissementsfraude lastig blijkt te zijn.

Los van de vraag of het doen van een melding of aangifte op enige wijze bijdraagt aan het beoogde doel van bestrijding van de faillissementsfraude, vindt hierdoor een vermenging van belangenbehartiging plaats hetgeen onwenselijk is.

In dat kader vinden wij dat het Belgische systeem waarin, mede aan de hand van het verslag van de curator, de procureur des Koning eventuele fraude signaleert en beslist of vervolg gegeven moet worden aan de opsporing, wellicht beter passend bij de taakverdeling van de curator en het Openbaar Ministerie. Bovendien is het Openbaar Ministerie ook beter geëquipeerd om te beslissen of het in een bepaald faillissement wenselijk is de strafrechtelijke opsporing te vervolgen.

Het Openbaar Ministerie beschikt over (vergaande) bevoegdheden en kan bijvoorbeeld beoordelen of desbetreffende bestuurder een veelpleger is waardoor het (in dit geval nu wel) wenselijk is om strafrechtelijke vervolgstappen te zetten. Het Openbaar Ministerie kan ook als enige beoordelen of er voldoende (maatschappelijk) belang is, gelet op de andere zaken die zij moet behandelen en de (beperkte) capaciteit die zij heeft. Al deze omstandigheden spelen wat ons betreft een essentiële rol bij de beantwoording van de vraag of er strafrechtelijke vervolging wenselijk is. Wat ons betreft dient art. 68 lid 2 sub c Fw dan ook te worden aangepast.

#### **4. Slot**

In deze bijdrage hebben twee onderwerpen vergeleken met het Belgisch recht, te weten de (wijze van) aanstelling van een curator (mede in het licht van art. 26 van de Europese Herstructureringsrichtlijn) en de fraudesignalerende taak. Wij concluderen dat zowel het voor zowel het Belgische en het Nederlandse selectie- en aanstellingsbeleid de vraag is of die voldoen aan hetgeen lidstaten met art. 26 lid 1(b) van de Europese Herstructureringsrichtlijn is opgelegd. Wij signaleren daarnaast dat een wettelijke regeling (zoals de Belgische) een stevigere basis vormt en eerder in lijn lijkt met de bedoeling van art. 26 lid 1(b) van de Europese Herstructureringsrichtlijn dan een rechtersregeling zoals de Richtlijnen 2023.

Ook is uit ons onderzoek gebleken dat de Belgische curator (meer dan bij ons) als boedelberedderaar wordt beschouwd en dat hij niet is belast met aanvullende taken die het maatschappelijk belang dienen (zoals fraudesignalering). In deze bijdrage betogen wij niet dat de Nederlandse wetgever het Belgische insolventierecht moet overnemen. Maar wij hopen met ons artikel te kunnen bijdragen aan de discussie over de trend in Nederland om steeds meer maatschappelijke taken toe te vertrouwen aan de curator door in ieder geval een (beperkte) inzage te geven hoe in België wordt gekeken naar de taak van de curator. Wij menen dat alle partijen erbij zijn gebaat als meer duidelijkheid wordt gecreëerd tussen de verhouding van de kerntaak van de curator en de andere belangen/taken zodat alle partijen (en het bijzonder de curator en de crediteuren) exact weet wat van hen mag worden verwacht.



*Diverse aspecten van de taak van de curator*





## Fraudebestrijding en het openbaar verslag

De taak om (strafrechtelijke) persoonsgegevens online te zetten?

*MR. A.F. AMMERLAAN, MR. A.J. VAN DER DUIJN SCHOUTEN*<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

De curator heeft, of hij dat nu wil of niet, de wettelijke taak om fraude te bestrijden (art. 68 lid 2 Fw). De curator is als fraudebestrijder een vreemde eend in de bijt. De ambtenaren van de politie hebben een strikte geheimhoudingsplicht wanneer het gaat over persoonsgegevens (als onderdeel van de politiegegevens) die zij verwerken gedurende de uitoefening van hun taak.<sup>2</sup> De curator daarentegen heeft juist de taak om in de openbaarheid verslag te doen van de uitvoering van zijn taak tot fraudebestrijding (art. 73a lid 3 Fw). De vraag is hoe de taak van fraudebestrijding, in combinatie met de taak om daarvan openbaar verslag te doen, zich verhoudt tot de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG).

In deze bijdrage zullen wij stilstaan bij de wijze waarop de curator zijn taak tot fraudebestrijding moet invullen, de in dat kader relevante Europese regelgeving over persoonsgegevens en ten slotte bij de taak betreffende het uitbrengen van het openbaar verslag. Voor wat betreft het verslag zal worden beschreven wat het oorspronkelijke doel van het openbaar verslag is, hoe dat in de praktijk is veranderd en hoe die verandering zich verhoudt tot de huidige opvattingen omtrent de bescherming van persoonsgegevens. Bij dit alles is uitgegaan van het faillissement van de rechtspersoon. Dat faillissement is op onderdelen wezenlijk anders dan het faillissement van de natuurlijk persoon, maar op enkele onderdelen ook vergelijkbaar. Het openbaar verslag bijvoorbeeld wordt in beide gevallen ter griffie neergelegd ter inzage voor eenieder (art. 73a Fw), maar het openbaar verslag van een rechtspersoon wordt ook online gepubliceerd, zoals hierna verder zal worden beschreven.

---

1. Mr. A.F. Ammerlaan en mr. A.J. van der Duijn Schouten zijn advocaat bij De Koning advocaten te Dordrecht.

2. Art. 7 Wet Politiegegevens.

## 2. Wet versterking positie curator

De taak tot fraudebestrijding en de verplichting om daarvan verslag te doen is een gevolg van de Wet versterking positie curator, welke wet met ingang van 1 juli 2017 in werking is getreden. In art. 68 Fw is een lid 2 toegevoegd dat luidt:

*“De curator:*

- a. beziet bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot;*
- b. informeert hierover de rechter-commissaris vertrouwelijk; en*
- c. doet, zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, melding of aangifte van onregelmatigheden bij de bevoegde instanties.”*

Aan art. 73a Fw is een lid 3 toegevoegd dat luidt:

*“In zijn verslag geeft de curator aan hoe hij zich heeft gekweten van zijn taak, bedoeld in art. 68, tweede lid, onder a en c.”*

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de curator in ieder geval in het verslag zal moeten vermelden of hij heeft gezien of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, die de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of die het tekort in het faillissement hebben vergroot. Verder zal hij in ieder geval moeten vermelden of hij melding of aangifte van onregelmatigheden heeft gedaan bij de bevoegde instanties.<sup>3</sup>

## 3. Vervolgprocedure na de constatering van onregelmatigheden

De wetgever heeft toegelicht welke procedure zou moeten worden gevolgd wanneer de hiervoor beschreven onregelmatigheden worden geconstateerd.<sup>4</sup>

Indien de curator constateert dat sprake is van mogelijke onregelmatigheden, dan moet hij dat melden aan de rechter-commissaris. Als de curator of de rechter-commissaris het nodig vindt, doet de curator melding of aangifte van de onregelmatigheden bij de bevoegde instanties. Bij serieuze signalen dient in ieder geval melding gedaan te worden bij het Centraal Meldpunt Faillissementsfraude. Meent de rechter-commissaris dat de door de curator gerapporteerde

3. *Kamerstukken II 2014/15, 34 253, 3, p. 16 (MvT).*

4. *Kamerstukken II 2014/15, 34 253, 3, p. 13 en 14 (MvT).*

onregelmatigheden qua aard of omvang dermate ernstig zijn, dat melding of aangifte geboden is, dan kan hij de curator daartoe gelasten.<sup>5</sup>

De curator moet in het faillissementsverslag telkens verantwoording afleggen over de wijze waarop hij zich heeft gekweten van zijn taak tot fraudebestrijding. De curator kan zich beperken tot een globale weergave, omdat het faillissementsverslag openbaar is en het niet altijd aangaat om in dit stadium<sup>6</sup> al publiekelijk te maken dat er misschien iets mis is met het faillissement. Dat zou de legitieme belangen van de failliet en de schuldeisers, alsmede de mogelijkheid van een doorstart, onnodig kunnen schaden, aldus de wetgever.<sup>7</sup> Het is dus niet helemaal duidelijk wat de curator (in welk stadium) moet vermelden, maar de ondergrens ligt bij de vermelding of hij heeft gezien of er sprake is van onregelmatigheden en of hij in dat verband melding of aangifte van onregelmatigheden heeft gedaan bij de bevoegde instanties. Over de noodzaak van deze verantwoording in het faillissementsverslag is het volgende te lezen in de kamerstukken:

*“Zou hierover in het (periodieke) faillissementsverslag niets worden opgenomen, dan zou dit afbreuk doen aan de transparantie en verantwoording van de curator jegens crediteuren, en hen beroven van de mogelijkheid om tegen een (niet-)handelen van de curator bij de rechtbank op te komen (art. 69 Fw). [...] Omdat het steeds vaker voorkomt dat schuldeisers ver van de locatie van de bevoegde rechtbank wonen, of zelfs in het buitenland, heeft de gegroeide praktijk om faillissementsverslagen ook online te publiceren, bijvoorbeeld in het faillissementsregister, een eigen meerwaarde. Transparantie in de wijze waarop een faillissement wordt afgewikkeld wordt hierdoor bevorderd. Van problemen hiermee, bijvoorbeeld inzake privacy, is de regering niet gebleken.”<sup>8</sup>*

Van problemen ‘inzake privacy’ is de regering inmiddels wel gebleken, zoals verderop in deze bijdrage nader zal worden toegelicht.

#### **4. AVG en verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens**

De AVG hanteert een ruim begrip voor persoonsgegevens, namelijk ‘alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon’. Onder

5. *Kamerstukken II 2014/15, 34 253, 3, p. 5 en 6 (MvT).*

6. De wetgever bedoelt vermoedelijk: vóór een strafrechtelijke veroordeling, maar dat is niet duidelijk.

7. *Kamerstukken II 2014/15, 34 253, 3, p. 5 en 6 (MvT).*

8. *Kamerstukken II 2015/16, 34 253, 6, p. 3, 14 en 15.*

‘identificeerbaar’ wordt verstaan: een natuurlijke persoon die (aan de hand van de verwerkte gegevens) direct of indirect kan worden geïdentificeerd. Indirect identificeerbare personen zijn bijvoorbeeld personen die door het gebruik van pseudoniemen niet bij naam en toenaam worden genoemd, maar wel kunnen worden herleid. Ook in dat geval is dus sprake van gegevensverwerking, maar de betrokkenen lopen bij de verwerking van dergelijke indirect identificeerbare informatie meestal slechts een gering risico. De regels worden in die gevallen dan ook soepeler toegepast dan bij de verwerking van informatie over direct identificeerbare personen.<sup>9</sup>

Art. 5 AVG bevat enkele basisvoorwaarden voor de verwerking van persoonsgegevens. Relevante basisvoorwaarden zijn die van ‘rechtmatigheid’, ‘minimale gegevensverwerking’ en ‘juistheid’. De basisvoorwaarde van ‘rechtmatigheid’ betekent dat de verwerking van persoonsgegevens op een rechtmatige grondslag moet berusten. De basisvoorwaarde ‘minimale gegevensverwerking’ houdt onder meer in dat de verwerking van persoonsgegevens moet worden beperkt tot dat wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor deze gegevens worden verwerkt. De basisvoorwaarde van ‘juistheid’ houdt niet alleen in dat persoonsgegevens juist moeten zijn, maar ook dat deze (indien nodig) worden gewist of gerectificeerd.

De AVG biedt zes grondslagen waarop een verwerking van (niet-bijzondere) persoonsgegevens kan berusten. Iedere verwerking moet dus worden gebaseerd op een van die grondslagen. Het wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming, waarover later meer, baseert de verwerkingen door de curator op de taak van algemeen belang of openbaar gezag (art. 6 lid 1 sub e AVG).<sup>10</sup> Voor wat betreft art. 73a Fw is in de literatuur wel verdedigd dat dit art. mogelijk kwalificeert als een voldoende concrete grondslag voor verwerking van persoonsgegevens in het openbaar verslag, namelijk die van een wettelijke plicht (art. 6 lid 1 sub c AVG).<sup>11</sup>

Voor de verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens gelden aanvullende eisen en waarborgen. Art. 10 AVG biedt ruimte om persoonsgegevens van strafrechtelijke aard te verwerken, mits dit gebeurt onder toezicht van de overheid

---

9. Zie advies 4/2007 over het begrip persoonsgegeven. Deze groep is opgericht op grond van art. 29 van Richtlijn 95/46/EG ([https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136\\_nl.pdf](https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_nl.pdf)).

10. *Kamerstukken II* 2022/23, 36 264, 3, p. 39 (MvT).

11. M.D. Reijneveld, ‘Persoonsgegevens in openbare faillissementsverslagen’, *Tvl* 2019/38, par. 4.1.

of dat de verwerking is toegestaan in een wet die passende waarborgen voor de rechten en vrijheden van betrokkenen biedt. ‘Persoonsgegevens van strafrechtelijke aard’ zien in ieder geval op veroordelingen, maar voor de wetgever is duidelijk dat onder art. 10 van de AVG ook verdenkingen vallen.<sup>12</sup> Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat voor het verwerken van strafrechtelijke persoonsgegevens geen veroordeling door de strafrechter vereist is. Het gaat erom dat de te verwerken gegevens in de richting wijzen van een zwaardere verdenking dan een redelijk vermoeden van schuld, aldus het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.<sup>13</sup> In de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVG) is vermeld dat onder persoonsgegevens van strafrechtelijke aard onder meer kan worden verstaan: persoonsgegevens betreffende strafbare feiten. De Autoriteit Persoonsgegevens is van oordeel dat het verzamelen van gegevens van ‘vermoedelijke daders’ in principe is voorbehouden aan politie en justitie en lijkt een verdenking dus ook te beschouwen als persoonsgegevens van strafrechtelijke aard.<sup>14</sup> Naar onze opvatting is in dit verband relevant dat aan een verdenking van een door de rechtbank benoemde curator, op wie een wettelijke taak tot fraudebestrijding rust, relatief veel gewicht toekomt. Een door deze functionaris uitgesproken verdenking, betekent meer dan de verdenking van een willekeurig ander persoon, op wie geen wettelijke taak tot fraudebestrijding rust.

Gelet op dit alles kan worden geconcludeerd dat alleen al de vermelding in het verslag, dat een fraudemelding is ingediend, kan worden gekwalificeerd als het verwerken van strafrechtelijke persoonsgegevens. Een fraudemelding is immers gebaseerd op een verdenking van strafbare feiten. Deze verdenking is bovendien gegrond op een onderzoek dat is verricht door een (door de rechtbank benoemde) persoon op wie een wettelijke taak rust om dat onderzoek naar fraude uit te voeren. Indien het verslag ook de naam van de betrokken personen vermeldt, is sprake van een direct identificeerbaar persoon en dienen de regels voor gegevensverwerking strikter te worden toegepast.

Op grond van art. 10 AVG mogen deze strafrechtelijke persoonsgegevens alleen worden verwerkt onder toezicht van de overheid of indien de verwerking is toegestaan in wettelijke bepalingen die passende waarborgen voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen bieden. De Faillissementswet biedt deze waarborgen niet en daarmee lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens door de curator strijd oplevert met de

---

12. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 851, 3, p. 114 (MvT).

13. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3374, *JBP* 2020/63.

14. <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/fraudehelpdesk-mag-geen-strafrechtelijke-gegevens-verwerken>.

AVG. De wetgever lijkt dit inmiddels te onderkennen en heeft het wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming ingediend. Dit wetsvoorstel beoogt onder meer de Faillissementswet in overeenstemming met de AVG te brengen, maar voorziet niet in een grondslag voor het openbaar maken van strafrechtelijke persoonsgegevens in het faillissementsverslag. Dit zal in het volgende onderdeel van deze bijdrage aan de orde komen. Dit onderdeel ziet op de openbare verslaglegging.

Bij INSOLAD bestaat overigens al enige tijd aandacht voor de AVG en de verwerking van persoonsgegevens in het openbaar verslag. De Toetsingscommissie heeft in 2021 uitspraak gedaan over de verwerking van persoonsgegevens door de curator en daarbij enkele ‘best practices’ geformuleerd.<sup>15</sup> In deze zaak kwam de Toetsingscommissie tot het oordeel dat de curator, die de naam van de bestuurder en andere natuurlijke personen waartegen werd geprocedeerd in zijn verslag had vermeld, daarmee niet onbetamelijk of anderszins in strijd met de voor hem geldende beroepsregels heeft gehandeld. Daarbij merkte de Toetsingscommissie op dat daarmee geenszins is gegeven dat het opnemen van dergelijke persoonsgegevens in het openbaar verslag rechtmatig is onder de AVG. Curatoren doen er verstandig aan om met het opnemen van persoonsgegevens in hun verslagen terughoudend te zijn en gebruik te maken van pseudoniemen, aldus de Toetsingscommissie. Dit advies wordt, voor zover bij ons bekend, nog niet al teveel ter harte genomen door de curatoren. Er zijn ons geen faillissementsverslagen bekend waarin met pseudoniemen werd gewerkt.

## 5. De openbare verslaglegging

Op grond van art. 73a Fw is de curator verplicht periodiek een verslag op te stellen over de toestand van de boedel en dat verslag ter griffie ter inzage te leggen. Op grond van art. 107 Fw kunnen schuldeisers bij de griffie een afschrift van het openbaar verslag opvragen en iedereen kan het verslag kosteloos inzien. Het eerder vermelde art. 73a Fw lid 3 bepaalt dat de curator in zijn verslag in ieder geval moet beschrijven hoe hij zich van zijn taak tot fraudebestrijding heeft gekweten. Voor het overige schrijft de wet geen minimale vereisten voor ter zake de inhoud van het openbaar verslag. De praktijk is dat vrijwel alle curatoren het door Recofa voorgeschreven verslag volgen en na invoering van het digitaal toezicht in faillissementen heeft de curator op dat vlak ook niet zoveel andere opties.

---

15. Uitspraak Toetsingscommissie INSOLAD, 2021/5.

### 5.1. CIR

Het openbaar verslag wordt sinds 2007 gepubliceerd in het centraal insolventieregister (CIR), tenzij het verslag een faillissement van een natuurlijk persoon betreft. Dit register is in het leven geroepen bij de Wet van 24 november 2004 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met het bevorderen van de effectiviteit van surséance van betaling en faillissement.<sup>16</sup> Blijkens de memorie van toelichting werd toen nog niet beoogd dat het openbaar verslag ook in dit register zou worden opgenomen.<sup>17</sup> Dat is wel de praktijk geworden en uit het consultatievoorstel van het CIR Besluit blijkt dat deze praktijk daarin gecodificeerd zal worden.<sup>18</sup> In de concepttoelichting op dit besluit is vermeld dat de publicatie is ingevoerd omdat griffies veel tijd kwijt waren met het verstrekken van opgevraagde verslagen.<sup>19</sup>

De in het CIR gepubliceerde verslagen zijn zogenoemde doorschrijfverslagen, wat wil zeggen dat een nieuw verslag toegevoegde informatie bevat, maar dat oude verslagen ook beschikbaar blijven. In het kader van deze bijdrage, met in het achterhoofd de basisvoorwaarde van ‘juistheid’ uit art. 5 AVG (en dus de noodzakelijke mogelijkheid tot het wissen of rectificeren van persoonsgegevens), hebben wij bij het Rechtspraak Servicecentrum geïnformeerd of geplaatste verslagen verwijderd of gecorrigeerd kunnen worden indien deze per abuis onjuiste informatie bevatten. De reactie op deze vraag luidde als volgt.

*“[...] is het niet mogelijk om een verslag uit ons systeem (Toezicht) te verwijderen. Een curator kan zelf wel een voortgangsverslag verwijderen uit het Centraal Insolventieregister. Maar als de curator dan opnieuw een voortgangsverslag indient, komt de tekst uit het voorgaande (foutieve) verslag automatisch weer in het nieuwe verslag.”*

Een eenmaal gepubliceerd verslag staat dus onomkeerbaar online en de verwerking van onjuiste persoonsgegevens kan niet worden hersteld. Na de beëindiging van een faillissement in het CIR blijven de gegevens zes maanden zichtbaar in het CIR. Over de periode daarna vermeldt de website van Rechtspraak: *“Wilt u weten of een persoon of organisatie langer dan 6 maanden geleden in een faillissement verkeerde? Dan kunt u:*

---

16. *Stb.* 2004, 614.

17. *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 244, 3 (MvT).

18. NvT consultatie CIR Besluit, <https://www.internetconsultatie.nl/cir>.

19. NvT consultatie CIR Besluit, <https://www.internetconsultatie.nl/cir> (pagina 22).

*[...] navraag doen bij de afdeling insolventies van de rechtbank waar de persoon heeft gewoond of de organisatie was gevestigd.”<sup>20</sup>*

Hoewel de minister voor rechtsbescherming nog in de veronderstelling verkeert dat de curator het faillissementsverslag ook vaak op zijn eigen website publiceert,<sup>21</sup> doet vrijwel niemand dat meer. In de voormelde uitspraak van de toetsingscommissie van INSOLAD (2021/5) staat in dit verband vermeld dat: *“de Toetsingscommissie de indruk heeft dat die praktijk ook door andere curatoren inmiddels al een aantal jaren niet meer wordt gevolgd”*. Websites als [www.failissementsverslagen.com](http://www.failissementsverslagen.com) nemen de in het CIR gepubliceerde verslagen echter wel over en publiceren die voor een aanzienlijk langere periode, waardoor verslagen (het recentste verslag, maar ook oudere versies) online een eigen leven kunnen gaan leiden. Dat geldt temeer nu de beheerders van deze websites de faillissementsverslagen gebruiken voor commerciële doeleinden, bijvoorbeeld voor het faciliteren van onderzoeken naar personen. Faillissementsverslagen.com verkoopt abonnementen en vermeldt daarover het volgende op haar website:

*“Indien u fraudeonderzoeker bent, riskmanager, curator, notaris of anderszins alle faillissementsverslagen wilt kunnen doorzoeken op namen of trefwoorden, dan heeft u een abonnement nodig op Faillissementsverslagen.com.”<sup>22</sup>*

## 5.2. Inhoud verslag

Paragraaf 1.1 van het standaardverslag kent de titel ‘Directie en organisatie’. Voor zover bij ons bekend en wat ook is gebleken uit een steekproef uit een aantal willekeurige verslagen, plegen curatoren hier de bestuurders en commissarissen met naam en toenaam te noemen. In bijvoorbeeld het faillissement van MC IJsselmeerziekenhuizen B.V., een faillissement waarin de curatoren zeer zorgvuldig met persoonsgegevens (in het bijzonder patiëntgegevens) omgaan, staan de bestuurders en commissarissen met initialen en achternamen genoemd.<sup>23</sup> Het gaat dus in de regel om de verwerking van direct identificeerbare informatie, maar in beperkt aantal gevallen worden geen namen gebruikt en is enkel sprake

20. Te vinden met de volgende weblink: <https://www.rechtspraak.nl/Onderwerpen/Schulden/Faillissement#:~:text=Na%20de%20publicatie%20van%20de,akte%20non%2Dfailliet%20te%20overleggen>.

21. *Kamerstukken II 2022/23*, 36 264, 3, p. 43 (MvT.)

22. <https://www.failissementsverslagen.com/abonnee-worden>.

23. Zie hiervoor de openbare verslagen, die zijn gepubliceerd onder insolventienummer F.16/18/472.



van indirect identificeerbare personen (indirect omdat eerst de registers van de Kamer van Koophandel moeten worden geraadpleegd). Hoofdstuk 7 van het verslag kent de titel 'Rechtmatigheid'. In dit hoofdstuk komt onder meer aan de orde of de boekhoudplicht en deponeringsplicht zijn geschonden en of sprake is van paulianeus verrichte rechtshandelingen. Dat zijn strafbare feiten. Op grond van art. 1, sub 4 van de Wet op de economische delicten is schending van de deponeringsplicht (art. 2:394 lid 3 BW) een overtreding. De schending van de boekhoudplicht is strafbaar gesteld in art. 344a Sr, de pauliana is strafbaar gesteld in art. 343 Sr. Dat zijn misdrijven waarop aanzienlijke gevangenisstraffen zijn gesteld.

Zoals vermeld rust op de curator een wettelijke plicht om in het verslag te vermelden hoe hij zich van zijn taak tot fraudebestrijding heeft gekweten (art. 73a lid 3 Fw). De curator zal moeten vermelden of er in zijn visie strafbare feiten hebben plaatsgevonden en of hij daarvan melding heeft gedaan bij de bevoegde instanties. Het behoeft weinig toelichting dat deze informatie inbreuk kan maken op het privéleven van de betrokken bestuurders. In combinatie met de publicatie van strafrechtelijke vonnissen is de impact van de openbaarmaking van persoonsgegevens nog groter. Ter illustratie beschrijven wij een willekeurig recent strafrechtelijk vonnis in een faillissementsfraudezaak.

Op 23 juni 2022 oordeelde de Rechtbank Overijssel over een zaak, waarin de verdachte werd veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van zes maanden en een taakstraf van 180 uur.<sup>24</sup> De veroordeling vond onder meer plaats vanwege het aan de boedel onttrekken van een vrachtwagen van het merk en type Scania R164. Het faillissement was uitgesproken op 11 mei 2016, zo blijkt uit het vonnis. Alleen al de faillissementsdatum in combinatie met 'Scania R164' leidt, door een zoekopdracht via Google, tot de voormelde website [www.faillissementsverslagen.com](http://www.faillissementsverslagen.com). In het daar gepubliceerde verslag, zijn de initialen en de achternaam van de veroordeelde te vinden.<sup>25</sup> Dit verslag kon overigens ook zonder abonnement worden geraadpleegd. In dit specifieke strafrechtelijke vonnis is dat niet het geval, maar strafrechtelijke vonnissen bevatten in de regel ook overwegingen over de persoon van de verdachte en eventuele bij deze persoon geconstateerde persoonlijkheidsstoornissen. Dat is informatie die men bij bijvoorbeeld een sollicitatie of date liever niet online zou hebben staan.

In de vorige paragraaf is uiteengezet dat alleen al het vermelden van het feit dat er een fraudemelding is gedaan, kwalificeert als het verwerken van straf-

---

24. Rb. Overijssel 23 juni 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1814.

25. Insolventienummer F.08/16/227.

rechtelijke persoonsgegevens. In de praktijk vermeldt een verslag (in een faillissement waar sprake is van fraude) veel meer gedetailleerde informatie over de geconstateerde strafbare feiten, terwijl in paragraaf 1.1 van ieder verslag vaak de namen van de betrokken personen worden vermeld, zodat sprake is van direct identificeerbare personen. Dit alles roept de vraag op waarom het openbaar verslag deze informatie bevat.

### 5.3. *Geschiedenis openbaar verslag*

Art. 73a is ingevoerd bij de wet van 6 mei 1976.<sup>26</sup> Uit de memorie van toelichting blijkt dat met het verslag wordt beoogd dat de schuldeisers zich regelmatig op de hoogte kunnen stellen van het verloop van het faillissement. Verder wordt beschreven dat de hoop bestaat dat dit een vlotte afwikkeling van faillissementen zal bevorderen, waar toentertijd kennelijk behoefte aan bestond.<sup>27</sup>

De memorie van toelichting verwijst voor de inhoud van het verslag naar art. 226 en 227 Fw. In deze artikelen zijn het deskundigenverslag en het verslag van de bewindvoerder geregeld. Deze verslagen hebben betrekking op de ‘toestand van de boedel’. In dit verband overwoog de wetgever zo’n negentig jaar geleden het volgende. “*Naar aanleiding van de beschouwing over „boedel” en „vermogen” zij opgemerkt, dat het aanbeveling verdient steeds te spreken van „boedel”, wanneer bedoeld wordt zoowel op de passiva als de activa. In dit artikel kan derhalve „boedel” blijven staan. Art. 229 zal anders worden geredigeerd, zoodat het woord „vermogen” daarin niet meer voorkomt.*”<sup>28</sup> Met de boedel wordt derhalve niets meer bedoeld dan de passiva en de activa en het verslag was dus bedoeld om schuldeisers inzage te geven in de financiële vooruitzichten bij de afwikkeling van het faillissement. Dit sluit aan bij het Jomed I arrest, waarin de Hoge Raad het oordeel in stand liet dat het openbaar verslag ertoe dient een “globaal inzicht” te geven en met name niet dient als een volledige verantwoording van de afwikkeling van de boedel. Curatoren zijn verantwoording verschuldigd aan uitsluitend de rechter-commissaris, die met het toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel is belast.<sup>29</sup>

De oorspronkelijke bedoeling van het faillissementsverslag is dan ook gelegen in het verschaffen van financiële informatie aan crediteuren, zodat zij zich een gefundeerd oordeel kunnen vormen over hun financiële positie in het faillissement

---

26. *Stb.* 1976, 280.

27. *Kamerstukken II* 1970/71, 11 085, 3, p. 4 (MvT).

28. *Kamerstukken II* 1934/35, 49, 1, p. 2 (MvA).

29. HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS3534, *NJ* 2005/249 (*Jomed I*).

en (waar nodig) tijdig invloed zouden kunnen uitoefenen op de wijze van beheer en afwikkeling van het faillissement. In de praktijk, die zich heeft ontwikkeld in een periode waarin veel minder aandacht bestond voor de bescherming van persoonsgegevens, heeft een ontwikkeling plaatsgevonden die tot veel gedetailleerdere verslagen heeft geleid. Zo schreven Oppedijk van Veen en Leferink dat het oorzakenonderzoek altijd in de verslaglegging van de curator moet terugkomen. Dat valt in hun visie onder de algemene verplichting van de curator om ex art. 73a Fw verslag uit te brengen over de afwikkeling van het faillissement.<sup>30</sup> Bij de totstandkoming van de wet van 2017 (het huidige art. 73a Fw) is onder nadrukkelijke verwijzing naar deze praktijk en een weblink naar het Recofa-verslagmodel, een keuze gemaakt om de publiekelijke taak van fraudebestrijding ook in het openbaar verslag terug te laten komen, zonder dat de wetgever die keuze heeft toegelicht. Uit het consultatiedossier van de Verzamelwet gegevensbescherming blijkt dat de wetgever daar ook nu nog op voortborduurt.

#### 5.4. *Verzamelwet gegevensbescherming*

De Verzamelwet gegevensbescherming beoogt een aantal wetswijzigingen door te voeren, onder meer op het gebied van het faillissementsrecht en de verslaglegging door de curator. In het voorgestelde nieuwe art. 68a Fw is onder meer opgenomen dat de curator persoonsgegevens kan verwerken voor zover dit noodzakelijk is voor het beheer en de vereffening van de boedel, als bedoeld in art. 68 Fw. Uit het voorgestelde lid 2 volgt dat het openbaar maken van het verslag als bedoeld in art. 73a Fw in ieder geval noodzakelijk is, maar daaruit volgt niet welke persoonsgegevens in het verslag verwerkt mogen worden.

Uit het voorgestelde lid 3 sub b volgt dat de curator strafrechtelijke persoonsgegevens voor de uitvoering van een aantal taken mag verwerken. Daarbij kan worden gedacht aan de postblokkade, het veiligstellen van de administratie, de voortzetting van het bedrijf, het bestuursverbod en het rechtmatigheidsonderzoek. Het uitbrengen van het openbaar verslag staat niet in deze opsomming. Art. 73a Fw wordt echter niet gewijzigd en dat betekent dus dat de curator nog altijd in het verslag moet vermelden hoe hij zich van zijn taak tot fraudebestrijding heeft gekweten. Uit de wetsgeschiedenis van art. 73a Fw blijkt dat de curator dus in ieder geval zal moeten vermelden of hij een fraudemelding heeft gedaan. Als hij het Recofa-verslag wil volgen, zal in het verslag ook aan de orde komen of de curator de bestuurders verdenkt van de eerdergenoemde strafbare feiten.

---

30. V.G.M. Leferink, E.J. Oppedijk van Veen, 'Curator, vertel eens... Over de inhoud van het faillissementsverslag', *FIP* 2020/6.

In het ontwerp van de memorie van toelichting wordt verwezen naar art. 10 AVG en beschreven dat gegevens van strafrechtelijke aard door de curator in drie gevallen kunnen worden verwerkt. Hieronder een citaat, met een toegevoegde onderstreping.

*“Er is telkens sprake van een zwaarwegend algemeen belang. Ten eerste, in het kader van het onderzoek naar onregelmatigheden kan de curator melding doen aan de rechter-commissaris en eventueel aangifte doen bij het Openbaar ministerie. Voorts kan de verwerking van persoonsgegevens van strafrechtelijke aard nodig zijn bij de voortzetting of verkoop van de onderneming. Zo kan de personeelsadministratie bijvoorbeeld een berisping van een werknemer wegens diefstal bevatten. Ten derde is het voorstelbaar dat gegevens van strafrechtelijke aard worden verwerkt bij het voorbereiden of vorderen van een bestuursverbod overeenkomstig art. 106a, eerste lid, onderdeel e, van de Fw. [...] Het spreekt voor zich dat de curator deze gegevens alleen mag gebruiken voor zover noodzakelijk voor het vorderen (doelbinding) en bijvoorbeeld niet mag publiceren in het kader van het verslag dat hij periodiek uitbrengt. In dat verslag kan uiteraard wel het nodige worden opgemerkt over eventuele mogelijkheden tot het aansprakelijk stellen van de bestuurder.”<sup>31</sup>*

In de definitieve memorie van toelichting staat het niet zo uitgebreid vermeld, maar schrijft de minister over strafrechtelijke persoonsgegevens: “Zo zou het opnemen hiervan in het faillissementsverslag dat in het CIR terecht komt, geen redelijk doel dienen.” Het citaat uit het ontwerp is iets gewijzigd opgenomen bij de gegevensverwerking die nodig is voor het bestuursverbod.<sup>32</sup>

Het wetsvoorstel en de toelichting lijken strijdig met de huidige formulering van art. 73a lid 3 Fw, waaruit volgt dat de curator in het verslag moet opnemen hoe hij zich heeft gekwetend van zijn taak om fraude te bestrijden. Verder is de huidige opzet van het Recofa-verslag, waarin de curator expliciet wordt uitgenodigd om strafbare feiten, zoals de pauliana en de schending van de boekhoudplicht te vermelden, niet in overeenstemming met het in de toelichting opgenomen strikt beperkte gebruik van de strafrechtelijke persoonsgegevens. Zoekend naar een oplossing om deze inconsistentie recht te breien zou gesteld kunnen worden dat de curator het een en ander kan vermelden zonder persoonsgegevens te ver-

---

31. Consultatie memorie van toelichting wetsvoorstel Wijziging van de UAVG en enkele andere wetten in verband met het stroomlijnen en actualiseren van het gegevensbeschermingsrecht (Verzamelwet gegevensbescherming), p. 37.

32. *Kamerstukken II 2022/23*, 36 264, 3, p. 47 (MvT).

melden, maar de curator zou in het beste geval kunnen volstaan met indirect identificeerbare informatie en ook in dat geval is sprake van verwerking van strafrechtelijke persoonsgegevens. In de huidige opzet van het verslag, althans de manier waarop daar in de regel invulling aan wordt gegeven (met name de vermelding van de naam van de bestuurder), is sprake van direct identificeerbare informatie. Het is voor ons onduidelijk waarom de vermelding van persoonsgegevens in het openbaar verslag noodzakelijk is voor het doel waarvoor deze persoonsgegevens worden verwerkt. Anders gezegd voor wat betreft de taak tot fraudebestrijding: voor de uitvoering van de taak tot fraudebestrijding (onder toezicht van de rechter-commissaris) lijkt het niet noodzakelijk te zijn om in het openbaar verslag (direct of indirect identificeerbare) informatie over personen op te nemen. Daarbij is van belang dat het op dit moment niet mogelijk is om de onjuiste verwerking van persoonsgegevens te rectificeren. Het CIR en Toezicht maken dat immers niet mogelijk.

In de consultatie van de Verzamelwet gegevensbescherming zijn verschillende reacties gegeven. De reactie van de Vereniging voor Informatierecht Advocaten (VIRA) springt daarbij in het oog. VIRA schreef onder meer het volgende.

*“Niet duidelijk is voornamelijk waarom het voor het realiseren van het doel van het uitbrengen van faillissementsverslagen door de curator nodig zou zijn daarin persoonsgegevens op te nemen. Het belang van de schuldeisers om te weten of de curator een bestuurder aansprakelijk zal stellen vereist op zichzelf niet de vermelding van persoonsgegevens. Een en ander klemmt temeer, nu de gegevens voor eenieder toegankelijk zijn als gevolg van de publicatie van de faillissementsverslagen.”<sup>33</sup>*

Met deze reactie slaat VIRA in onze visie de spijker op zijn kop. Op basis van de wetsgeschiedenis en het doel van het openbaar verslag, is onduidelijk waarom het nodig is dat het verslag persoonsgegevens bevat. De wetgever lijkt dat ook (deels) te onderschrijven door te overwegen dat *“gelet op de persoonlijke, zakelijke en privacybelangen van de gefailleerde en gelet op het feit dat het vaak feiten en omstandigheden betreft die nog nader onderzoek vergen, ligt het niet altijd in de rede om in het openbare faillissementsverslag gedetailleerd in te gaan op de door de curator geconstateerde mogelijke onregelmatigheden. Bij het vaststellen van modellen van faillissementsverslagen en bij het opstellen van*

---

33. Reactie van VIRA op de consultatie memorie van toelichting wetsvoorstel Wijziging van de UAVG en enkele andere wetten in verband met het stroomlijnen en actualiseren van het gegevensbeschermingsrecht (Verzamelwet gegevensbescherming), 2020, p. 18.

*faillissementsverslagen zal hiermee rekening moeten worden gehouden.*<sup>34</sup> De wetgever gaat daarbij voorbij aan de vraag waarom de verwerking van persoonsgegevens in het verslag überhaupt noodzakelijk is. Enige verwerking van persoonsgegevens is wellicht onvermijdelijk, maar het ligt voor de hand dat eerst de vraag wordt gesteld wat het doel is van het openbaar verslag en dat vervolgens wordt bepaald welke mate van verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is om dat doel te realiseren.

Gelet op de wetsgeschiedenis is het openbaar verslag van oorsprong bedoeld om de schuldeisers inzage te geven in de financiële vooruitzichten in het kader van de afwikkeling van het faillissement. De schuldeisers hebben er belang bij om te weten of er nog boedelactief gerealiseerd kan worden, maar of dat actief wordt gerealiseerd uit de incasso van handelsdebiteur of door het inroepen van een pauliana, lijkt daarbij van ondergeschikt belang. De wetgever lijkt inmiddels van oordeel dat het verslag ook is bedoeld om verantwoording af te leggen aan de schuldeisers<sup>35</sup>, maar dat is in strijd met het Jomed I arrest en in onze visie ook onjuist. De curator legt verantwoording af aan de rechter-commissaris en niet aan de schuldeisers en dat geldt temeer voor de taak tot fraudebestrijding. Behalve de wetsgeschiedenis van art. 73a Fw, is er geen enkele reden om te veronderstellen dat het doel van het openbaar verslag mede is gelegen in het afleggen van verantwoording door de curator (aan de schuldeisers).

Bij dit alles kan niet onvermeld blijven dat de wet legio mogelijkheden kent voor individuele schuldeisers om informatie te verzamelen en invloed uit te oefenen op de afwikkeling van het faillissement. Zij kunnen op grond van art. 843a Rv en 3:15j BW inzage in stukken krijgen en via art. 69 Fw invloed uitoefenen op het optreden van de curator. Bovendien kent de Faillissementswet verschillende vergaderingen van schuldeisers, waaronder de verificatievergadering (art. 108 Fw), de vergadering omtrent de voortzetting van het bedrijf (art. 173a Fw) en de vergadering over de wijze van vereffening (art. 178 Fw). Verder kan de rechter-commissaris, zo vaak als dat nodig is, een algemene schuldeisersvergadering bijeenroepen (art. 84 Fw) en kan de rechtbank een schuldeiserscommissie benoemen (art. 74 Fw). Deze commissie is bevoegd om inzage te vorderen in de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers die op het faillissement betrekking hebben. De curator is ook verplicht de commissie alle verlangde inlichtingen te verschaffen (art. 76 Fw). Via al deze mogelijkheden kunnen schuldeisers informatie verkrijgen en invloed uitoefenen op de afwikkeling van het faillissement. Deze bevoegdheden en rechten op informatie komen enkel aan

34. *Kamerstukken II 2014/15*, 34 253, 3, p. 16 en 17 (MvT).

35. *Kamerstukken II 2015/16*, 34254, 6, p. 3 en 14.

schuldeisers toe. De diverse schuldeisersvergaderingen hebben vooral (of wellicht alleen) betekenis in grotere faillissementen, waar een uitkering aan de concurrente schuldeisers valt te verwachten.<sup>36</sup> De mogelijkheden van art. 843a Rv en 3:15j BW (eventueel in combinatie met art. 69 Fw) geven echter in alle faillissementen ruimte voor maatwerk bij het verwerken van persoonsgegevens. Indien een derde recht heeft op verstrekking van bepaalde gegevens,<sup>37</sup> dan kan de curator de verwerking van persoonsgegevens beperken tot dat wat noodzakelijk is (minimale gegevensverwerking).

## 6. Conclusie en aanbevelingen

De taak van fraudebestrijding en de taak periodiek een openbaar verslag uit te brengen maken onderdeel uit van het takenpakket van de curator. Naar onze mening wordt onvoldoende onderkend dat de curator de taak van fraudebestrijding uitoefent onder het toezicht van (uitsluitend) de rechter-commissaris en dat er onvoldoende reden bestaat om – zoals art. 73a lid 3 Fw voorschrijft – in ieder faillissement openbaar te maken of er in de visie van de curator sprake is van strafbare feiten en door wie die strafbare feiten zijn gepleegd. Er bestaat daarvoor ook geen wettelijke grondslag die passende waarborgen voor de rechten en vrijheden van de betrokkenen biedt.

Schuldeisers hebben er belang bij om te weten of er nog boedelactief gerealiseerd kan worden, maar de vraag is of het verslag (direct identificeerbare) persoonsgegevens moet bevatten. Hoewel er onder omstandigheden een maatschappelijk belang kan bestaan voor de curator om het publiek te informeren<sup>38</sup>, betekent dat niet per definitie dat het publiek daarover in ieder faillissement tot in detail moet worden geïnformeerd, zeker niet als het gaat over strafrechtelijke persoonsgegevens. De Toetsingscommissie van INSOLAD beschreef in dit verband het idee om te werken met pseudoniemen, maar wellicht kan het doel van het openbaar verslag ook worden vervuld door de directie en organisatie van de gefailleerde in algemene bewoordingen te beschrijven. Bijvoorbeeld: *‘de bestuurder van de vennootschap is een rechtspersoon en de bestuurders van die bestuurder zijn twee natuurlijke personen, die hierna samen als ‘het bestuur’ zullen worden aangeduid’*. In dat geval is weliswaar ook sprake van de verwerking van per-

---

36. Zie hierover uitgebreid: R.J. van Galen, TvI 2000, p.19.

37. Het woord ‘vordering’ in art. 843a Rv de indruk kan wekken dat het inzagerecht slechts in rechte geldend gemaakt kan worden, maar dat is niet de bedoeling van de wetgever. De aanspraak kan zowel in als buiten rechte geldend kan worden gemaakt (zie Eerste Kamer, vergaderjaar 1988-1989, 19 574, nr. 187a).

38. Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY4491, JOR 2013/286.

soonsgegevens, maar de regels voor gegevensverwerking kunnen in dat geval soepeler worden toegepast en het risico van de verwerking wordt op deze manier aanzienlijk beperkt, omdat de gegevens niet direct identificeerbaar zijn.

Meer in het algemeen lijkt het zinvol om de huidige opzet en het gebruik van het openbaar verslag opnieuw tegen het licht te houden en te bepalen welke verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk is voor het verwezenlijken van het doel van het openbaar verslag. Vragen die daarbij gesteld kunnen worden zijn in ieder geval of het nodig is om namen van personen te noemen en of daarin strafbare feiten beschreven moeten worden. Indien wordt volstaan met een globale omschrijving van de directie en organisatie, zonder daarbij de namen van personen te vermelden, dient het openbaar verslag zijn doel waarschijnlijk ook. Verder kan ter zake het rechtmatigheidsonderzoek wellicht worden volstaan met de opmerking dat (mogelijk) sprake is van vorderingen die uit het rechtmatigheidsonderzoek voortvloeien. Dit laat onverlet dat de curator, in het kader van het rechtmatigheidsonderzoek, (strafrechtelijke) persoonsgegevens moet verwerken en dat schuldeisers daarmee (anders dan via het openbaar verslag) bekend kunnen raken door de mogelijkheden die de Faillissementswet aan de schuldeisers biedt, maar de verwerking lijkt in dat geval veel doelmatiger te zijn



## De communicatietaak van de curator

O. HOUTSCHILD<sup>1</sup>

### 1. De zachte kant

Het heeft mij altijd verwonderd. Direct na de faillissementsuitspraak van een grote organisatie staat een heel curatorenteam in de hal van de failliet. In het team insolventiejuristen, arbeidsjuristen, fiscalisten en accountants. Soms is ook aan beveiligers gedacht die moeten zorgen dat in de chaos van het moment ‘geen spullen kwijtraken’. Een juridisch en financieel-economisch georiënteerd team dus.

De samenstelling van dat team is logisch. Een faillissement is immers een juridisch feit met grote financieel-economische consequenties. Het faillissement creëert een nieuwe werkelijkheid voor alle betrokkenen. Maar een faillissement is ook *emotie*. Spanningen, opgebouwd in de aanloop naar het faillissement, komen tot een ontlading of lopen nog heviger op. En sturen in grote mate de bereidheid om mee te werken aan de oplossing of de afwikkeling die de curator voor ogen staat.

Een faillissement gaat ook over relaties. Alle stakeholders van de failliet worden geraakt. En niet alleen financieel. Toekomstplannen van medewerkers vallen in duigen. Samenwerkingsverbanden vallen uiteen. De continuïteit van sommige leveranciers komt onder druk te staan. De kwaliteit van de voor het faillissement opgebouwde relaties met in- en externe partijen bepaalt in grote mate de ruimte die de curator heeft om een succesvolle doorstart te realiseren. Denk bijvoorbeeld aan relaties met overheden die kunnen helpen met garantstellingen voor de doorstarter. Of de loyaliteit van medewerkers die voor de doorstarter van invloed is op de beslissing een bod te doen.

---

1. O. Houtschild is vanuit Handson Partners gespecialiseerd in communicatie over maatschappelijke issues en bij crisissituaties. Hij was onder meer betrokken bij faillissementen van het Ruwaard van Puttenziekenhuis, de MC Groep (Slotervaart- & IJsselmeerziekenhuis), Miss Etam en medicijnfabriek InnoGenerics. De kadertekst over omgang met de media is mede geschreven door Marcel Paapst. Marcel is media-adviseur, -trainer en interim woordvoerder bij Handson Partners. Ook hij was betrokken bij meerdere faillissementen waaronder het Slotervaartziekenhuis en boekhandelketen Selexyz.

Dus waarom niet wat meer aandacht voor de zachte kant, juist omdat die de harde kant zo sterk beïnvloedt? De emotionele *mindset* van de leverancier die gevraagd wordt te blijven leveren aan de boedel om een doorstart te helpen realiseren lijkt mij minstens zo belangrijk als het financiële aanbod dat onder die vraag ligt.

En in het verlengde daarvan: waarom niet wat meer aandacht voor de toon, stijl en aanpak van de *communicatie* met al deze stakeholders. Juist met als doel om hen deel te maken van een (voor de crediteuren) succesvolle afwikkeling van het faillissement. Toonzetting en formulering doen ertoe. Echt gebeurd: een curator schrijft een brief over de stand van zaken vol juridisch jargon aan de ouders van een kinderdagverblijf. En belooft ‘op termijn nadere informatie te doen toekomen over de mogelijke, maar niet vaststaande, voortzetting van de gefailleerde onderneming’. Zo’n formulering beweegt ouders vooral om naar alternatieve opvangmogelijkheden te gaan kijken. Tegen de tijd dat de doorstart geregeld was, waren de meeste kinderen weg of bijna weg.

Nogmaals, een faillissement is in de eerste plaats een juridisch feit met directe financiële consequenties voor alle betrokkenen. Maar het is meer dan dat. Het hele stelsel van wederzijdse afhankelijkheden tussen alle betrokken *stakeholders* valt uit elkaar of dreigt dat te doen. Zeker wanneer de curator een succesvolle doorstart wil realiseren, zal er oog moeten zijn voor de wijze waarop deze afhankelijkheden behouden of herschikt kunnen worden. De uitdaging voor de curator bestaat eruit om snel zicht te krijgen op het speelveld binnen en rond de organisatie. Niet alleen om de financiële en juridische posities, maar ook op de ‘mentale posities’ die de betrokkenen innemen zijn van belang. Inzicht in communicatieprocessen en inzet van communicatie-expertise kan daar enorm bij helpen.

## **2. Drie fases voor communicatie rond faillissementen**

In mijn ervaring is communicatie als specialisme in drie fases van belang bij de afwikkeling van een faillissement.

*FASE 1 - Bekendmaking.* De meest in het oog springende taak voor communicatie is om de bekendmaking van een faillissement in goede banen te leiden. De in- en externe bekendmaking dat een organisatie failliet is, maakt doorgaans veel los bij de betrokkenen. Vooral bij grote organisaties vergt dat een weloverwogen aanpak die idealiter al werd voorbereid in de aanloop naar het faillissement. En bij organisaties die hun klanten ‘in huis’ bedienen, zoals reisorganisaties en zorginstellingen is het van belang snel te handelen om de dienstverlening te con-

tinueren of veilig af te bouwen. Ook moeten medewerkers worden gemotiveerd zich voor de gefailleerde onderneming te blijven inzetten. Dat is niet eenvoudig wanneer tegelijk collectief ontslag wordt aangezegd en ze horen dat hun salaris weliswaar is gegarandeerd, maar later dan gebruikelijk zal worden uitbetaald.

*FASE 2 - Afwikkeling.* Vervolgens ligt er een taak voor communicatie om informatie over de voortgang bij de afwikkeling van het faillissement naar alle betrokken stakeholders te brengen. En om te luisteren naar meningen, gevoelens en ideeën vanuit de omgeving. Communicatie kan nu ook strategisch worden ingezet. Bijvoorbeeld door publicitaire druk te zetten in de richting van bepaalde stakeholders om de onderhandelingen over een doorstart kansrijker te maken.

*FASE 3 - Verantwoording.* Tot slot is communicatie in toenemende mate van belang om het werk en de keuzes van de curator bij de afwikkeling van een faillissement te duiden en verantwoorden. Dit komt niet alleen door het huidige maatschappelijke discours. Ook de zogenaamde ‘open norm’ die erin voorziet dat een curator ook andere belangen dan die van crediteuren in overweging neemt, speelt een rol. Dit leidt ertoe dat curatoren meer aandacht moeten geven aan het geven van een toelichting op het eigen handelen.

#### *Niet communiceren*

Ongeacht hoe je naar het bovenstaande kijkt: *niet* communiceren is geen optie. Een faillissement raakt stakeholders vaak diep en in veel gevallen bijna existentieel. Medewerkers moeten omzien naar ander werk. Leveranciers worden gehinderd in hun groei en ontwikkeling. Klanten zijn direct gedupeerd. Dat maakt dat er veel en indringend gecommuniceerd zal gaan worden. Het is dan beter om zelf regie te nemen en te proberen de beeldvorming over (de afwikkeling van) het faillissement te sturen.

### **3. De bekendmaking van een faillissement**

De eerste fase waar communicatie een rol speelt is de daadwerkelijke bekendmaking van een faillissement. Meestal is dit een wat chaotisch moment. Vaak zoemt het al rond of is al eerder een surseance bekend gemaakt. Ook is onduidelijk wie de leiding heeft bij de bekendmaking, het zittend management of de aantredende curator met zijn of haar team.

Het is van belang in de wanorde van dat moment als curator zo snel mogelijk regie te nemen, ongeacht hoe het faillissement wereldkundig is geworden of wordt gemaakt. Dit betekent dat de curator -liefst via de bestaande kanalen- zélf

gaat communiceren richting medewerkers, klanten, leveranciers en andere stakeholders. Daarbij is het van belang een zekere *duiding* te geven bij het nieuws over het faillissement. Vaak volstaat het al om duidelijk te maken wat de taak van de curator is en uit te leggen welke processtappen nu gaan volgen. Informatie die voor het curatorenteam vanzelfsprekend is, is dat voor de buitenwereld niet. De meeste mensen maken immers maar zelden een faillissement van dichtbij mee. Basale informatie helpt dan al enorm om de situatie te kunnen bevatten.

Onrust kan verder voorkomen worden door te anticiperen of reageren op de *zorgen* die leven. Die zorgen lopen per stakeholdergroep uiteen. Alle stakeholders stellen zich bij het nieuws over het faillissement dezelfde vraag: ‘wat betekent dit voor mij?’ De belangrijkste praktische zorg bij leveranciers is bijvoorbeeld of hun vorderingen betaald zullen worden. Dus past het om iets te zeggen over de verwachting dat dit ook gaat gebeuren. Voor klanten is het van belang zo duidelijk mogelijke informatie te geven over de levering van producten en diensten. Gaat de geboekte reis nog wel door? Wordt het gisteren bestelde artikel nog wel geleverd? Hoe specifieker de informatie in reactie op deze zorgen, hoe beter.

Ook ontstaan vaak diepere zorgen die niet direct weggenomen kunnen worden. De dagelijkse hulp aan bejaarden kan bij het faillissement van een thuiszorgorganisatie niet snel ingeregeld worden door een andere zorgverlener. Een crediteur voor wie de gefailleerde organisatie de grootste opdrachtgever was, maakt zich meer zorgen over de toekomstige omzet dan over de onbetaalde rekening. Maar ook hier is alleen de (empathische) bevestiging dat de curator oog heeft voor deze vraagstukken vaak genoeg om deze onrust niet om te laten slaan in weerstand of chaos.

#### *Handelingsperspectief*

Onrust neemt af wanneer mensen invloed kunnen uitoefenen op de impact van de insolventie op hun eigen situatie. Naast een reactie op de primaire zorgen van stakeholders, helpt het om een handelingsperspectief te bieden. Is er iets dat de stakeholder kan doen of laten om de curator te helpen overzicht en grip op de situatie te krijgen? In veel gevallen gaat dat om standaard zaken, zoals het formeel indienen van hun claims bij de curator. Maar handelingsperspectief kan ook een vraag om hulp zijn. Bijvoorbeeld aan medewerkers om de productie tijdelijk voort te zetten.

Bij een failliete touroperator moeten de vakantiegangers die in het buitenland stranden door het faillissement geholpen worden aan alternatieve reismogelijkheden. Verzekeraars, overheden en gelijksoortige organisaties en familieleden

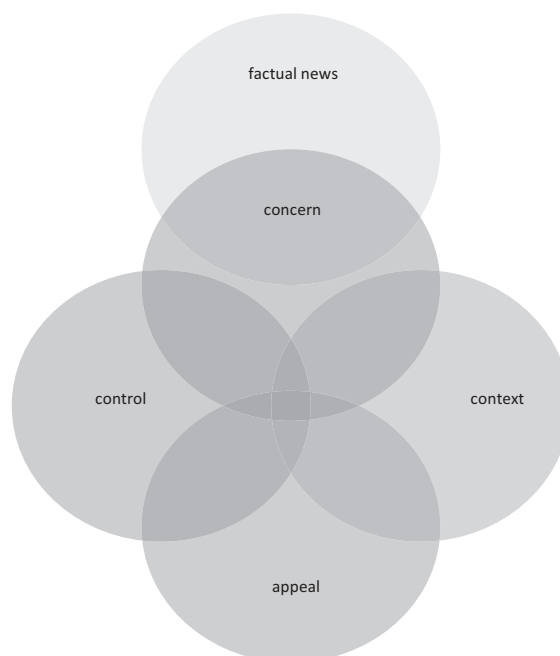
## De communicatietaak van de curator

van de gedupeerden zelf kunnen hierbij hulp bieden. Het curatorteam kan dit gericht faciliteren of er op zijn minst ruimte voor geven. Dat helpt om de situatie beheersbaar te houden en maakt de slagkracht van de curator alleen maar groter.

### *Boodschapformulering: 3 keer C*

De communicatie van de curator in deze beginfase vergt dus van meet af aan boodschappen die aansluiten op de vragen en zorgen die in de directe omgeving leven.

Een vuistregel uit de crisiscommunicatiepraktijk kan daarbij helpen. Boodschappen van de curator kunnen worden opgebouwd aan de hand van *de drie C's*: Concern, Control en Context. De feitelijke aankondiging (*factual news*) wordt dan verpakt in een boodschap waarin curator begrip toont voor de zorgen die leven (*concern*), toelicht wat hij/zij doet om die zorgen te adresseren (*control*) en duiding biedt die behulpzaam is om de situatie beter te begrijpen en plaatsen (*context*). De boodschap wordt dan afgesloten met een appèl. Vaak is dit het handelingsperspectief.



Iedere brief, email, speech of persbericht kan aan de hand van deze formule worden opgebouwd. Afhankelijk van de situatie en het moment zal één van de elementen de nadruk krijgen in de boodschap. Stel dat direct na faillissement de aansprakelijkheidsverzekering geen dekking meer biedt en daardoor geen goederen kunnen worden uitgeleverd. Dan kan de boodschap

van de curator aan de leidinggevende en medewerkers aan het eind van de productielijn zijn:

- Factual news: Jullie mogen vanwege een verzekeringskwestie vooralsnog geen goederen uitleveren.
- Concern: Ik begrijp dat dit lastig is, omdat klanten erop wachten en voor betaald hebben.
- Control: Ik heb inmiddels contact met de verzekeraar en ben bezig een oplossing voor dit probleem te vinden. Die verwacht ik over twee dagen te hebben.
- Context: Dit niet uniek. De verzekeringsdekking vervalt bijna altijd na een faillissement. Meestal is dit snel opgelost. Dat verwacht ik ook nu.
- Appeal: Kunnen jullie ruimte maken in het magazijn om spullen op te slaan en voorbereidingen treffen om -zodra het kan- alsnog snel uit te leveren? Meldt grote problemen met klanten over de verlate uitlevering bij [naam].

Hierboven is bijna al de interne email geformuleerd die hierover gestuurd kan worden. Door alle elementen te benoemen, ontstaat een compleet *verhaal*. Het element *context* bevat in dit voorbeeld een belangrijke geruststelling die ertoe bijdraagt om medewerking te krijgen bij het tijdelijk niet uitleveren van producten. Laat dit element weg en er ontstaat meer onzekerheid boven op de al bestaande onzekerheid.

#### *Communiceren via de media*

Veel curatoren zijn terughoudend in communicatie met de media. Journalisten worden vaak als lastig of storend ervaren. Ze hebben tijd en aandacht nodig en stellen vaak vragen waar nog geen antwoord op is. Veel van dit onbegrip komt voort uit onbekendheid met de werking van de media. De rol van de media is tweeledig. Enerzijds is het hun rol van om nieuwswaardige informatie te verspreiden. Daarnaast bieden de media een platform voor maatschappelijk debat en discussie.

Het misverstand begint al bij het eerste element, namelijk de vraag wat nieuws is. Hiervoor zijn allerlei definities te geven. Belangrijker is dat het niet aan de curator is om te bepalen of (een aspect van) een faillissement nieuwswaardig is. Die afweging maken de media zelf. En ieder medium op een net andere wijze die past bij de lezers- of kijkerskring die zij bedienen. Vragen om informatie,

toelichting of duiding verdwijnen dus niet wanneer de curator ze niet relevant of lastig acht.

Het tweede element, maatschappelijk debat, is vooral van belang bij faillissementen waar ook publieke belangen een rol spelen. Bij dit soort faillissementen blijft de media-aandacht niet beperkt tot het brengen van het nieuwsfeit dat de organisatie is omgevallen. Hier zal meer aandacht worden gegeven aan de afwikkeling door de curator en duiding van de oorzaken en impact van het faillissement. Denk aan faillissementen van organisaties met een maatschappelijke nutsfunctie (Slotervaartziekenhuis, DSB) of organisaties waar veel publiek geld in omgaat of ingestopt is (Ziel, InnoGenerics). Ook bekende of historische consumentenmerken (Miss Etam, Lightyear) trekken bij faillissement veel media-aandacht. Net als organisaties waar klanten direct en heel zichtbaar de dupe zijn (Hulpmiddelen centrum, OAD, Thomas Cook). En tot slot trekken grote faillissementen in termen van geld of aantallen medewerkers veel media-aandacht (Imtech, DSB).

In de beginfase van een faillissement kunnen de media grote toegevoegde waarde hebben bij de bekendmaking van het faillissement en de eerste stappen rond de afwikkeling ervan. Voordeel is dat iedere stakeholder snel geïnformeerd kan worden. Door journalisten te bedienen met het verhaal en duiding van de curator is het mogelijk invloed op de toonzetting van de berichtgeving te hebben. En via de media bereikt de curator alle klanten, leveranciers en sleutelrelaties van het gefailleerde bedrijf sneller dan via de eigen kanalen van de failliete organisatie. Door aandacht aan te geven aan een passende mediaselectie, is het mogelijk meer regie te krijgen op de beeldvorming.

→ *Zie ook de kadertekst over omgang met de media.*

#### **4. Communicatie en de afwikkeling van een faillissement**

Alvorens een organisatie te ontmantelen zal iedere curator onderzoeken of een bedrijf voortgezet kan worden. Een doorstart levert in de regel het meeste op voor crediteuren en is ook maatschappelijk gezien vaak gewenst. Werkgelegenheid blijft (deels) behouden net als de bijdrage van de failliet aan onze economie.

Na de bekendmaking van een faillissement volgt een fase waarin communicatie kan bijdragen aan een succesvolle doorstart. De focus voor communicatie verschuift dan van informatievoorziening naar beeldvorming en wordt meer strategisch ingezet. Dit is het tweede fase waar communicatie een rol speelt.

*Reputatie: de ontastbare waarde*

Deloitte stelt dat 75% van de waarde van een bedrijf bestaat uit 'reputatiewaarde': de ontastbare waarde die voortkomt uit de opgebouwde kennis en ervaring, en de relaties met leveranciers, klanten, samenwerkingspartners, netwerk, et cetera. Voor een succesvolle doorstart moet vooral deze ontastbare waarde behouden worden. En tegelijkertijd staat juist dit element onder druk door het faillissement. De reputatie krijgt een knauw, alle stakeholderrelaties staan onder druk en reguliere werkprocessen komen tot stilstand.

De eerste taak van communicatie in deze fase is om te helpen snel inzicht in alle stakeholderrelaties te verkrijgen. Hoe zit dat eigenlijk met de reputatie van de organisatie? Welke steun en weerstand valt te verwachten? Hoe liggen de verhoudingen met key-spelers? Om dergelijke vragen te beantwoorden kan een snelle analyse van het krachtenveld helpen om de onderhandelingsstrategie van de curator te voeden. Op het meest elementaire niveau betekent dit dat van alle betrokken actoren wordt geïnventariseerd welke *standpunten* zij innemen ten aanzien van een doorstartoptie en -ook belangrijk- vanuit welk *belang* dit standpunt wordt gevormd.

Bij het recente faillissement van medicijnenfabriek InnoGenerics waren klanten bijvoorbeeld actief bereid om de poging tot doorstart te steunen. Zij hielpen de tijdelijke voortzetting van de productie na faillissement onder meer door bij levering direct te betalen. Dit echter niet zozeer om de fabriek op de lange termijn te behouden, maar om tijd te krijgen hun productie elders (in het buitenland) onder te brengen en daarmee boeteclausules van hun afnemers te voorkomen. Dit inzicht in het achterliggende belang hielp. Bijvoorbeeld om aan een andere stakeholder, de overheid, duidelijk te maken dat voor continuïteit van de fabriek ook hulp aan potentiële doorstarters nodig was om extra snel de noodzakelijke vergunningen te krijgen.

Een belangrijke taak van communicatiemensen is dus om 'de buitenwereld binnen te brengen'. Door verhoudingen en afhankelijkheden met stakeholders inzichtelijk te maken, kan de communicatiemedewerker de curator aan een sterkere informatiepositie helpen. Denk bijvoorbeeld aan het complexe krachtenveld dat ontstond bij de afwikkeling van het faillissement van het Slotervaartziekenhuis. De gefailleerden, de gemeente en de curatoren hadden uiteenlopende belangen bij het vastgoed van het ziekenhuis. De eerstgenoemden om het eigendom te behouden, de gemeente om invloed uit te oefenen op het toekomstige gebruik en de curatoren om een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren. Het juridische en publicitaire steekspel dat hierover ontstond, vergde diepgaand inzicht in het



krachtenveld en zorgvuldig handelen in de publiciteit en directe communicatie met alle betrokkenen.

Natuurlijk is het niet alleen aan communicatiemensen om de curator bij complexe onderhandelingen te ondersteunen. Maar ze kunnen zeker bijdragen. Bijvoorbeeld door goede monitoring van (social) mediaberichtgeving, monitoring van het discours in de relevante politieke arena's of goede analyse van argumentaties en redeneringen van stakeholders. Ook contacten vanuit woordvoering met journalisten leveren vaak relevante informatie op over het speelveld. Op basis van die kennis kunnen communicatiemensen helpen met zorgvuldig gewogen statements en optredens in de publiciteit en de directe communicatie met alle betrokken stakeholders.

#### *Informatievoorziening op orde houden*

De tweede taak voor communicatie in deze fase is om te helpen 'de boel bij mekaar te houden'. Want terwijl het proces en onderhandelingen om een doorstart te bereiken loopt, is het ook van belang de organisatie zoveel als mogelijk te laten functioneren. Of om de negatieve impact van het faillissement zo goed mogelijk te beheersen.

Na de eerste schok van het faillissementsaankondiging komen de uitdagingen. Er ontstaan problemen met de productie en met (toe)leveringen. Medewerkers komen niet meer opdagen. Opdrachten worden ingetrokken. Er ontstaan vele brandjes die gelijktijdig moeten worden geblust. Veel van deze problemen komen voort uit onduidelijkheid en onzekerheid.

De bijdrage die communicatie kan leveren om rust en orde te scheppen, is door de curator te vestigen als *betrouwbare informatiebron*. Door snel een systematiek op te zetten om vragen te beantwoorden van de drie belangrijkste stakeholdergroepen (medewerkers, leveranciers, afnemers) kan veel onrust worden voorkomen. Hoe deze systematiek eruitziet, is voor iedere organisatie anders. Vaak kan de website worden gebruikt om stakeholders te informeren. Of (reguliere) bijeenkomsten met alle medewerkers. In andere gevallen kan gewerkt worden met updates per mail. Door hier snel structuur aan te geven, kan veel onrust worden voorkomen.

In de praktijk lukt dit niet zonder inzet en hulp van de medewerkers van de gefailleerde organisatie en het lukt ook niet zonder gebruik te maken van de bestaande communicatie-infrastructuur. De communicatieverantwoordelijke in het curatorteam zal dus zo snel mogelijk een groepje mensen om zich heen moeten verzamelen om hier werk van te maken.

De basis voor dit werk is een uitgebreid Questions & Answers-document (Q&A). Een soort groslijst van alle vragen die gesteld zijn of verwacht worden. Met daarop een bondig, feitelijk antwoord. Zo'n Q&A wordt idealiter gestructureerd naar thema. Of gesplitst in drie Q&A's: één voor medewerkers, één voor leveranciers en één voor afnemers. Het is deze Q&A waar de communicatiemedewerker in het curatorteam zich op richt. Om vervolgens met hulp van anderen en de bestaande communicatiekanalen te zorgen dat de informatie in deze Q&A zijn weg vindt naar stakeholders. Dit is een continu proces totdat de rust is weergekeerd of tot er duidelijkheid is over een doorstart of (wijze van) afbouw. Naarmate de situatie zich verder ontvouwt zal de Q&A dus ook geactualiseerd worden.

## **5. Verantwoording afleggen**

De faillissementswet roept de curator op naast het crediteurenbelang ook maatschappelijke belangen mee te laten wegen bij de afwikkeling van een faillissement. Bijvoorbeeld door bij de keuze tussen twee doorstartmogelijkheden mee te wegen welk plan de meeste garantie biedt voor behoud van werkgelegenheid.

Bij faillissementen waar publieke belangen meespelen zal de curator steeds vaker worden aangesproken op zijn/haar keuzes. Denk aan vragen na de publicatie van de openbare curatorenverslagen. Maar niet alleen op deze momenten is verantwoording van belang. Afhankelijk van de aard van de failliet kunnen curatoren snel verweven raken met bredere maatschappelijke discussies. Eerder refereerde ik al aan het steekspel rond het vastgoed van het Slotervaartziekenhuis. Een ander voorbeeld is het recente faillissement van medicijnfabriek InnoGenerics. Dit speelde zich af tegen de achtergrond van een langlopende discussie over de beschikbaarheid en leveringszekerheid van medicijnen in Nederland. De druk vanuit de samenleving om deze productiefaciliteit te behouden was dan ook groot. Evenals de vraag om duidelijkheid te geven over de afhandeling van het faillissement. Gelukkig kon in dit faillissement op het laatste moment een doorstart worden bereikt. Als dit niet was gelukt, had de vraag waarom een medicijnfabriek niet kan doorstarten terwijl er aantoonbare medijntekorten zijn ook op het bord van de curator gelegen.

Naast de roep om verantwoording vanuit stakeholders of de publieke opinie moet soms ook formeel verantwoording worden afgelegd. Na de ziekenhuisfaillissementen (Ruwaard van Putten- Slotervaart- IJsselmeerziekenhuis) werden door verschillende zorginstanties en het ministerie onderzoeken gestart rond de vraag of de patiëntveiligheid tijdens en direct na het faillissement in gevaar was geweest. Die vraag richtte zich op de zorgplicht van de verzekeraars gedurende hele periode rond het faillissement. En daarmee dus ook op de acties onder

leiding van de curator. Soortgelijke onderzoeken vinden ook plaats in andere sectoren, bijvoorbeeld bij faillissementen van financiële dienstverleners.

### *Meer verantwoording*

Rond crises spelen altijd schuldvragen. Engelsen noemen dit *the blame game*. Meestal treft dit niet de curator. Die wordt immers aangesteld om het puin te ruimen. Maar in de toekomst verwacht ik dat de druk op de curator om verantwoording af te leggen over de aanpak en keuzes bij de afwikkeling van faillissementen groter wordt. Deels vloeit dit voort uit de ontwikkeling van het maatschappelijke debat en de opkomst van sociale media. Alles wat maar enigszins omstreden is, wordt uitvergroot of onderdeel van een meer gepolariseerd debat. Maar het vloeit ook voort uit de ‘open norm’ discussie. Naarmate curatoren meer geacht worden publieke belangen mee te wegen, zal er meer aandacht nodig zijn om de afwegingen hieromtrent toe te lichten. Of dat nu loopt via de media, 1 op 1 met stakeholders of formele onderzoeksinstanties. Het zal een goed voorbereide, gedegen uitleg vanuit de curator vergen. Communicatie dus.

## **6. Communicatie is geen corveetaak**

‘Ontbinden, ontbinden, ontbinden. Je leven lang. En zelfs daarna nog’. Met deze woorden stimuleerde mijn wiskundeleraar onze klas om toch vooral tijd en aandacht aan zijn vak te besteden. Hetzelfde kun je zeggen over communiceren. Communiceren doen wij allemaal. Juist omdat communicatie zo vanzelfsprekend en alomtegenwoordig is, is het soms lastig communicatie *als professie* een plaats te geven in een organisatie. Toch valt er veel voor te zeggen om gericht aandacht te geven aan communicatie en communicatieprocessen. Er gaat al snel van alles mis. Zie bijvoorbeeld de kadertekst over miscommunicatie op vier niveaus.

Natuurlijk pleit ik er niet voor om bij iedere insolventie allemaal communicatie-experts aan het werk te stellen. Wel stel ik dat weloverwogen en goed uitgevoerde communicatie-acties behulpzaam kunnen zijn bij het realiseren van de doelen die u als curator heeft. Zowel bij de aankondiging en afwikkeling van faillissementen als bij de verantwoording over uw eigen handelen. Communicatie is geen *corveetaak* maar één van uw hoofdtaken. Het is verstandig daar aandacht aan te schenken. Om mijn wiskundeleraar te parafraseren: ‘communiceren, communiceren, communiceren. Uw *professionele* leven lang’.

**Over miscommunicatie op vier niveaus...**

‘Het is groe-OEN!’ snauwt de rood aangelopen oudere man tegen zijn vrouw achter het stuur van de auto. Drie ogenschijnlijk duidelijke woorden. Een heldere boodschap.

In iedere communicatieve interactie zitten vier lagen. *Inhoudelijk* maakt de man slechts duidelijk dat het stoplicht op groen staat. Zijn *appèl* is belangrijker maar blijft impliciet: hij wil dat zijn vrouw gaat rijden. Ook wordt er iets duidelijk over hun *relatie*: kennelijk kan hij zich binnen hun huwelijk een dergelijke snauw permitteren. En tot slot toont hij met zijn *expressie* iets over zijn persoonlijkheid: hij heeft een kort lontje.

Deze vier aspecten van een boodschap, vastgelegd door de Duitse psycholoog Friedemann Schulz von Thun (1944), zijn altijd herleidbaar.

De vrouw achter het stuur kan nu kiezen op welke aspect zij primair reageert. Meestal gaat dit onbewust. Wanneer zij zegt: “je houdt je mond of je kunt nu direct uitstappen.” maakt zij duidelijk dat zij een relatie waarin haar man haar zo aanspreekt, niet accepteert. Zegt ze: “ik ben niet kleurenblind”, dan reageert zij op het inhoudelijke aspect. En als zij de auto meteen optrekt communiceert zij met *gedrag* in reactie op het impliciete *appèl* van haar man.

De zender zendt met vier monden en de ontvanger luistert met vier oren zei Von Thun daarover. En daarbij kan van alles misgaan. Wanneer de onzekerheid en belangen groot zijn, zoals bij een faillissement, luisteren dit soort processen extra nauw.

Zakelijke, inhoudelijk sterke communicatie kan eenvoudig zijn doel missen, omdat de expressieve en relationele aspecten zwaarder wegen bij het opbouwen van vertrouwen tijdens crisissituaties. Mensen zoeken houvast, bijvoorbeeld in de uitstraling (= expressie) waarmee de curator de medewerkers toespreekt over de kansen op een doorstart. En een *appèl* aan medewerkers om vooral te blijven doorwerken wordt bijvoorbeeld pas gehonoreerd, wanneer logische vragen zonder terughoudendheid (= expressie) worden beantwoord (= inhoudelijk).

### **Praktische omgang met de media**

Voor de meeste curatoren is het te woord staan van journalisten geen dagelijkse bezigheid. Vaak zijn er ook goede redenen om niet of slechts beperkt in te gaan op de wensen van de media. Bijvoorbeeld om medewerkers rust te geven of om gevoelige onderhandelingen niet te verstoren. Maar communicatie via de media biedt ook kansen. Bijvoorbeeld om snel informatie te verspreiden en onrust te beheersen. Of juist om regie te houden en de boedel te etaleren.

### **De media**

'De' media is een ruim begrip. Georganiseerde nieuwsmedia worden vaak onderverdeeld in geschreven pers, radio en televisie. Maar ook een onderscheid in landelijk, regionaal of lokaal is relevant. Of in vakpers en algemene nieuwsmedia. Iedere surseance of faillissement is waarschijnlijk nieuwswaardig voor een aantal mediatitels.

Ook mogen de internetuitingen van de mediatitels niet worden vergeten. Online heeft als kenmerk dat het vele malen sneller nieuws kan delen dan via een gedrukte krant of geplande lineaire televisie- of radio-uitzending. Veel nieuws dat de krant niet haalt, krijgt wel een plek op de webversie van het nieuwsmedium. Voor een curator biedt dit uitgelezen kansen om met een gerichte selectie van nieuws- en vakmedia snel en gericht uiteenlopende stakeholdergroepen te bereiken.

Daarnaast zijn de beeldvorming, de belangen en het krachtenveld dat zich rond een maatschappelijk relevant faillissement ontvouwt goed via de media te volgen. De mediaberichtgeving en het daaropvolgende discours in de sociale media bepaalt vaak de toonzetting rond een faillissement. Bewust of onbewust heeft dit invloed op het handelen van de betrokken actoren. Vanuit die gedachte is het dus niet onverstandig invloed op die berichtgeving uit te oefenen door met journalisten te praten.

### **Nieuws**

Het zijn de nieuwsmedia die bepalen wat nieuws is. Niet de curator. En die afweging hangt sterk af van de situatie en het medium. Een klein faillissement van een bakkerij zal voor de Volkskrant geen nieuws zijn, maar wel voor de plaatselijke krant. Dat ligt anders als de bakkerij dicht moet omdat er maandenlang vergiftigde broden zijn verkocht. Dat nieuws haalt de landelijke nieuwsmedia waarschijnlijk wel.

Een curator hoeft het nieuws niet zelf op te zoeken. Maar als er vragen komen, is het verstandig om antwoorden te geven. Doe je dat niet, of bel je niet terug, dan staat er in de krant: "de curator was niet bereikbaar voor commentaar." *Niet* communiceren bestaat dus niet.

In de meeste gevallen is het verstandig de media wel te woord te staan of dat te laten doen. Er zullen altijd vragen zijn waar de curator niet op wil, kan of mag antwoorden. Maar leg dan uit waarom dat zo is. Dat schept duidelijkheid en zorgt ervoor dat de vragen afnemen zonder dat de speculatie en onrust wordt gevoed.

Vaak is de media-aandacht kortstondig en gericht op het nieuwsfeit dat de organisatie failliet is. Het nieuws waait dan al snel over. Maar er kunnen redenen zijn voor de media om een faillissement te blijven volgen. Bijvoorbeeld wanneer een breder maatschappelijk belang een rol speelt bij een faillissement. Of wanneer de financiële of maatschappelijke schade groot is. Of wanneer er bij de afwikkeling behoefte is aan hulp van de overheid.

Media-aandacht kan ook bewust gezocht worden wanneer dat functioneel is voor de afwikkeling van het faillissement. Een paar voorbeelden.

- Bij de afwikkeling van het faillissement van het Slotervaart ziekenhuis moesten ruim 50.000 poliklinische afspraken worden omgezet. Zonder informatie hierover via mediaberichtgeving zou de omzetting van deze afspraken meer tijd hebben gekost. De mediaberichtgeving voorkwam veel algemene vragen tijdens de telefoongesprekken met de polikliniek en maakte dit proces dus eenvoudiger.
- Gerichte en bewust gezochte media-aandacht over de hechte relatie tussen klanten en de boekenwinkels van Selexyz trok verschillende actoren over de streep om mee te helpen aan een doorstart.

#### **Praktische omgang met de media**

Allereerst: de curator hoeft niet alles zelf te doen. Bij grote faillissementen of bij overwelldigende media-aandacht kan een specialist worden ingeschakeld die de persberichtgeving verzorgt en als woordvoerder kan optreden.

De meeste contacten met de media lopen via persberichten, woordvoering of (geplande) interviews met de curator.

#### *Persberichten*

Een persbericht namens de curator geeft feiten en zo mogelijk een toelichting op de actuele situatie van een faillissement. Het persbericht met het nieuws is niet meer dan een samenvatting van de boodschap die de curator wil brengen. Een bericht van maximaal een A4-tje moet voldoende zijn om de media te informeren.

Een persbericht is geen garantie op een letterlijke publicatie in exact dezelfde bewoordingen. Het bericht helpt de journalist om het nieuws te herkennen, te begrijpen en daarvan

## De communicatietaak van de curator

een eigen bericht te maken. Van een verzonden persbericht kan de curator dus niet verwachten dat dit één op één wordt overgenomen. Wel maakt een journalistiek geschreven persbericht meer kans op publicatie dan een complexe juridische verhandeling.

Kenmerk van een goed persbericht is allereerst dat het nieuws voorop staat. De kop moet glashelder zijn. De eerste zinnen, de zogenaamde *lead*, vatten het nieuws compact samen. Deze samenvatting wordt in het bericht iets nader toegelicht waarbij de belangrijkste informatie als eerste aan bod komt. Onderaan het persbericht moet een contactpersoon staan. Want wie een persbericht verstuurt, moet bereid zijn het toe te lichten. Woordvoering dus.

### *Woordvoering*

De feitelijke vragen van journalisten kunnen vaak door de woordvoerder of specifieke medewerker worden beantwoord. Maar de scheidslijn tussen feitelijke vragen en suggestieve vragen of vragen gebaseerd op veronderstellingen is dun. Goede woordvoering, waarbij wordt gelet op de consistentie in de boodschap en toonzetting vergt ervaring. Ook vraagt het kennis van de inhoud en het speelveld. Een woordvoerder moet om zijn/haar werk te kunnen doen goed op de hoogte worden gehouden van de ontwikkelingen rond het faillissement. Direct contact met de curator is daarbij essentieel.

### *Interview*

Bij significante momenten in de afwikkeling van het faillissement, zoals de overeenkomst over een doorstart of verkoop van een bedrijfsonderdeel is het logisch wanneer de curator als eindverantwoordelijke zelf een toelichting geeft. In de meeste gevallen kan dat met een kort interview.

De meeste interviews kunnen telefonisch of via een videocall. Praktisch is het verstandig om voorafgaand te weten wat de insteek van het gesprek is en met wie de journalist nog meer spreekt. Ook is het verstandig vooraf af te spreken dat de uiteindelijke tekst voor publicatie gelezen mag worden voor een check op feitelijke onjuistheden. Deze werkwijze is voor journalisten niet onbekend. Vaak kan de curator de journalist hiermee helpen ingewikkelde zaken feitelijk correct naar buiten te brengen.

Het is van belang om interviews goed voor te bereiden en vooraf een kernboodschap te bepalen. Zeker bij interviews voor radio of televisie is het verstandig deze kernboodschap vooraf te oefenen. Dit helpt om de boodschap bondig te formuleren. Dit omdat in radio-en tv-reportages vaak slechts een beperkt aantal uitspraken worden gebruikt.





# De Peeters q.q./Gatzen-vordering als motor voor de taak van de curator als civiele fraudebestrijder

MR. W.J.B. VAN NIELEN, MR. F. ORTIZ ALDANA<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

In deze bijdrage gaan wij in op het maatschappelijke belang van fraudebestrijding en de verantwoordelijkheid die daar voor de curator uit voortvloeit, en vragen wij aandacht voor de belangrijke rol die de Peeters q.q./Gatzen-vordering (“PGV”) kan innemen bij de taak van de curator als civiele fraudebestrijder in faillissementen. Wij doen in dit kader aanbevelingen voor een constructief beleid van INSOLAD gericht op het bevorderen van de samenwerking tussen de curator enerzijds en de overige stakeholders bij faillissementsfraude anderzijds en het verruimen van de Garantstellingsregeling voor curatoren (“GSR”).

Onder civiele fraudebestrijding verstaan wij (i) het doen van onderzoek naar de oorzaak van het faillissement, naar onregelmatigheden en naar verhaalsmogelijkheden, (ii) het instellen van civielrechtelijke acties, en zo nodig doen van melding of aangifte bij de bevoegde instanties, tegen de (feitelijke) leidinggevendenden van de gefailleerde rechtspersoon en degenen die hun medewerking hebben verleend aan de onregelmatigheden.<sup>2</sup>

Onze stelling is dat de curator een maatschappelijke verantwoordelijkheid heeft om fraude te signaleren en dat de PGV een belangrijke motor kan zijn voor civielrechtelijke fraudebestrijding door de curator. Indien goed gefaciliteerd, kan de PGV leiden tot een meer effectieve integrale aanpak (dat wil zeggen in samenwerking met de andere stakeholders bij de bestrijding) van faillissementsfraude. Dit komt zowel de faillissementscrediteuren als het maatschappelijk belang van fraudebestrijding ten goede.

- 
1. Mr. W.J.B. van Nielen & mr. F. Ortiz Aldana zijn advocaat-partner en curator bij Recoup advocaten te Utrecht. Mr. F. Ortiz Aldana is tevens als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekscentrum voor Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.
  2. Vgl. W.J.B. van Nielen & C.M. Derijks, ‘De curator als civiele fraudebestrijder, Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude’, *TvS&H* (1) nr. 1.

In paragraaf 2 gaan wij eerst in op de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de curator in het algemeen en in het bijzonder zijn taak als civiele fraudebestrijder bij de afwikkeling van fraudefaillissementen. In paragraaf 3 bespreken wij de belangrijke rol die de PGV daarbij kan innemen, indien deze beter zou worden gefaciliteerd. Wij sluiten af met aanbevelingen voor beleid van INSOLAD op dit onderwerp in paragraaf 4.

## 2. Maatschappelijke belangen en fraudesignalering

In april 2022 vond een INSOLAD-workshop plaats waarbij het onderzoek naar de aanpak van onregelmatigheden op de agenda stond. Jessie Pool presenteerde daar de onderzoeksresultaten van haar empirisch-juridische promotieonderzoek<sup>3</sup> en publiceerde er even later een artikel<sup>4</sup> over in het Tijdschrift voor Insolventierecht. Met de Wet versterking positie curator komen volgens Pool maatschappelijke belangen in beeld die verder strekken dan het ten behoeve van de schuldeisers vereffenen van het vermogen van de gefailleerde. Het maatschappelijk belang van fraudebestrijding kan samengaan met het belang van schuldeisers als het leidt tot boedelactief. De Faillissementswet biedt echter geen rechtvaardiging voor een maatschappelijke taakuitoefening die ten koste gaat van de belangen van gezamenlijke schuldeisers. De wetgever heeft bij de invoering van de Faillissementswet eind 19<sup>e</sup> eeuw immers enkel oog gehad voor de belangen van schuldeisers zodat van curatoren niet kan worden verlangd dat zij meer gewicht toekennen aan maatschappelijke belangen.

Van Eekelen-Atema<sup>5</sup> brengt daar terecht tegenin dat de faillissementsprocedure niet alleen wordt beheerst door de Faillissementswet, maar ook door het algemene vermogensrecht waaruit volgt dat actoren in hun onderlinge verhoudingen de redelijkheid en billijkheid in acht moeten nemen en zich ook hebben te houden aan ongeschreven maatschappelijke normen van betamelijkheid.<sup>6</sup> Hoewel

3. J.M.W. Pool, *'De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Een empirisch-juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement'* (diss. Leiden) 2022.
4. J.M.W. Pool, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *TvI* 2022/20.
5. M. van Eekelen-Atema, 'Reactie op *TvI* 2022/20 Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *TvI* 2022/27.
6. Zie voor een voorbeeld van een geval waarin de maatschappelijke normen van betamelijkheid tussen schuldeisers onderling werden toegepast en schending daarvan door de ene schuldeiser ten koste van de andere schuldeiser leidde tot een toegewezen schadevergoedingsplicht wegens onrechtmatig handelen, HR 28 juni 1957, *NJ* 1957, 514 (Erba/Amsterdamsche Bank).

de Faillissementswet stamt uit eind 19<sup>e</sup> eeuw, dient deze daarom te worden uitgelegd in lijn ligt met de huidige maatschappelijke ontwikkelingen en tijdsgeest.

Wij sluiten ons aan bij de visie van Van Eekelen-Atema. Specifiek voor fraudebestrijding betekent dat volgens ons het volgende. De faillissementsboedel is voor de schuldeisers niet meer dan een verhaalsobject. Het is echter inherent aan een faillissement dat de gevolgen daarvan verder strekken dan alleen voor de schuldeisers van de gefailleerde. Dat komt mede omdat de ongeschreven maatschappelijke normen van betamelijkheid ook de taak van de curator kleuren. Er vloeien verplichtingen uit voort voor de curator. Eén daarvan is de verplichting om zijn ogen niet te sluiten voor onregelmatigheden die hij bij het beheer en vereffening van het vermogen van de gefailleerde tegenkomt. De curator neemt immers, net zoals bijvoorbeeld notarissen,<sup>7</sup> advocaten<sup>8</sup> en banken,<sup>9</sup> een bijzondere maatschappelijke positie in die hem ook verplicht tot een bepaalde zorg voor belangen van derden. In standaardjurisprudentie van de Hoge Raad is dat bevestigd waar het gaat om maatschappelijke belangen als behoud van werkgelegenheid en bescherming van het milieu.<sup>10</sup> Volgens de wetgever is ook de bestrijding van faillissementsfraude een dergelijk maatschappelijk belang waar de curator rekening mee heeft te houden.<sup>11</sup> De wetgever onderschrijft in de Memorie van Toelichting bij de Wet versterking positie curator uitdrukkelijk dat fraudesignalering een maatschappelijke verantwoordelijkheid is die op de curator rust.<sup>12</sup>

*“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.”*

7. Vgl. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, *JOR* 2015/189 (*Novitaris*).
8. Vgl. HR 17 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:61, *JOR* 2020/152 (*Curatoren X/Banning*).
9. Vgl. HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, *JOR* 2006/20, *NJ* 2006/289 m.nt. M.R. Mok (*Safe Haven*) en HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, *JOR* 2016/34 m.nt. F.M.A. 't Hart; *NJ* 2016/245 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Van den Berg*).
10. Zie HR 4 december 1963, *NJ* 1964/144, HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon II*), HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou*) en HR 19 december 2003, *NJ* 2004/293 (*Curatoren Mobell/Interplan*).
11. Zie *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3 onder 8d (MvT Civielrechtelijk bestuursverbod); *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3 onder 2 (MvT Wet versterking positie curator); *Kamerstukken II* 2019/20, 33695, nr. 20, pagina 2 (Brief van Minister voor Rechtsbescherming in reactie op Motie Gesthuizen c.s.) en de toelichting op de Concept Garantstellingregeling voor Curatoren 2023, pagina 5 (<https://www.internetconsultatie.nl/gsr2023/b1>).
12. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, paragraaf 2 (MvT Wet versterking positie curator).

In lagere jurisprudentie is ook al aangenomen dat het onder omstandigheden tot de maatschappelijke taak van de curator kan behoren om aangifte te doen als de curator op strafbare feiten stuit.<sup>13</sup> Het is onderdeel van de vereffening van de faillissementsboedel dat de curator deze maatschappelijke verplichting nakomt. In het kader van het bredere maatschappelijke belang van faillissementsfraudebestrijding, heeft de wetgever met de Wet versterking positie curator de verplichting om fraude te signaleren wettelijk verankerd in art. 68 lid 2 Fw.<sup>14</sup> Hierin is bepaald dat wanneer de curator bij het beheer en de vereffening van de boedel onregelmatigheden “signaleert”, hij deze dient te onderzoeken, en zo hij of de rechter-commissaris dit nodig acht, daarvan melding dient te maken of aangifte dient te doen bij de bevoegde instanties.<sup>15</sup> De curator wordt dus niet belast met een opsporingstaak.<sup>16</sup> Zijn wettelijke taak blijft beperkt tot het “signaleren” van mogelijke fraudesignalen en het aandragen daarvan bij de bevoegde overheidsinstanties, aldus de wetgever.<sup>17</sup>

Door fraude te signaleren, dient de curator het brede maatschappelijke belang van de bestrijding c.q. aanpak van faillissementsfraude. De curator is de spin in het web bij het vormgeven van het streven van de wetgever naar een meer integrale aanpak van faillissementsfraude.<sup>18</sup> Onder integrale aanpak dient te worden verstaan, een aanpak waarbij gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheden en mogelijkheden van alle ketenpartners (curator, Belastingdienst, FIOD, Politie, OM). De curator neemt een centrale rol in bij de afwikkeling van het faillisse-

13. Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, *JOR* 2013/286.

14. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, pagina 7 (MvT Wet versterking positie curator): “Hierover moet allereerst opgemerkt worden dat de signalering van eventuele onregelmatigheden rondom het faillissement nu al een van de werkzaamheden is die de curator verricht bij het beheer en de vereffening van een failliete boedel.”. Vgl. W.J.B. van Nielen, ‘Versterk de civielrechtelijke fraudebestrijding door de curator!’, *TBS&H* 2016/3.

15. Zie hierover ook W.J.B. van Nielen & C.M. Derijks, ‘De curator als civiele fraudebestrijder, Kanttekeningen bij het Voorontwerp versterking positie curator voor de bestrijding van faillissementsfraude’, *TvS&H* (1) nr. 1.

16. Zie anders maar onzes inziens onjuist J.M.W Pool, ‘Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/20, die spreekt over de verplichting om fraude op te sporen, daartegen op te treden en aan te pakken en R.F. Feenstra, ‘de rechten en verplichtingen van de gefailleerde: is de wetgever het spoor bijster?’, in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders, Ph.W. Schreurs (red.), *de curator en de failliet (Insolad jaarboek 2019)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, die de curator een verkapt opsporingsambtenaar noemt.

17. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3 onder 2 (MvT Wet versterking positie curator). Zie hierover uitgebreider W.J.B. van Nielen & A. Karapetian, ‘De contouren van het nemo tenetur-beginsel in faillissement en de verhouding tot de Wet versterking positie curator’, *TvI* 2019/17.

18. Zie de brief van Minister van Veiligheid en Justitie Opstelten aan de Tweede Kamer d.d. 27 november 2012.

ment,<sup>19</sup> en is dus de aangewezen persoon om faillissementsfraude te signaleren en vervolging te initiëren door het doen van melding of aangifte. Zonder zijn melding of aangifte, worden faillissementsfraudezaken ontdekt noch vervolgd. Voor een effectieve integrale aanpak van faillissementsfraude is het dus cruciaal dat curatoren hun fraudesignalerende taak opvolgen. Dat behoren zij vanuit hun maatschappelijke verantwoordelijkheid ook te doen.

Hoewel het onzes inziens nu eenmaal onderdeel is van de vereffening van een faillissementsboedel dat de curator - vanwege zijn maatschappelijke verantwoordelijkheid en inmiddels wettelijke verankerde taak - onregelmatigheden signaleert, hoeft dat niet ten koste te gaan van de gezamenlijke schuldeisers. Er is een win-win mogelijk. Wij menen dat de PGV daarbij een belangrijke motorfunctie kan vervullen en werken dat in de volgende paragraaf verder uit.

### **3. De Peeters q.q./Gatzen-vordering als “motor” van fraudebestrijding**

Uit een in opdracht van het WODC verricht onderzoek uit 2021 blijkt dat veelplegers van faillissementsfraude in hun modus operandi een aantal standaardingredienten voor het plegen van faillissementsfraude hanteren.<sup>20</sup> Twee hoofdcategorieën zijn daarbij te onderscheiden, te weten:

#### **I. Het gebruik van katvangers:**

*“Veelplegers schakelen katvangers in om zelf buiten het zicht van de schuldeisers en autoriteiten te blijven, de eigen identiteit te verhullen, en / of zich tegen aansprakelijkheid in te dekken en ervoor te zorgen dat de buitgemaakte gelden ‘onvindbaar’ worden. Zo zorgen fraudeurs ervoor dat zij hun frauduleuze activiteiten voort kunnen blijven zetten wanneer een katvanger opgepakt wordt of een bestuursverbod opgelegd krijgt. (...) De inzet van katvangers is doorgaans lucratief. Voor een relatief lage vergoeding is de fraudeur in staat zijn of haar eigen identiteit te verhullen en zo uit handen te blijven van de opsporingsdiensten.”*

19. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, paragraaf 2 (MvT Wet versterking positie curator).

20. Vgl. WODC-rapport 3175, *Verkenning naar aanpak bestrijding van veelplegers van faillissementsfraude* (eindrapport in opdracht van het WODC), Rotterdam: Ecorys Nederland 2021, paragraaf 3.2: “Kernelementen in de modus operandi”.

II. Het gebruik van facilitators:

*“Daarnaast maken veelplegers veelal gebruik van verschillende diensten van dienstverleners die de fraude onbedoeld faciliteren en facilitators die bewust een faciliterende rol spelen. (...) Dienstverleners en facilitators betreffen onder andere notarissen, accountants en fiscalisten. Door gebruik te maken van de diensten van dit soort dienstverleners en facilitators zijn veelplegers in staat complexe fraudeconstructies op te zetten.”*

Deze twee categorieën kunnen in de regel niet worden aangepakt met de faillissementspauliana of bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen. Met bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen als art. 2:9 of 2:248 BW kan immers alleen de (feitelijke) bestuurder (vaak de katvanger) worden aangesproken.<sup>21</sup> Dat is ook juist de reden dat fraudeurs gebruik maken van katvangers. De faillissementspauliana is qua bereik beperkt tot de wederpartij bij paulianeuze rechtshandelingen. Wanneer het gaat om rechtshandelingen waar de schuldenaar-gefaillieerde zelf niet bij betrokken was of feitelijke handelingen waardoor de schuldeisers zijn benadeeld, schiet de faillissementspauliana dus ook tekort.

De PGV heeft echter een ruimer bereik dan de faillissementspauliana en bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen. Met de PGV kunnen de veelplegers en facilitators wél worden aangesproken. De PGV kan namelijk worden ingesteld tegen:

1. de wederpartij bij een paulianeuze rechtshandeling,<sup>22</sup>
2. de bestuurder(s) in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid,<sup>23</sup>
3. a. derden, niet zijnde de bestuurder(s), die in strijd met maatschappelijke normen van betamelijkheid hebben geprofiteerd van de benadeling van schuldeisers, ook als dat niet door middel van een paulianeuze rechtshandeling is gebeurd;<sup>24</sup>  
b. derden die, in weerwil van de op hen rustende zorgplicht, hun noodzakelijke medewerking hebben verleend aan schuldeisersbenadelende rechtshandelingen of hebben weggekeken waar zij, conform de op hen rustende zorgplicht, hadden moeten ingrijpen.<sup>25</sup>

---

21. Met uitzondering van de situatie dat een feitelijk beleidsbepaler o.g.v. art. 2:248 lid 7 BW zou kunnen worden aangesproken, waarvoor de lat echter hoog ligt.

22. Zoals in HR 14 januari 1983, *NJ* 1983/597 (*Peeters q.q./Gatzen*). Zie uitgebreid F. Ortiz Aldana, ‘De Peeters q.q./Gatzen-vordering in verhouding tot de faillissementspauliana’, *TvI* 2022/14.

23. Zie bijvoorbeeld HR 17 januari 2020, *JOR* 2020/55 (*Kok/Maas q.q.*).

24. Zie bijvoorbeeld HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174 (*Nimox/Van den End q.q.*).

25. Zie bijvoorbeeld HR 23 december 1994, *NJ* 1996/627, 628 & 629 (*Curatoren THB/Notarissen*).

## De PGV als motor voor civiele fraudebestrijding

Deze laatste categorieën kunnen worden aangeduid als de profiterende derden (categorie 3 onder a) en de faciliterende derden (categorie 3 onder b).<sup>26</sup> Een voorbeeld van de categorie profiterende derden is de zaak die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 8 november 1991 (Nimox/Van den End q.q.).<sup>27</sup> Het ging in die zaak kort gezegd om een aandeelhouder die - kort gezegd - via een dividendbesluit de dochtervennootschap leeghaalde. Dat is een rechtshandeling (aandeelhoudersbesluit) waarbij de dochtervennootschap die later faillieerde in principe geen partij was, zodat deze buiten het bereik van de faillissementspauliana viel.<sup>28</sup> Een ander voorbeeld van deze categorie wordt genoemd in het evaluatieonderzoek naar de Garantstellingsregeling voor curatoren uit 2019. Daarin is het voorbeeld van een leeggeroofde showroom gebruikt (een feitelijke handeling), waarover de curator zelf zegt:<sup>29</sup>

*“Dat is niet paulianeus, want het is geen rechtshandeling. Het levert wel een PG-vordering op, maar die wordt niet gedekt door de GSR. De slotsom is dat ik de kwestie heb moeten laten rusten omdat ik verder ook geen boedel had ter dekking van de proceskosten.”*

Voorbeelden van de categorie faciliterende derden, zijn de arresten Curatoren THB/Notarissen<sup>30</sup>, en Curatoren X/Banning<sup>31</sup>. In beide gevallen ging het om zakelijke dienstverleners die hun noodzakelijke medewerking hadden verleend aan schuldeisersbenadelende rechtshandelingen en om die reden door de curator werden aangesproken met de PGV om de schade van de gezamenlijke schuldeisers te vergoeden.

De PGV heeft dus, in vergelijking met de faillissementspauliana en bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen, een ruimer toepassingsbereik. Daar komt bij dat de profiterende en faciliterende derden nu juist vaak de partijen zijn die, in te-

---

26. Zie HR 23 december 1994, NJ 1996/627, 628 & 629 (Curatoren THB/Notarissen), waarin de Hoge Raad het onderscheid heeft aangebracht tussen profiterende en faciliterende derden, NJ 1996-628, r.o. 4.3.2: “betrokkenheid’ bij benadeling van schuldeisers vereist niet dat de derde de benadeling heeft bevorderd of daarvan heeft geprofiteerd; van ‘betrokkenheid’ kan ook sprake zijn ingeval de derde in een positie verkeerde dat hij de gestelde benadeling had kunnen voorkomen, doch in stede daarvan daaraan zijn noodzakelijke medewerking heeft verleend.”

27. HR 8 november 1991, NJ 1992/174 (Nimox/Van den End q.q.).

28. Hier kan in theorie ook anders over worden gedacht, maar in deze situatie koos de curator voor de onrechtmatige daads-actie.

29. J. de Ridder e.a., *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2019, p. 91. Met ‘PG-vordering’ is bedoeld de PGV.

30. HR 23 december 1994, NJ 1996/627, 628 & 629 (Curatoren THB/Notarissen).

31. HR 17 januari 2020, JOR 2020/152 (Curatoren X/Banning).



genstelling tot katvangers, wél verhaal bieden. In het laatste evaluatieonderzoek uit 2019 is hierover onder andere opgemerkt dat het bij faciliterende derden vaak om goed verzekerde partijen gaat.<sup>32</sup>

De meerwaarde van de PGV gaat echter nog verder. In het strafrechtelijke traject speelt de PGV ook een grote rol. Wanneer de curator melding of aangifte doet, kan hij zich in de strafrechtelijke procedure indien die daarop volgt voegen als benadeelde partij namens de gezamenlijke schuldeisers en op deze wijze baten in de boedel realiseren.<sup>33</sup> Daarvoor is nodig dat hij een schadevergoedingsactie stelt te hebben tegen de derde die strafrechtelijk wordt vervolgd vanwege betrokkenheid bij de benadeling van schuldeisers, oftewel een PGV. De curator kan dan - met machtiging van de rechter-commissaris (art. 68 lid 3 Fw) - zich ex art. 51c Sv met deze PGV voegen in de strafzaak.<sup>34</sup> Bij een strafrechtelijke veroordeling kan de rechter de civiele vordering van de benadeelde partij (de PGV van de curator) toewijzen, hetgeen een executoriale titel oplevert. Wordt de vordering van de curator gebaseerd op benadeling van de faillissementsschuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden, dan is de curator (ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers) als benadeelde partij getroffen in een belang dat door de strafbepalingen in art. 340-344 Sr (bankbreukdelicten) wordt beschermd.<sup>35</sup> Het OM kan vervolgens beslagen activa aan de boedel overdagen ter compensatie van de schuldeisers. In plaats van vervolging heeft het OM ook de mogelijkheid om middels een beleidssepot de strafzaak te seponeren, in het geval waarin het aan het strafbare feit ten grondslag liggend conflict (het faillissementsfraudedelict) door schadevergoeding (bijvoorbeeld middels een schikking met de curator) is opgelost.<sup>36</sup>

De bankbreukdelicten waar de curator melding of aangifte van kan doen, passen allemaal in de hiervoor genoemde categorieën die met de PGV kunnen worden bestreden. Wij hebben dat hieronder in schema gebracht:<sup>37</sup>

32. J. de Ridder e.a., *Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2019, p. 92. Het gaat hier dan met name om partijen zoals een betrokken notaris, advocaat of fiscalist (zie ook par. 2 en voetnoot 8 in dit artikel).
33. Zie over de mogelijkheden van de curator in een strafproces, W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraudebestrijding', *TvI* 2013/2, par. 10.
34. HR 15 april 2003, *NJ* 2003/377 en HR 11 april 2006, *NJ* 2006/264.
35. Art. 361 lid 2 onder a Sv. Zie hierover mr. C.M. Hilverda, *Faillissementsfraude* (Serie Onderneming en Recht deel 53), Deventer: Wolters Kluwer, par. 4.7.
36. Zie Aanwijzing sepot en gebruik sepotgronden (2022A004), College van P-G aan OM, sepot-code 70 (<https://www.om.nl/onderwerpen/beleidsregels/aanwijzingen/executie/aanwijzing-sepot-en-gebruik-sepotgronden-2022a004>)
37. Hierbij merken wij op dat dit schema een grove weergave is en dat in specifieke zaken steeds zal moeten worden beoordeeld in hoeverre aan de specifieke vereisten voor de PGV en voor het strafdelict is voldaan.



De PGV als motor voor civiele fraudebestrijding

| <b>Categorie</b>                 | <b>Omschrijving</b>  | <b>Bijbehorende strafdelict</b>   |
|----------------------------------|--|---|
| 1 (wederpartij pauliana)         | de wederpartij bij een paulianeuze rechtshandeling   | Art. 344 Sr (benadeling van schuldeisers in het faillissement van een ander)                                      |
| 2 (bestuurder)                   | De bestuurder(s) in gevallen van bestuurdersaansprakelijkheid  | Art. 342 & 343 Sr (schuldeisersbenadeling en buitensporig middelengebruik door de bestuurder van de gefailleerde) |
| 3 onder a (profiterende derden)  | Derden, niet zijnde de bestuurder(s) die in strijd met maatschappelijke normen van betamelijkheid hebben geprofiteerd van de benadeling van schuldeisers, ook als dat niet middels een paulianeuze rechtshandeling is gebeurd (de veelplegers)     | Art. 344 Sr (benadeling van schuldeisers in het faillissement van een ander)                                      |
| 3 onder b (faciliterende derden) | Derden die in weerwil van de op hen rustende zorgplicht, hun noodzakelijke medewerking hebben verleend aan schuldeisersbenadelende rechtshandelingen of hebben weggekeken waar zij, conform de op hen rustende zorgplicht, hadden moeten ingrijpen | Art. 344 jo. 48 Sr (over de band van medeplichtigheid aan schuldeisersbenadelende handelingen)                    |

De PGV kan dus een belangrijke motor zijn voor de door de wetgever gewenste effectieve aanpak van faillissementsfraude, omdat met de PGV niet alleen meer partijen kunnen worden aangesproken, maar ook de kans op en mogelijkheden om boedelactief te verkrijgen worden vergroot. Gelet op het ruimere toepassingsbereik van de PGV en de belangrijke rol die de PGV in strafprocedures speelt, is het onbegrijpelijk dat de GSR hiervoor niet beschikbaar is. Vanuit de praktijk is daar dan ook al jarenlang terecht veel kritiek op.<sup>38</sup> Uit de in opdracht

38. Zie voor een goed overzicht van die kritiek F. Ortiz Aldana & M.C.G. Derksen, 'De Peeters/Gatzen-vordering en de Garantstellingsregeling voor curatoren', *FIP* 2022/230 en I.C. Lok,

van de wetgever uitgevoerde evaluatieonderzoeken naar de GSR komt ook keer op keer de aanbeveling naar voren om de GSR open te stellen voor de PGV. Het belangrijkste argument dat de Minister in een brief van 31 maart 2020 hiertegen in reactie op het laatste evaluatieonderzoek aanvoerde is:<sup>39</sup>

*“Het is juist dat een Peeters/Gatzen-vordering schadevergoeding en boedelactief kunnen opleveren. Zo’n vordering is echter geen exclusieve bevoegdheid van een curator. Een schuldeiser is ook (wettelijk) bevoegd om deze vordering in te stellen, individueel of in samenwerking met de curator.”*

Dit argument klopt echter niet. De PGV verschilt niet van de faillissementspauliana en art. 2:248 BW in zoverre dat ook bij laatstgenoemde acties van de curator een benadeelde individuele schuldeiser de mogelijkheid behoudt om naast of in plaats van de curator een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen tegen de derde die betrokken is geweest bij de paulianeuze rechtshandeling of de bestuurder die door de curator op de voet van art. 2:248 BW aansprakelijk wordt gesteld.<sup>40</sup> De GSR staat ondanks dat voor die acties echter wél open.

Bovendien dient in ogenschouw te worden gehouden dat de PGV door zijn collectieve karakter<sup>41</sup> een wezenlijk andere actie is dan de schadevergoedingsacties die individuele schuldeisers kunnen instellen. Het is naar Nederlands recht uitgesloten dat een individuele schuldeiser naast de curator een collectieve schadevergoedingsactie ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers zou kunnen instellen,<sup>42</sup> zoals de Minister lijkt te suggereren. Daarvoor zal eerst de weg van art. 3:305a BW (de claimstichting) moeten worden gevolgd.<sup>43</sup> Die claimstichting zou dan - naast de curator - een collectieve actie gebaseerd op

---

M. Barsoum & J.J. van Ee, ‘Internetconsultatie Concept Garantstellingsregeling curatoren 2023’, *FIP* 2022/268.

39. *Kamerstukken II* 2019/20, 33695, nr. 20 (Beleidsreactie Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012).

40. Zie hierover uitgebreid F. Ortiz Aldana & M.C.G. Derksen, ‘De Peeters/Gatzen-vordering en de Garantstellingsregeling voor curatoren’, *FIP* 2022/230.

41. Zie bijvoorbeeld HR 23 december 1994, *NJ* 1996/627, 628 & 629 (*Curatoren THB/Notarissen*), r.o. 4.3.2. “(...) vooreerst gaat het hier om verhaal van door de schuldeisers gezamenlijk geleden schade en voorts wettigt het collectieve belang dat is betrokken bij de hier besproken bevoegdheid van de curator om op te treden tegen bij benadeling van de gezamenlijke crediteuren betrokken derden (...)” [onderstreping door auteurs].

42. Vgl. annotatie bij Rb. Midden-Nederland 30 januari 2019, *JOR* 2019/94 (BMA) onder 3.

43. Vgl. HvJEU 10 maart 2022, *JOR* 2022/190 (BMA) r.o. 22.

art. 6:162 BW in kunnen stellen, waardoor twee collectieve acties van verschillende partijen (curator en claimstichting) met elkaar concurreren. Een dergelijke claimstichting zal in de regel tegen het obstakel aanlopen dat de curator degene is die de informatie bezit die benodigd is om de collectieve onrechtmatige daad (de PGV) in te stellen. Als de curator de PGV niet instelt, is de kans dat er ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers iets gebeurt derhalve zeer klein.<sup>44</sup> De benadeling van schuldeisers wordt niet opgeheven, waarmee het crediteurenbelang niet is gediend, en ook langs strafrechtelijke weg zal dan geen actie plaatsvinden, waarmee het maatschappelijke belang van fraudebestrijding niet is gediend.

In het verlengde hiervan, zou de curator in het faillissement van een natuurlijk persoon ook een beroep op de GSR moeten kunnen doen. Thans staat de GSR alleen open voor rechtspersonen,<sup>45</sup> omdat deze is geïntroduceerd als onderdeel van een breder pakket van maatregelen die zijn getroffen om fraude en misbruik van rechtspersonen aan te kunnen pakken. Ook in faillissementen van natuurlijke personen (denk aan de katvanger zelf) kan echter sprake zijn van onregelmatigheden en kan ook de faillissementspauliana of de PGV (jegens derden) worden ingesteld om vermogen van schuldeisers te recupereren. De schuldeisers van de katvanger zijn, vanwege zijn hoofdelijke aansprakelijkheid als bestuurder ex art. 2:9 of 2:248 BW, vaak deels dezelfde als die van de vennootschap waarin hij zijn positie als bestuurder innam.

#### 4. Aanbevelingen

Gelet op de maatschappelijke verantwoordelijkheid die de curator draagt en de wettelijke taak die hij heeft als civiele fraudebestrijder, bevelen wij aan dat INSOLAD haar beleid constructief richt op het bevorderen van de samenwerking tussen de curator enerzijds en de overige stakeholders bij faillissementsfraude anderzijds en verruiming van de GSR. Een constructieve aanpak kan onder andere door beleids- en/of afstemmingsafspraken te maken met het

---

44. Of zullen schuldeisers langs de weg van bijvoorbeeld art. 69 Fw de curator moeten proberen te dwingen actie te ondernemen of de informatie met hen te delen.

45. Zie Staatscourant 1 maart 2012, nr. 3973 onder “Toelichting algemeen” (<https://www.justis.nl/sites/default/files/2021-11/Garantstellingsregeling%20curatoren%202012.pdf>). Zie ook de toelichting op art. 2 van de GSR: “*In het kader van de afwikkeling van een faillissement van een rechtspersoon ingesteld naar Nederlands recht kunnen curatoren de minister verzoeken een voorschot te verstrekken ter dekking van de kosten gemoeid met het instellen van bepaalde vorderingen.*” [onderstreping door auteurs].

Ministerie van Justitie en Veiligheid, het OM, de FIOD, de Politie en andere stakeholders, waarin bijvoorbeeld:

1. De taak en centrale rol van de curator als civiele fraudebestrijder wordt erkend en gefaciliteerd door onder meer voormelde verruiming van de GSR voor de PGV en faillissementen van natuurlijke personen;
2. Meldingen door curatoren worden bevorderd en gefaciliteerd gevolgd door informatie-uitwisseling met het OM/FIOD en een actievere rol van de curator als benadeelde partij in het strafproces met een PGV, ten behoeve van het crediteurenbelang;
3. Het OM/FIOD en de Politie laten bevorderen dat de meldingen een opvolging krijgen en daarover wordt teruggekoppeld om te stimuleren dat curatoren zich ook als benadeelde partij melden, ten behoeve van het crediteurenbelang;
4. Het bevorderen van win-win afspraken tussen curatoren en OM waardoor enerzijds meldingen en aangiftes worden gedaan en opgevolgd en anderzijds zowel curatoren als het OM zich richten op het veiligstellen en aan de boedel overdragen van activa waarmee schuldeisers worden gecompenseerd; en
5. De continuïteit van het hiertoe dienende fraudespreekuur te waarborgen.<sup>46</sup>

## 5. Conclusie

Wij hebben in dit artikel stilgestaan bij de bijzondere maatschappelijke positie die de curator heeft bij de aanpak van faillissementsfraude, zijn taak als civiele fraudebestrijder en de belangrijke rol die de PGV daarbij inneemt. De wetgever kan de rol van de curator als civiele fraudebestrijder versterken en een effectievere integrale aanpak van faillissementsfraude faciliteren door de GSR open te stellen voor de PGV en de GSR ook open te stellen voor faillissementen van natuurlijke personen. Het zal curatoren activeren om meer onderzoek te doen naar veelplegers en facilitators van faillissementsfraude en om meer melding en aangifte tegen hen te doen. Vergroting van de aangiftebereidheid stimuleert de samenwerking tussen curatoren en opsporings- en vervolgingsinstanties. Dat bevordert de door de wetgever gewenste integrale aanpak van faillissementsfraude en vergroot de kans op succes in het strafproces. Daarmee worden de belangen van de gezamenlijke schuldeisers behartigd, hetgeen met de GSR ook wordt nagestreefd. Wanneer de PGV met succes wordt ingesteld of in de strafrechtelijke procedure tot een toegewezen vordering benadeelde partij leidt, valt de opbrengst daarvan in de boedel en wordt deze onder de schuldeisers verdeeld.

---

46. Zie hierover W.J.B. van Nielen, 'Wet versterking positie curator: financiering, fraudespreekuur, nemo tenetur beginsel', FIP 2017/168.

### De PGV als motor voor civiele fraudebestrijding

Er wordt echter ook een groot maatschappelijk belang mee gediend omdat er een preventieve werking vanuit kan gaan. Zowel de belangen van gezamenlijke schuldeisers (door grotere kans op recuperatie van het boedelactief) als het maatschappelijke belang van fraudebestrijding (door grotere kans op succes in de strafprocedure) worden hiermee dus gediend.



## Sneller en goedkoper? Mediation en de taak van de curator

MR. J. VAN MOURIK<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

In de insolventierechtpraktijk wordt steeds vaker mediation ingezet. Een aantal rechtbanken heeft beleid dat curatoren moet stimuleren om mediation te beproeven voordat de rechter-commissaris een procesmachtiging verleent. Deze werkwijze leidt tot positieve resultaten. Uit evaluaties blijkt dat curatoren en hun wederpartijen tevreden zijn over mediation en dat het geschil sneller en tegen lagere kosten wordt beëindigd.<sup>2</sup> Mediation tijdens insolventie heeft tevens de aandacht gewekt van de wetgever. Zo bevatte het Consultatiedocument Insolventierecht de vraag of mediation vaker zou moeten worden ingezet om geschillen tussen de curator en derden in het kader van een faillissement te beslechten, en zo ja, op welke manier de inzet van mediation zou kunnen worden bevorderd.<sup>3</sup>

Gelet op deze ontwikkelingen verwacht ik dat mediation een grotere rol krijgt in de insolventierechtpraktijk en dat meer curatoren te maken krijgen met mediation.<sup>4</sup> Deze ontwikkeling roept twee vragen op. De eerste vraag is hoe mediation zich verhoudt tot de taak van de curator. De tweede vraag is of het aan de rechter-commissaris is om de curator te vragen om mediation te beproeven. In deze bijdrage poog ik deze twee vragen te beantwoorden.

Ik bespreek daartoe eerst de huidige stand van zaken ten aanzien van insolventiemediation. Ook onderzoek ik de beleidsdoelen van de verschillende rechtbanken: wat is het doel van het beleid om mediation onder curatoren te stimuleren (par. 2)? Vervolgens toets ik deze beleidsdoelen aan de taak van de curator volgens het faillissementsrecht (par. 3). Ik ga daarna in op de taakverdeling tussen

- 
1. Mr. J. van Mourik is promovendus Mediation in het insolventierecht aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit in Nijmegen. De auteur dankt mr. D.L. Barbiere en mr. J.J. Rekker voor hun nuttige opmerkingen op een eerdere versie van deze bijdrage.
  2. Zie over deze ontwikkeling uitgebreider J. van Mourik, 'Mediation in het insolventierecht: langzaam maar zeker in opkomst', *TvI* 2021/45, p. 342-349.
  3. Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, p. 16, internetconsultatie.nl.
  4. Van Mourik, *TvI* 2021/45, p. 349.

de curator en de rechter-commissaris: past het stimuleren van mediation binnen de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris (par. 4)? Ik sluit af met een slotbeschouwing (par. 5).

Enkele opmerkingen vooraf ten aanzien van de afbakening. In deze bijdrage staat mediation centraal, in de zin dat een onafhankelijke en onpartijdige mediator de partijen begeleidt bij het bereiken van een oplossing van hun conflict.

Een andere ontwikkeling is dat rechter-commissarissen in verschillende rechtbanken een informeel gesprek houden als de curator om een procesmachtiging verzoekt. Bij een dergelijk gesprek worden de curator en zijn wederpartij uitgenodigd en in de gelegenheid gesteld om zich uit te laten over het verzoek om een procesmachtiging.<sup>5</sup> Deze ontwikkeling laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

In deze bijdrage ga ik evenmin in op mediation in de aanvraagfase. Een faillissementsaanvraag kan soms een stap zijn in een achterliggend conflict tussen de aanvrager van het faillissement en de partij waarop de faillissementsaanvraag ziet. In dat geval kan mediation een uitkomst bieden.<sup>6</sup> Maar een dergelijke vorm van mediation raakt de taakuitoefening van de curator niet.

Ook laat ik mediation in het kader van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) buiten beschouwing.<sup>7</sup> Deze bijdrage richt zich op (de taak van) de curator. De herstructureringsdeskundige in het kader van de WHOA heeft een andere taak dan de curator en opereert in een andere context.

Tot slot een opmerking van methodologische aard. In deze bijdrage refereer ik soms aan gesprekken met praktijkjuristen. Het gaat om interviews in het kader van mijn proefschrift, met onder meer curatoren, rechter-commissarissen en *frequent players* binnen het faillissementsrecht. In deze bijdrage loop ik vooruit op enkele voorlopige resultaten; een uitgebreider analyse moet nog volgen.

---

5. Zie daarover J.C.A.T. Frima & A.E. de Vos, 'Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord!?', *FIP* 2019, afl. 7, p. 32-35.

6. J.A.A. Adriaanse & E.J.M. van Beukering-Rosmuller, 'ADR/mediation bij (dreigende) insolventie', *Tijdschrift voor Arbitrage* 2014/51.

7. Zie daarover A.J.A. Jansen & M.H.S. Berghuijs, 'Mediation in de WHOA. De inzet van mediation(vaardigheden) om de slagingskans van WHOA-trajecten te vergroten', *FIP* 2022, afl. 1, p. 18-27.



## 2. Insolventmediation: wat, hoe en waarom?<sup>8</sup>

### 2.1. Mediation

Mediation is een vorm van conflictoplossing waarbij een onafhankelijke derde, die geen beslissing neemt over het conflict, de betrokken partijen helpt om een overeengekomen oplossing van het conflict te bereiken. Ik hanteer daarbij de definitie van het Engelse handboek van Shipman e.a., *Brown and Mariott's ADR Principles and Practice*. Deze auteurs kiezen voor een brede definitie van mediation, die verschillende vormen en stijlen omvat.<sup>9</sup> Zij definiëren mediation als volgt:

*“a facilitative process in which disputing parties engage the assistance of an impartial third party, the mediator, who helps them to try to arrive at an agreed resolution of their dispute. The mediator has no authority to make any decisions that are binding on them, but uses certain procedures, techniques and skills to help them to negotiate an agreed resolution of their dispute without adjudication”.*<sup>10</sup>

Mediation is gebaseerd op een aantal uitgangspunten. De precieze formulering van deze beginselen kan verschillen, maar de basisgedachte is dat mediation uitgaat van een autonoom individu dat zelf beslissingen kan nemen over zijn problemen, en dat mediation deze zelfstandigheid kan faciliteren of zelfs kan bekrachtigen.<sup>11</sup> Dit wordt doorgaans uitgedrukt in de beginselen vrijwilligheid, zelfbeschikking (of partijautonomie) en vertrouwelijkheid.<sup>12</sup>

Vrijwilligheid houdt in dat partijen zelf beslissen of zij deelnemen aan mediation en dat partijen de deelname aan mediation op elk moment kunnen beëindi-

---

8. Deze paragraaf is gedeeltelijk ontleend aan Van Mourik, *TvI* 2021/45, p. 342-343.

9. In de Nederlandse literatuur wordt doorgaans de definitie gebruikt uit A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu uitgevers 2017. Deze definitie is mijns inziens toegesneden op faciliterende mediation en past daarom minder bij ontwikkelingen in de zakelijke mediationmarkt, waar meer evaluatieve vormen in opkomst zijn.

10. Shipman e.a., *Brown & Mariott's ADR principles and practice*, Londen: Sweet & Maxwell 2018, p. 124.

11. Brenninkmeijer e.a. 2017, p. 29-30.

12. Brenninkmeijer e.a. 2017, p. 45-46; P. Ingelse & N. van Thiel-Wortmann, *Zakelijke mediation: wat, hoe en wanneer?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2022, p. 13-31. Ingelse & Van Thiel-Wortmann onderscheiden ook neutraliteit, professionaliteit en transparantie, maar mijns inziens zijn dat veeleer professionele standaarden die ondergeschikt zijn aan vrijwilligheid, zelfbeschikking en vertrouwelijkheid dan beginselen van mediation als zodanig.

gen. Zelfbeschikking betekent dat partijen zelf beslissen over de uitkomst van de mediation en zelf procesafspraken over de mediation kunnen maken. De vertrouwelijkheid brengt mee dat informatie die in het kader van de mediation wordt uitgewisseld, niet gedeeld wordt met derden, ook niet in het kader van een gerechtelijke procedure. Deze vertrouwelijkheid moet ervoor zorgen dat partijen zich vrij voelen om oplossingen te verkennen.<sup>13</sup>

Mediation komt voor in verschillende stijlen, die kunnen worden gerangschikt op een continuüm. Het ene uiterste is ‘faciliterende mediation’, waarbij de mediator zich in het geheel niet bemoeit met de inhoud van het geschil maar zich slechts opstelt als procesbegeleider. Het andere uiterste is ‘evaluatieve mediation’, waarbij de mediator reflecteert op voorstellen van partijen en gemotiveerde adviezen uitbrengt over de oplossing van het geschil.<sup>14</sup> Bij vormen van zakelijke mediation, waartoe ik insolventiemediation reken, is de stijl van de mediator doorgaans sturend: de mediator beslist niet ten aanzien van de inhoud, maar voert wel stevige procesregie en denkt mee met partijen.<sup>15</sup>

Mediation vindt plaats op basis van een driepartijenovereenkomst, waarbij de partijen bij een conflict gezamenlijk opdracht geven aan een mediator. De mediationovereenkomst bevat tevens de uitgangspunten van de mediation. Daartoe kan worden verwezen naar de modellen van de Mediatorsfederatie Nederland (MfN). Deze beroepsorganisatie van mediators heeft een model voor een mediationovereenkomst en voor een mediationreglement opgesteld (de MfN-Mediationovereenkomst respectievelijk het MfN-Mediationreglement).<sup>16</sup> Voor mediation tijdens faillissement geldt dat partijen erop bedacht moeten zijn dat het nodig is om enkele uitzonderingen op deze modellen overeen te komen.<sup>17</sup> Ik sluit voor deze bijdrage bij wijze van voorbeeld aan bij de MfN-modellen, hoewel ook andere overeenkomsten en reglementen mogelijk zijn.

---

13. Brenninkmeijer e.a. 2017, p. 45-46; Ingelse & Van Thiel-Wortmann 2022, p. 13-31.

14. L.L. Riskin, ‘Understanding Mediators’ Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed’, *Harvard Law Review* (1:7) 1996, p. 23-24. Zie ook: Brenninkmeijer e.a. 2017, p. 268; M. Brink, (*Business*) *Mediation en materiedeskundigheid*, Den Haag: Sdu uitgevers 2012, p. 44 en p. 113-129; Ingelse & Van Thiel-Wortmann 2022, p. 35-36.

15. M.A. Simon Thomas e.a., *ZAM/ACB Onderzoek naar kansen en belemmeringen voor zakelijke mediation onder advocaten, bedrijven en rechters in Nederland*, Utrecht: Mouton Centre voor Rechtspraak en Rechtspleging 2018, p. 59-60; E.E.A. Dijkhoorn, ‘Conflictmanagement in faillissementen’, in R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs, *De Curator en de Failliet (Insolad Jaarboek 2019)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 103; Ingelse & Van Thiel-Wortmann 2022, p. 35.

16. Zie ‘Regelgeving en documenten’, [mfregister.nl](http://mfregister.nl).

17. Ik bespreek deze uitzonderingen in J. van Mourik, *TvI* 2021/45.

De modelovereenkomst en het modelreglement bevatten een uitwerking van de eerdergenoemde beginselen. De overeenkomst bevat de afspraak dat partijen de mediation op elk moment kunnen beëindigen. Daarnaast komen partijen doorgaans een vormvoorschrift overeen, dat inhoudt dat alleen schriftelijke, ondertekende overeenkomsten tot bindende afspraken leiden, zodat partijen opties kunnen verkennen zonder door aanbod en aanvaarding overeenkomsten in het leven te roepen (art. 6:217 BW). Mediation moet leiden tot een *package deal* (vgl. art. 5.2 MfN-Mediationreglement). In de context van faillissement is het denkbaar dat daarnaast de opschortende voorwaarde wordt opgenomen dat de rechter-commissaris goedkeuring verleent aan de vaststellingsovereenkomst (art. 104 Fw).<sup>18</sup>

Zonder een opschortende voorwaarde zou de goedkeuring van de rechter-commissaris overigens geen ontstaansvereiste zijn voor de vaststellingsovereenkomst en zou de vaststellingsovereenkomst ook zonder die toestemming geldig zijn. Als de curator een vaststellingsovereenkomst sluit zonder toestemming van de rechter-commissaris is dat mogelijk wel een grond voor aansprakelijkheid van de curator.<sup>19</sup>

Daarnaast bevat het MfN-modelreglement een geheimhoudingsbepaling en een bewijsovereenkomst (art. 7.4 MfN-Mediationreglement). De geheimhoudingsbepaling houdt in dat zowel partijen als de mediator geen mededelingen doen over het verloop van de mediation en dat informatie die in het kader van de mediation is uitgewisseld niet met derden wordt gedeeld, nadrukkelijk ook niet met de rechter en met arbiters. De bewijsovereenkomst bepaalt dat partijen overeenkomen niet elkaar, de mediator of andere betrokkenen op te roepen als getuige in een eventuele procedure. Zo wordt de vertrouwelijkheid van de mediation gewaarborgd. Het ligt in de context van faillissementsmediation voor de hand dat een uitzondering wordt gemaakt, die inhoudt dat de rechter-commissaris mag worden geïnformeerd over het verloop van de mediation en dat de curator in het faillissementsverslag mag opmerken dat mediation wordt of is beproefd.<sup>20</sup>

## 2.2. *Insolventiemediation*

In deze bijdrage richt ik mij op mediation waarbij de curator een van de partijen is. Het is niet ondenkbaar dat mediation tijdens faillissement andere betrokke-

---

18. Van Mourik, *TvI* 2021/45, p. 347.

19. B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring (Insolventierecht IV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/4393.

20. Van Mourik, *TvI* 2021/45, p. 347-348.

nen betreft, maar in deze bijdrage beperk ik mij tot mediation in het licht van de taak van de curator. Dat sluit ook aan bij de wijze waarop insolventiemediation vanuit de rechtspraak wordt gestimuleerd: dat beleid richt zich immers op de curator.

Enkele rechtbanken hebben inmiddels beleid dat het gebruik van mediation door de curator moet stimuleren.<sup>21</sup> Dat geldt in ieder geval voor de rechtbanken Rotterdam en Den Haag.<sup>22</sup> Ook de rechtbanken Amsterdam en Midden-Nederland hebben een pilot gelanceerd. Er zijn geen evaluaties van pilots bij deze rechtbanken gepubliceerd, maar ook bij deze rechtbanken heeft mediation de aandacht van de rechter-commissarissen.<sup>23</sup>

De werkwijzen van de rechtbanken Rotterdam en Den Haag zijn vergelijkbaar en draaien om het verzoek om een procesmachtiging (art. 68 lid 3 Fw). Art. 68 lid 3 Fw bepaalt dat de curator een machtiging van de rechter-commissaris behoeft voordat hij een procedure kan starten. De rechter-commissaris toetst dit verzoek aan de belangen van de boedel. De werkwijzen van de rechtbanken Rotterdam en Den Haag houden in dat de curator bij zijn verzoek om een procesmachtiging dient aan te geven of hij vormen van alternatieve geschiloplossing (*alternative dispute resolution*, ADR) heeft betracht en, indien dat niet het geval is, waarom niet. Deze informatie kan voor de rechter-commissaris aanleiding zijn om een gesprek te voeren en aan te sturen op mediation. In theorie zou de rechter-commissaris zijn procesmachtiging kunnen onthouden aan de curator, totdat de curator mediation een serieuze kans heeft gegeven. Uit gesprekken begrijp ik echter dat het in de praktijk niet zo ver komt: de ervaring is dat rechter-commissarissen de vrijwillige aard van mediation serieus nemen. Rechter-commissarissen bevragen de curator weliswaar kritisch over de kansen van mediation, maar dwingen de curator daar in de praktijk niet toe.

Uit de evaluaties die zijn verschenen blijkt dat de ervaringen van zowel curatoren als hun wederpartijen positief zijn: betrokken partijen zijn overwegend tevreden, de doorlooptijd van mediation is fors korter dan die van civiele rechtszaken en de kosten zijn lager. Bovendien is het succespercentage hoog: in veel gevallen wordt overeenstemming bereikt.<sup>24</sup>

---

21. Zie uitgebreider J. van Mourik, *TvI* 2021/45.

22. E.J. van Gruijthuisen & A.J. van Spengen, 'Mediation in de Rotterdamse insolventiepraktijk: gewoon doen!', *FIP* 2018, afl. 2, p.42; Eindevaluatie Pilot 'Mediation in insolventies', rechtbank Den Haag 2018-2020, p. 2.

23. Overigens kan iedere rechter-commissaris mediation onder de aandacht van de curator brengen, ook zonder vastgesteld en aangekondigd beleid.

24. Van Mourik, *TvI* 2021/45, p. 344.

### 2.3. De beleidsdoelen

De vraag is waarom rechter-commissarissen waarde hechten aan mediation: wat zijn de doelen van het beleid om mediation te stimuleren? Aan de hand van publicaties van de rechtbanken Amsterdam, Den Haag, Midden-Nederland en Rotterdam probeer ik deze beleidsdoelen te reconstrueren.

Bij aanvang van de pilot in Amsterdam is een persbericht verspreid, waarin het doel werd geformuleerd 'om te onderzoeken of procedures van of tegen de curator via mediation sneller en tegen lagere kosten kunnen worden opgelost. De kans wordt dan groter dat er meer geld overblijft voor de crediteuren'.<sup>25</sup>

De rechtbank Den Haag schrijft in de eindevaluatie van de pilot dat de pilot ten doel had 'om te onderzoeken of het inzetten van mediation bijdraagt aan een snellere afwikkeling van faillissementen'.<sup>26</sup>

De pilot van de rechtbank Rotterdam had als doel 'het (pogen te) bereiken van een bevredigende, snelle, en daarmee voor partijen ook kostenefficiënte, (deel)oplossing van het geschil, waardoor tijd en geld van zowel de boedel als van andere betrokkenen bespaard kan worden en het faillissement sneller kan worden afgewikkeld'.<sup>27</sup>

Het protocol van de pilot van de rechtbank Midden-Nederland had als doel 'te onderzoeken of mediation in faillissementen kan leiden tot een voor betrokkenen bevredigende(r) oplossing van geschillen waarover anders in de verificatievergadering, renvooi- of andere (faillissements)procedure moet worden beslist'. Het protocol vervolgt: 'Met mediation kan een snelle, en daarmee voor partijen ook kostenefficiënte, (deel)oplossing worden bereikt, waarop partijen zelf invloed kunnen uitoefenen'.<sup>28</sup>

De volgende drie elementen komen in deze pilots naar voren als beleidsdoelen:

- De snellere afwikkeling van het faillissement, doordat mediation sneller is dan een gerechtelijke procedure;
- De lagere kosten van mediation, waardoor mediation leidt tot een hogere boedelopbrengst;

---

25. 'Amsterdam', insolventiemediation.nl.

26. Eindevaluatie Pilot 'Mediation in Insolventies', rechtbank Den Haag 2018-2020, p. 1.

27. 'Rotterdam', insolventiemediation.nl.

28. Protocol pilot mediation in faillissement, Rechtbank Midden-Nederland 2016.

- De bevredigendere oplossing voor beide partijen: de curator en zijn wederpartij.

Deze beleidsdoelen komen overeen met de belangrijkste keuzemotieven die in de evaluaties van de pilots door partijen worden genoemd: de snelheid en de lage kosten zijn de meest genoemde redenen om voor mediation te kiezen. Andere keuzemotieven waren het advies van een advocaat, het voorstel van de rechter-commissaris en het in de eigen hand houden van het vinden van een oplossing.<sup>29</sup> Ook in de internationale literatuur blijkt dat partijen meestal voor mediation kiezen omdat dat sneller en goedkoper is. Zo schrijft Genn over mediation in Engeland:

*“It seems that the principal motivation for mediation is to avoid the anticipated cost, delay and discomfort of trial. It is not about reconciliation, or growth, or conflict reduction. It is because parties have been told and believe that mediation is a quicker and cheaper way of achieving some sort of remedy”.*<sup>30</sup>

### 3. De taak van de curator

De kerntaak van de curator is het beheer en de vereffening van de boedel (art. 68 Fw), waarbij het belang van de gezamenlijke crediteuren bij een zo hoog mogelijke boedelopbrengst voorop staat. Mediation is geen doel op zich. Mediation is slechts een van de middelen die de curator bij de uitoefening van zijn taak kan gebruiken. In dat kader onderzoek ik in deze paragraaf of de beleidsdoelen van de rechtbanken bij het stimuleren van mediation wel aansluiten bij de taak van de curator in het geldend recht.

In deze paragraaf leg ik de beleidsdoelen van de rechtbanken om insolventiemediation te stimuleren naast de taak van de curator en de belangen die de curator daarbij in acht moet nemen. Ik bespreek eerst de bij het faillissement betrokken belangen in het algemeen (par. 3.1). Daarna bespreek ik achtereenvolgens de beleidsdoelen: een kostenefficiëntere afwikkeling van het faillissement (par. 3.2), een snellere afwikkeling van het faillissement (par. 3.3) en een oplossing van het geschil die bevredigender is voor beide betrokken partijen (par. 3.4). Ik sluit af met een deelconclusie (par. 3.5).

---

29. Van Gruijthuijsen & Van Spengen, *FIP* 2018, p. 43; Eindevaluatie Pilot ‘Mediation in insolventies’, rechtbank Den Haag 2018-2020, p. 4; Van Mourik, *TvI* 2021/45, p. 345.

30. H. Genn, *Judging Civil Justice*, Cambridge: Cambridge University Press 2010, p. 111.

### 3.1. *De bij het faillissement betrokken belangen*

De kerntaak van de curator is vastgelegd in art. 68 Fw, dat bepaalt dat de curator is belast met het beheer en vereffening van de boedel. De curator dient zijn taak uit te oefenen met inachtneming van het belang van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>31</sup> Daarbij staat een zo hoog mogelijke boedelopbrengst voorop.<sup>32</sup> De curator zal zich dus steeds laten leiden door de vraag hoe hij een zo hoog mogelijke boedelopbrengst verwezenlijkt. Daarbij dient de curator ook rekening te houden met zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard.<sup>33</sup>

De Praktijkregels curatoren van INSOLAD geven ‘best practices’ voor curatoren, zonder dwingend karakter.<sup>34</sup> Deze regels verwoorden een en ander als volgt:

*“De belangen van de boedel zijn met name die van de gezamenlijke schuldeisers. De curator dient maatschappelijke belangen evenwel niet uit het oog te verliezen. Ook ten opzichte van de schuldenaar handelt de curator in overeenstemming met deze grondbeginselen.”<sup>35</sup>*

Pool is van mening dat onduidelijk is in welke mate de curator rekening dient te houden met belangen van maatschappelijke aard, als die belangen strijdig zijn met de belangen van de gezamenlijke crediteuren, omdat die niet bijdragen aan een zo hoog mogelijke boedelopbrengst.<sup>36</sup> Met andere woorden: de curator mag of moet rekening houden met belangen van maatschappelijke aard, maar het is onduidelijk in hoeverre die belangen van maatschappelijke aard voorrang mogen krijgen boven de zo hoog mogelijke boedelopbrengst. Tegen deze achtergrond spreek ik in het vervolg over de taak van de curator om een zo hoog mogelijke boedelopbrengst te genereren, waaronder ik mede begrijp dat hij rekening mag of moet houden met zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard.

---

31. HR 5 december 1913, ECLI:NL:HR:1913:156, *NJ* 1914/257; HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, *NJ* 1996/628 (*Notaris M./Curatoren TBH*), r.o. 4.3.2; F.M.J. Verstijlen, *GS Faillissementswet*, art. 68 Fw, aant. 4.2; F.M.J. Verstijlen 1998, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 p. 103.

32. Verstijlen 1998, p. 105; B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring (Insolventierecht IV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 4093.

33. HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, *NJ* 2004/293, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Curatoren Mobell/Interplan*).

34. Voorwoord bij Praktijkregels curatoren, Insolad.

35. Praktijkregels Curatoren, toelichting bij art. 1.1.

36. J.M.W. Pool, ‘Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/20. Zie ook de reactie, M. van Eekeren-Atema, *TvI* 2022/10 en het naschrift van Pool, *TvI* 2022/38.

De onduidelijkheid over de mate waarin de curator rekening moet houden met maatschappelijke belangen kan overigens tot geschillen met schuldeisers leiden, bijvoorbeeld als de schuldeiser van mening is dat de curator maatschappelijke belangen ten onrechte voorrang heeft gegeven boven het belang bij een zo hoog mogelijke boedelopbrengst.<sup>37</sup> Ook het spiegelbeeldige is denkbaar: een derde weigert medewerking aan de curator, omdat de derde vindt dat het boedelbelang dat de curator nastreeft, niet opweegt tegen maatschappelijke belangen.<sup>38</sup>

Verder dient de curator rekening te houden met de belangen van de gefailleerde, zo overwoog de Hoge Raad in *Veluwse Nutsbedrijven/Blokland*.<sup>39</sup> Ook hier is niet geheel duidelijk hoe ver de curator moet gaan in het dienen van deze belangen, wanneer dat in strijd zou zijn met een zo hoog mogelijke boedelopbrengst. Verstijlen plaatst het gegeven dat de curator ook de belangen van de gefailleerde moet meewegen in de sleutel van de redelijkheid en de billijkheid.<sup>40</sup> Volgens Wessels mag de curator niet verder in de rechten en belangen van de gefailleerde treden dan voor een goede uitvoering van zijn taak nodig is en dient de curator ervoor te waken dat het belang van de gefailleerde onevenredig wordt geschaad.<sup>41</sup> Daarmee plaatst hij het rekening houden met de belangen van de gefailleerde in de sleutel van misbruik van recht (art. 3:13 BW).

De hiervoor beschreven belangen vormen ook de maatstaf voor de beslissing om al dan niet te procederen. Zo bepaalt art. 4.1 van de Praktijkregels curatoren dat de curator uitsluitend nieuwe procedures aanhangig maakt of lopende procedures voortzet als dit in het belang van de boedel is of als een zwaarwegend maatschappelijk belang dat vergt. Deze financiële interpretatie van de belangen van de gezamenlijke crediteuren ziet op de netto-opbrengst: de opbrengst van de procedure minus de daaraan gepaarde proceskosten, gecorrigeerd voor het procesrisico en de verhaalsmogelijkheid.<sup>42</sup>

---

37. Pool geeft als fictief voorbeeld een bedrijfsovername, waarbij de ene kandidaat minder geld biedt, maar meer werknemers behoudt dan een andere kandidaat, Pool, *TvI* 2022/20.

38. Bijv. Rechtbank Noord-Holland (vzr.) 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:7326, *JOR* 2014/34, m.nt. C. Rijckenberg.

39. HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169, *NJ* 1981/640, m.nt. C.J.H. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland*); B. Wessels, *Bestuur en beheer na faillietverklaring (Insolventierecht IV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 4218.

40. Verstijlen 1998, p. 141.

41. Wessels 2020, nr. 4172.

42. Zie J. Celona, *Winning at Litigation through Decision Analysis*, Cham: Springer 2016; R.J. Philips, 'Procederen of Schikken', *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2017, 8/9; B. Tide-man, 'De curator die wil procederen: bezint eer ge begint', *FIP* 2020, afl. 1, p. 40-42.



In de navolgende paragrafen bespreek ik hoe de beleidsdoelen van rechtbanken voor het stimuleren van insolventiemediation door rechters-commissarissen zich tot de taak van de curator verhouden.

### 3.2. *Mediation als goedkoop alternatief voor een gerechtelijke procedure*

Het eerste beleidsdoel van de rechtbanken is om de kosten van de faillissementsafwikkeling te beperken. De eerste vraag is of een ‘goedkope procedure’ een legitiem beleidsdoel is in het licht van de taak van de curator.

Zoals ik hierboven heb besproken, staat het belang van de gezamenlijke crediteuren bij het behalen van een zo hoog mogelijke boedelopbrengst voorop. Het gaat daarbij om de opbrengst van een procedure minus de kosten daarvan. Met andere woorden: dat mediation goedkoper is dan een procedure, is niet direct relevant. Relevant is of mediation ook leidt tot een hogere boedelopbrengst. Mediation is immers weliswaar goedkoper dan een gerechtelijke procedure,<sup>43</sup> maar daartegenover staat dat mediation vaak leidt tot een compromis, waarbij de curator een lager bedrag verkrijgt dan hij in een rechtszaak zou vorderen.

Kostenbeheersing is een legitiem beleidsdoel om mediation te stimuleren, mits die kosten worden beschouwd in relatie tot de opbrengst van de procedure. De vervolgvraag is dan of mediation inderdaad leidt tot een hogere boedelopbrengst. Daarbij kan de opbrengst van mediation (minus de kosten) worden vergeleken met de verwachte opbrengst van een procedure. Die verwachte opbrengst van een procedure kan worden gekwantificeerd door de vordering te vermenigvuldigen met de geschatte kans dat de curator de vordering krijgt toegewezen: de uitkomst van een rechtszaak is immers altijd onzeker. Dat bedrag wordt gemaximeerd op het bedrag dat de curator maximaal verwacht te kunnen verhalen op zijn wederpartij. En van die bruto-opbrengst moeten de kosten van de procedure worden afgetrokken.<sup>44</sup>

Dit kan worden uitgedrukt in een formule:

$$\text{verwachte opbrengst} = \text{vordering} \times \text{proceskansen} - \text{verwachte proceskosten}$$

Waarbij geldt dat het bedrag ‘vordering × proceskansen’ niet hoger kan zijn dan het beschikbare verhaalsvermogen.

---

43. Van Gruijthuijsen & Van Spengen, *FIP* 2018, p. 42; Eindevaluatie Pilot ‘Mediation in insolventies’, rechtbank Den Haag 2018-2020, p. 2.

44. Philips, *MvO* 2017.

Mr. J. van Mourik

Ik geef een rekenvoorbeeld. Stel dat de curator een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure aanspant en de bestuurder aansprakelijk stelt voor het gehele boedeltekort van een miljoen euro (vgl. art. 2:248 BW). Hij schat de kans dat hij de procedure wint in op 70 procent. Uit gegevens van het kadaster blijkt dat de bestuurder een woonhuis met een executiewaarde van 500.000 euro en een verhuurd beleggingspand met een executiewaarde van 250.000 euro bezit. In dit rekenvoorbeeld zijn de panden vrij van hypotheek en heeft de bestuurder geen aansprakelijkheidsverzekering. De curator schat de kosten van een procedure in op 50.000 euro. De verwachte netto-opbrengst is dan:

$$\text{verwachte opbrengst} = \text{€ } 1.000.000 \times 70\% - \text{€ } 50.000 = \text{€ } 650.000$$

Een mediation levert in dit geval *meer* op dan een gerechtelijke procedure als de mediation na aftrek van de kosten voor de mediation uitkomt op een schikkingsbedrag dat hoger is dan 650.000 euro.

Als de bestuurder niet voldoende verhaal biedt, wordt het rekenvoorbeeld anders. Stel dat dezelfde bestuurder niet over een riant woonhuis en een beleggingspand beschikt, maar alleen over een appartement met een waarde van 250.000 euro. Dan is de verwachte netto-opbrengst:

$$\text{verwachte opbrengst} = \text{€ } 250.000 - 50.000 = \text{€ } 200.000$$

De mediation is bij onvoldoende verhaal dus gunstiger voor de boedel bij een schikkingsbedrag gelijk aan de verhaalsmogelijkheden minus de proceskosten. Bovendien kan bij mediation een betalingsregeling worden getroffen, zodat op termijn meer boedelopbrengsten worden gegenereerd dan het bedrag waarvoor de curator in één keer verhaal kan nemen.<sup>45</sup>

Kortom: mediation kan in bepaalde gevallen zeker bijdragen aan een hogere boedelopbrengst dan het geval is bij een gerechtelijke procedure. Om vast te stellen of mediation ook in zijn algemeenheid bijdraagt aan een hogere boedelopbrengst, is een uitgebreide rechtseconomische analyse nodig, waarbij de totale opbrengst van mediations wordt vergeleken met de verwachte opbrengst van een gerechtelijke procedure.

---

45. Opmerking verdient dat het ook mogelijk is om een betalingsregeling te treffen na een gerechtelijk vonnis waarin de curator in het gelijk wordt gesteld. In mijn gesprekken met praktijkjuristen wordt de mogelijkheid van een betalingsregeling toch als voordeel van mediation genoemd. Mogelijke verklaringen zijn dat een gerechtelijke procedure tot escalatie kan leiden en dat de uitkomst van een procedure voor de curator voor het wijzen van het vonnis nog onzeker(der) is.

Omdat deze analyse ontbreekt, moeten we het vooralsnog doen met een inschatting. De inschatting van curatoren en rechter-commissarissen met ervaring met insolventiemediation is vooralsnog dat mediation inderdaad bijdraagt aan een hogere boedelopbrengst: mediation is goedkoop en leidt vaak tot overeenstemming. Die overeenstemming betreft schikkingen die voor de curatoren (ruimschoots) aanvaardbaar zijn, in het licht van het belang van de gezamenlijke crediteuren bij een zo hoog mogelijke boedelopbrengst.<sup>46</sup>

Kortom, het verlagen van de kosten is tegen de achtergrond van het faillissementsrecht op zichzelf geen valide beleidsdoel, maar het achterliggende idee, het genereren van een zo hoog mogelijke boedelopbrengst, is dat wel. Mediation kan in potentie inderdaad bijdragen aan een hogere boedelopbrengst dan het voeren van een gerechtelijke procedure. Het beproeven van mediation sluit daarmee aan bij de taak van de curator.

### 3.3. *Mediation als snel alternatief voor een gerechtelijke procedure*

Een tweede reden die rechtbanken noemen om mediation te stimuleren bij curatoren, is de vlotte afwikkeling van het faillissement. Ook hier onderscheid ik twee vragen: is de vlotte afwikkeling van het faillissement een legitieme reden om van de curator te verlangen dat hij mediation beproeft, en leidt mediation inderdaad tot een vlottere afwikkeling van het faillissement?

Het belang van een ‘doelmatige’, ‘voortvarende’, ofwel ‘vlotte’ afwikkeling van het faillissement behoort tot de belangen die een curator in zijn taakuitoefening dient te betrekken. Uit verschillende arresten van de Hoge Raad blijkt dat de vlotte afwikkeling van het faillissement één van de belangen is waar de curator rekening mee dient te houden. De Hoge Raad noemt het belang bij een voortvarende afwikkeling van de boedel bijvoorbeeld in het kader van de termijnstelling van art. 58 lid 1 Fw<sup>47</sup> en in het kader van de prepack.<sup>48</sup>

De Hoge Raad heeft daarnaast recent, onder toepassing van art. 81 lid 1 RO, een beschikking gewezen waaruit ik afleid dat een voortvarende afwikkeling van het

---

46. Zo blijkt uit mijn gesprekken met praktijkjuristen. Zie ook Van Gruijthuijsen & Van Spengen, *FIP* 2018, p. 43; Eindevaluatie Pilot ‘Mediation in insolventies’, rechtbank Den Haag 2018-2020.

47. HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4846, *NJ* 2008/222 (*Cantor/Arts e.a.*); HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2051, *NJ* 2014/151.

48. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, r.o. 3.2.2.

faillissement één van de belangen is die de rechter-commissaris in zijn beoordeling van een verzoek om een procesmachtiging mag betrekken.

In deze zaak verzocht de curator om een procesmachtiging om een nog niet uitgekristalliseerde rechtsvraag op te helderen. De rechter-commissaris van de rechtbank Rotterdam wees dat verzoek af, kort gezegd omdat zij oordeelde dat het belang van een voortvarende afwikkeling van het faillissement in casu prevalearde boven het uitkristalliseren van een rechtsvraag.<sup>49</sup> De curator stelde hoger beroep in bij de rechtbank Rotterdam. De rechtbank overwoog als volgt:

*“Bij de beoordeling van een verzoek op grond van artikel 68 lid 3 Fw moet de rechter-commissaris inschatten in hoeverre het wenselijk is om een procedure te starten. Het gaat hierbij om een opportuniteitsafweging, waarbij het belang van de boedel maatgevend is. De rechter-commissaris heeft hierbij een zekere beoordelingsvrijheid. In het oordeel kan – naast een inschatting van de kans van slagen van de procedure en de te verwachten proceskosten – ook het belang van een voortvarende afwikkeling van het faillissement worden meegewogen”.*<sup>50</sup>

De curator stelt beroep in cassatie in tegen de beschikking van de rechtbank. De curator voert onder meer aan dat een voortvarende afwikkeling van het faillissement geen belang is dat bij de beoordeling van een verzoek om een procesmachtiging kan worden meegewogen.<sup>51</sup> De advocaat-generaal (A-G) leidt uit het systeem van de Faillissementswet af dat die wet in het belang van alle bij de boedel betrokken personen evident gericht is op een vlotte afwikkeling van het faillissement.<sup>52</sup> De advocaat-generaal verwijst daarbij naar verschillende uitspraken van de Hoge Raad en noemt als voorbeelden de beperkte rechtsmiddelen en de korte termijnen in de Faillissementswet.<sup>53</sup> De Hoge Raad wijst het cassatieberoep af en laat de beschikking van de rechtbank in stand met toepassing van art. 81 lid 1 RO.<sup>54</sup>

49. Rechtbank Rotterdam (rechter-commissaris) 29 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:6168.

50. Rechtbank Rotterdam 2 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:13374, r.o. 3.3.

51. Conclusie A-G Snijders 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:384, randnr. 4.1.

52. Conclusie A-G Snijders 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:384, randnr. 4.12.

53. De A-G verwijst naar HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:297, *NJ* 2016/139 (*Cresendo/Belgium*), r.o. 3.2.1; HR 18 april 2004, ECLI:NL:HR:2008:BC5694, *NJ* 2008/44, r.o. 3.4; HR 19 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0787, *NJ* 1989/784 m.nt. P. van Schilf-gaarde, r.o. 3.2 en HR 19 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1009, *NJ* 1991/213, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.2.2.

54. HR 17 juni 2022, ECLI:NL:HR:2022:868.

Andere voorbeelden waarin het belang van een voortvarende afwikkeling van het faillissement een rol speelt, zijn een vonnis van de rechtbank Noord-Nederland, die het belang bij een voortvarende afwikkeling van het faillissement in algemene zin noemt als één van de belangen die bij de afwikkeling van het faillissement kan worden betrokken,<sup>55</sup> en een vonnis van de rechtbank Rotterdam, dat de ‘voortvarende afwikkeling van de boedel’ noemt als een van de gezichtspunten bij de beoordeling van een verzoek om een crediteurencommissie in te stellen.<sup>56</sup>

Uit mijn gesprekken met praktijkjuristen blijkt daarnaast dat zowel curatoren als rechter-commissarissen denken dat ook schuldeisers prijs stellen op een snelle afwikkeling van een faillissement. Zij wijzen erop dat de voortvarende afwikkeling van het faillissement in het belang is voor de liquiditeit van de schuldeisers. Het kan bijvoorbeeld gaan om een onbetaalde vordering waarvoor de schuldeiser al kosten heeft gemaakt om de tegenprestatie te leveren. Daarnaast heeft het voor zakelijke crediteuren voordelen als zij snel duidelijkheid verkrijgen en de boeken kunnen sluiten. Met de actuele inflatiecijfers wordt een snelle afwikkeling van het faillissement nog belangrijker, omdat dezelfde vordering in de loop van de tijd economische waarde verliest.

Ook voor de aangesproken partij heeft een snelle uitkomst van een geschil voordelen. Een aangesproken rechtspersoon moet reserves aanhouden – en op grond van accountancyregels een voorziening treffen<sup>57</sup> – om een eventuele vordering te voldoen. Die reserves beïnvloeden de mogelijkheden die hij heeft om te investeren. Bij een natuurlijke persoon leidt een lopende rechtszaak tot onzekerheid over de woonsituatie en de levensstandaard in de nabije toekomst.

De vlotte afwikkeling van een faillissement is dus eveneens een legitiem beleidsdoel om mediation te stimuleren bij curatoren. De vervolgvraag is ook hier of mediation daadwerkelijk leidt tot een vlottere afwikkeling van het faillissement. De doorlooptijd van mediation is duidelijk korter dan de doorlooptijd van een gerechtelijke procedure (zie par. 2.2). Opgemerkt zij dat een mediation die *niet* tot overeenstemming leidt, juist tot vertraging leidt: dan zal immers vaak alsnog een gerechtelijke procedure volgen. Ook hier geldt overigens dat

---

55. Rechtbank Noord-Nederland 9 april 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7247, *JOR* 2014/142, r.o. 4.4.

56. Rechtbank Rotterdam 18 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9467, *JOR* 2016/80 m.nt. Van Andel, r.o. 4.5.

57. H. Scholten & D.H. van Offeren, ‘Juridische geschillen in de jaarrekening van beursgenoteerde ondernemingen in Nederland’, *Maandblad voor accountancy en bedrijfseconomie* (92) 2018, afl. 9-10, p. 231-242.

een uitgebreide analyse meer duidelijkheid kan bieden. Zo zou de gemiddelde doorlooptijd van faillissementen waarin mediation is toegepast kunnen worden vergeleken met de gemiddelde doorlooptijd van faillissementen waarin een gerechtelijke procedure aan de orde was. Vooralsnog ontbreekt die data.

Bij wijze van voorlopige inschatting acht ik het echter aannemelijk dat mediation gemiddeld genomen leidt tot een vlottere afwikkeling van het geschil: de succespercentages zijn hoog, zodat mediation slechts in een beperkt deel van de gevallen zonder resultaat zal blijven, en de doorlooptijden van mediation zijn veel korter dan de doorlooptijden van een gerechtelijke procedure.

Mediation leidt dus tot een vlottere afwikkeling van het faillissement, althans in de gevallen waarin een geschil de belangrijkste vertragende factor is. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de afwikkeling wordt vertraagd door een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure. Deze vlottere afwikkeling is een van de belangen waar de curator rekening mee moet houden bij de uitoefening van zijn taak.

#### 3.4. *Mediation ten behoeve van een bevredigender oplossing*

Een derde beleidsdoel van insolventiemediation is het bereiken van een bevredigender oplossing voor beide partijen. In deze paragraaf bespreek ik eerst de bevredigender oplossing voor de curator, en vervolgens of een bevredigender oplossing voor zijn wederpartij, een legitiem doel is van insolventiemediation in het kader van de taak van de curator.

##### 3.4.1. *Mediation ten behoeve van een bevredigender oplossing voor de curator*

Voor de curator is het antwoord op de vraag eenvoudig, gelet op het belang van de gezamenlijke crediteuren bij een zo hoog mogelijke boedelopbrengst: een oplossing is bevredigender als de netto-opbrengst hoger is. In die zin loopt het doel van een bevredigender oplossing voor de curator parallel aan zijn taak om een zo hoog mogelijke boedelopbrengst te genereren (zie daarover uitgebreider par. 3.2).

##### 3.4.2. *Mediation ten behoeve van een bevredigender oplossing voor de wederpartij*

De vervolgvraag is of de curator ook gehouden is om een werkwijze te kiezen die rekening houdt met een bevredigender oplossing voor zijn wederpartij.

Met name in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid kan een procedure ingrijpend zijn. In de eerste plaats kan de bestuurder zich aangevallen en in zijn persoon aangetast voelen. De bestuurder kan het gevoel hebben juist te hebben gehandeld, en een buitenstaander, de curator, stelt dat zijn handelen onrechtmatig was. Die aantijging wordt door betrokken bestuurders als ingrijpend ervaren.<sup>58</sup> In de tweede plaats leidt een aansprakelijkstelling tot economische onzekerheid. Het bedrag dat gemoeid is met een aansprakelijkstelling kan het gehele boedeltekort omvatten, vaak meer dan de bestuurder kan betalen (vgl. art. 2:248 lid 1 BW).<sup>59</sup> Een claim kan zo het gevolg hebben dat de gewezen bestuurder zijn huis moet verkopen, kleiner moet wonen en zijn levensstandaard flink moet aanpassen. Mediation kan dan helpen om een regeling te treffen die bevredigender is voor de wederpartij dan de veroordeling in een civiele procedure, bijvoorbeeld omdat er onderhandeld kan worden over het bedrag of omdat er een betalingsregeling kan worden getroffen.<sup>60</sup>

Maar is het streven naar een dergelijke bevredigende oplossing onderdeel van de taak van de curator? Dat niet. De Hoge Raad overwoog in *Veluwse Nutsbedrijven/Blokland* dat de curator rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde.<sup>61</sup> Het is echter niet goed denkbaar dat de curator een schadevergoeding vordert van de failliet. De wederpartij van de curator zal vaker een betrokken derde zijn, zoals een contractspartij van de failliet of een bestuurder van de gefailleerde rechtspersoon.

Het kan voorkomen dat de curator een geschil heeft met iemand met wiens belangen de curator in het bijzonder rekening moet houden. Een voorbeeld is een preferent schuldeiser (art. 57 lid 2 Fw) of de gefailleerde (zie hierboven). Maar voor de meeste derden geldt geen bijzondere regeling. In dat geval is de curator weliswaar gebonden aan de redelijkheid en de billijkheid die gelden in de rechtsverhouding tussen de gefailleerde en de aangesproken partij (art. 2:8 BW, art. 6:2 BW, art. 6:248 BW) en het verbod op misbruik van recht (art. 3:13 BW), maar deze leerstukken gaan niet zover dat de curator de minst belastende

---

58. Zo blijkt uit mijn gesprekken met praktijkjuristen.

59. Zie ook de matigingsmogelijkheid van art. 2:248 lid 4 BW.

60. Zie ook noot 45. Voor de wederpartij geldt m.i. nog meer dan voor de curator dat zijn kansen op een betalingsregeling groter zijn in mediation dan na een veroordelend rechterlijk vonnis, omdat zijn onderhandelingspositie in dat laatste geval danig is verslechterd.

61. HR 20 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4169, NJ 1981/640, m.nt. C.J.H. Brunner (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland*). Zie ook Wessels, *Insolventierecht IV* 2020, nr. 4218.

route moet kiezen of zich moet inspannen voor een resultaat dat zo bevredigend mogelijk is voor zijn wederpartij, laat staan dat mediation is aangewezen.<sup>62</sup>

Het streven naar een oplossing die bevredigend is *voor de wederpartij* van de curator is op zichzelf dus geen valide beleidsdoel om mediation van een curator te verlangen. De nuancering daarop is echter dat het kan voorkomen dat het de curator en de wederpartij niet lukt om in een constructief overleg een voor hen beide bevredigende schikking te bereiken. Mediation kan daarbij helpen. Dat kan een procedure voorkomen, met alle kosten van dien. Met andere woorden: de mate waarin de wederpartij een oplossing als bevredigend ervaart is op zichzelf geen reden om van de curator te verlangen dat hij mediation toepast, maar mediation kan wel bijdragen aan een zo hoog mogelijke boedelopbrengst. Dit is ook de opvatting van curatoren die ik heb gesproken over het nut van mediation: zij ervaren dat het met behulp van een mediator lukt om een schikking te bereiken die voor beide partijen voldoende bevredigend is om een gerechtelijke procedure te voorkomen.

### 3.5. *Deelconclusie: mediation en de taak van de curator*

Mijns inziens sluit het toepassen van mediation aan bij de taakuitoefening van de curator. Weliswaar is mediation een middel en geen doel, maar het lijkt erop dat mediation bijdraagt aan een vlottere afwikkeling van het faillissement en een hogere boedelopbrengst. Dat betekent mijns inziens dat een curator in voorkomende gevallen mediation in zijn afweging moet betrekken om de belangen te behartigen die aan hem zijn toevertrouwd.

## 4. **De rolverdeling tussen de curator en de rechter-commissaris**

Een vervolgvraag is of het stimuleren van mediation past bij de taak van de rechter-commissaris. Mediation is immers slechts één van de middelen die de curator kan gebruiken bij de uitoefening van zijn taak. Is het aan de rechter-commissaris om te sturen in de middelen die de curator inzet bij de afwikkeling van het faillissement?

De curator is belast met het beheer en de vereffening van de boedel (art. 68 lid 1 Fw), de rechter-commissaris oefent daar toezicht op uit (art. 64 Fw). In de wetsgeschiedenis wordt het toezicht op de curator tamelijk restrictief uitgedrukt:

---

62. Een uitzondering is denkbaar als een mediationclausule is overeengekomen, zie HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2566, NJ 2017/410 (*Hermitage*).



*“De regel is: de curator alleen beheert en vereffent; de rechter-commissaris houdt uitsluitend toezicht. Daar de rechter-commissaris dus in het algemeen geen medebeheer of opperbestuur voert, heeft hij, behoudens in een enkel speciaal geval (art. 69), omtrent het beheer in dezen of genen zin ook geene bevelen te geven; hij houdt uitsluitend toezicht, gaat na, of de curator zich houdt binnen de grenzen der wet, of hij handelt in het belang van den boedel, of hij zijn taak behoorlijk vervult”.*<sup>63</sup>

Niettemin kan de rechter-commissaris het beleid van de curator in volle omvang toetsen.<sup>64</sup> Volgens mij blijkt uit art. 68 lid 3 Fw en art. 104 Fw dat de wetgever heeft beoogd om de invloed van de rechter-commissaris op het entameren van een procedure respectievelijk het aangaan van een vaststellingsovereenkomst te vergroten. Toezicht achteraf volstaat hier blijkbaar niet.

De rechter-commissaris beoordeelt het verzoek om goedkeuring of machtiging aan de hand van de belangen van de boedel. Daarbij betreft hij de proceskansen, de verhaalsmogelijkheden en de vraag of het voeren van een procedure redelijkerwijs noodzakelijk is. Deze noodzakelijkheid ziet mede op de vraag of een schikking kan worden getroffen, waarbij Neijt ook ruimte ziet voor bemiddeling door de rechter-commissaris.<sup>65</sup> De conclusie van A-G Snijders sluit hierbij aan: volgens de advocaat-generaal dient de rechter-commissaris een machtigingsverzoek te beoordelen aan de hand van de belangen van de boedel, die ‘alleen of in de eerste plaats in het belang van de gezamenlijke schuldeisers’ bestaat.<sup>66</sup> Dat oordeel berust, aldus de A-G, op een waardering en weging van de omstandigheden en belangen die bij het al dan niet verlenen van een machtiging zijn betrokken.<sup>67</sup>

Het is naar mijn mening geheel in lijn met het machtigingsvereiste van art. 68 lid 3 Fw en het beoordelingskader van de rechter-commissaris dat deze in zijn oordeel betreft of de curator mediation (of andere vormen van ADR) heeft overwogen, dan wel of mediation leidt tot een hogere boedelopbrengst. De taakverdeling tussen de curator en de rechter-commissaris staat er dus niet aan in de

---

63. G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, deel II* (heruitgave), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 2.

64. HR 10 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5014, NJ 1985/793, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Brink/Keulingfreks*), r.o. 3.3.2; P.J. Neijt, ‘Achterwerk van toezicht’, in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs, *De Curator en de Failliet (Insolad Jaarboek 2019)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 71-72.

65. Neijt 2019, p. 82.

66. Conclusie A-G Snijders 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:384, randnr. 4.16.

67. Conclusie A-G Snijders 22 april 2022, ECLI:NL:PHR:2022:384, randnr. 4.17.

weg dat de rechter-commissaris van de curator verwacht dat hij minst genomen overweegt of mediation een gunstiger uitkomst kan bieden voor een geschil.<sup>68</sup>

Daarbij past een nuance. Mediation is naar zijn aard vrijwillig, dat moet ook gelden voor de curator. Als de curator gemotiveerd betoogt dat mediation zinloos is, moet de rechter-commissaris dat in beginsel respecteren. Ik begrijp echter uit mijn gesprekken met praktijkjuristen dat dat ook staande praktijk is. Tegelijkertijd hoeft de rechter-commissaris mijns inziens niet te snel in de weerstand van de curator te berusten. De persoonlijke voorkeur van een curator zou immers niet leidend moeten zijn: het komt er uiteindelijk op aan of de werkwijze van de curator bijdraagt aan een zo hoog mogelijke boedelopbrengst en een vlotte afwikkeling van het faillissement.

## 5. Slotbeschouwing

Vershillende ontwikkelingen maken dat insolventiemediation de komende tijd aan belang zal winnen. Steeds meer curatoren zullen te maken krijgen met mediation, bijvoorbeeld in het kader van een verzoek om een procesmachtiging. De eerste resultaten zijn gunstig: mediation kan bijdragen aan een hogere boedelopbrengst in een geschil en aan een vlottere afwikkeling van het faillissement.

De taak van de curator is om een zo hoog mogelijke boedelopbrengst te genereren in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Als mediation daaraan bijdraagt, moet de curator in voorkomende gevallen mediation toepassen. Voor een categorische afwijzing van mediation door de curator is dan ook geen plaats. In individuele zaken komt het vanzelfsprekend op het oordeel van een curator aan of die specifieke zaak geschikt is voor mediation. Daarnaast ben ik van mening dat het stimuleren van mediation door de rechter-commissaris aansluit bij diens toezichthoudende taak.

Het is naar mijn mening wenselijk om de ontwikkelingen rondom insolventiemediation te blijven volgen en de resultaten te monitoren. Eerder heb ik een landelijke pilot naar Rotterdams voorbeeld voorgesteld, met uitgebreide evaluatie.<sup>69</sup> Bij deze evaluatie kan de taak van de curator worden betrokken: leidt mediation inderdaad tot een hogere boedelopbrengst, in het belang van de gezamenlijke crediteuren? Een rechtseconomische analyse kan daar verder licht op schijnen. Ook kan een dergelijke evaluatie inzicht bieden in factoren die

---

68. M. PeI, 'Geschilbeslechting en belangenbehartiging op maat in de insolventiepraktijk', *TvI* 2006/43; *Dijxhoorn* 2019, p. 105.

69. J. van Mourik, *TvI* 2021/45.

### Sneller en goedkoper? Mediation en de taak van de curator

bepalen of een concrete zaak zich wel of niet leent voor mediation. Het zou daartoe nuttig zijn als de rechtspraak bijhoudt of in een faillissement mediation heeft plaatsgevonden, zodat faillissementen waarin mediation plaatsvindt in de toekomst kunnen worden vergeleken met faillissementen waarin gerechtelijke procedures worden gevoerd.

Tot slot: op basis van het Consultatiedocument Insolventierecht en de positieve ervaringen van de rechtbanken Rotterdam en Den Haag met insolventiemediation verwacht ik dat zowel landelijk als bij verschillende arrondissementen beleid volgt om mediation tijdens faillissement te stimuleren. De curator hoeft dergelijk beleid echter niet af te wachten. Curatoren die mediation willen toepassen, zouden bijvoorbeeld contact op kunnen nemen met een zakelijk mediator uit hun netwerk of, via de rechter-commissaris, met het mediationbureau van de rechtbank. De wetgever biedt sinds kort een steuntje in de rug: de Raad voor de Rechtsbijstand verstrekt een eenmalige startbijdrage van € 150 euro bij een verwijzing door de rechtspraak naar mediation, als partijen niet voor toegevoegde rechtsbijstand in aanmerking komen.<sup>70</sup>

Maar de eerste stap kan de curator zelf zetten. Curatoren die een mediationopleiding hebben gevolgd, vertellen in gesprekken dat mediationvaardigheden, zoals doorvragen, actief luisteren en rekening houden met belangen van de wederpartij, escalatie kunnen beperken of zelfs voorkomen. Een oplossingsgerichte dialoog met de wederpartij is uiteindelijk sneller en goedkoper dan welke vorm van geschilbeslechting dan ook. Het verdient dan ook aanbeveling dat curatoren zich dergelijke mediationvaardigheden eigen maken, met behulp van een mediationopleiding of anderszins.

---

70. 'Invoering startbijdrage mediation vanaf 1 maart 2023', Raad voor Rechtsbijstand, [rvr.org](http://rvr.org).



# De taak van de curator binnen de vennootschappelijke orde

MR. A.J. DUNKI JACOBS, MR. M.L. VAN DER STAAIJ<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Wanneer een vennootschap faillieert, wordt de curator vanaf zijn (of haar) aanstelling geconfronteerd met de juridische spelregels die gelden binnen de vennootschapsrechtelijke orde en de door de (groep van) vennootschap(en) gedreven onderneming(en).<sup>2</sup> Uit de tot op heden verschenen jurisprudentie en literatuur blijkt dat deze confrontatie niet zelden tot misverstanden aanleiding heeft gegeven en daarnaast in een aantal nog onbeantwoorde vragen heeft geresulteerd. Deze bijdrage poogt een overzicht te geven van enkele kernelementen van het ‘corporate governance’ speelveld waarbinnen de curator zich vanaf zijn benoeming beweegt en de (on)mogelijkheden voor wat betreft de uitoefening van rechten en het (niet) nakomen van plichten in dat verband.<sup>3</sup> Eerst zal worden stilgestaan bij (i) de gevolgen van het faillissement voor de interne bevoegdheidsverdeling binnen de vennootschap en de richtsnoeren voor de betrokkenen (paragraaf 2), waarna achtereenvolgens (ii) het ‘aandeelhouderschap’ van de curator (paragraaf 3), (iii) de uitoefening van de (bestuurs)macht op het niveau van dochtervennootschappen (paragraaf 4), (iv) de omgang met

- 
1. Mr. A.J. Dunki Jacobs en mr. M.L. van der Staij zijn beiden advocaat bij Loyens & Loeff N.V.
  2. Wij focussen ons op de B.V. als meest gebruikte rechtspersoon, maar de besproken principes laten zich in de meeste gevallen evengoed toepassen op N.V.’s. Wij gaan verder gemakshalve uit van de aanstelling van een enkele curator, daar dit voor het doel van dit artikel geen verschil maakt; voor een overzicht van de dynamiek en (tegenstrijdige belang) problematiek die zich voor kan doen binnen concerns met meerdere gefailleerde groepsvennootschappen en curatoren verwijzen wij naar R.J. van Galen, ‘Belangenconflicten bij groepen van vennootschappen in faillissement’, in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Curator en het Concern (Insolad Jaarboek)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/5. Zetteler, Verwey, Feenstra, Schreurs, (red.), *De Curator en het Concern Insolad Jaarboek 2017/5*.
  3. Wij gaan verder niet in op de taak tot fraudebestrijding van de curator, het oorzakenonderzoek en eventuele aansprakelijkheid van leden van organen. Deze onderwerpen hebben weliswaar te maken met het door betrokkenen gevoerde beheer (hierna verder: de governance) en tijdens de afwikkeling van het faillissement kan dit een spanningsveld creëren tussen de dan betrokkenen, maar dit artikel spitst zich toe op vraagstukken omtrent de door de curator en de bij de vennootschap betrokkenen te voeren governance ná faillissement.

de ondernemingsraad (paragraaf 5) en (iv) de administratie- en verslagleggingsplichten (paragraaf 6) de revue passeren.

## **2. De failliete vennootschap, diens organen en de curator**

### *2.1. Gevolgen van het faillissement voor de interne bevoegdheidsverdeling - algemeen*

Zoals bekend heeft het uitspreken van faillissement niet het einde van de vennootschap tot gevolg.<sup>4</sup> De vennootschap behoudt haar rechtspersoonlijkheid, haar organen blijven functioneren en behouden in beginsel de aan hen op grond van de wet en de statuten toegekende taken en bevoegdheden.<sup>5</sup>

Een belangrijk gevolg van dit uitgangspunt is dat de failliete vennootschap bij haar voortdurende deelname aan het rechtsverkeer nog steeds wordt vertegenwoordigd door haar bestuur. Het bestuur is tegelijkertijd echter niet langer in staat om het tot het faillissement behorende vermogen (hierna ook wel: de boedel) als zodanig te binden gelet op het bepaalde in art. 23 Fw (en de uitzondering van art. 24 Fw dat de boedel daardoor gebaat is daargelaten). Als gevolg van het algehele vermogensbeslag ex art. 20 Fw valt bij diens aanstelling ex art. 68 Fw de beschikking en het beheer daarover exclusief aan de curator. In essentie raakt het bestuur daarmee de controle over de aan de vennootschap verbonden onderneming kwijt. Maar ook de positie c.q. macht van de andere vennootschapsorganen komt in een ander licht te staan. Zo kan de aandeelhoudersvergadering van de gefailleerde vennootschap weliswaar nog steeds bijeenkomen en besluiten nemen, maar die besluiten kunnen de boedel in beginsel niet raken.<sup>6</sup> De toezichthoudende taak van raad van commissarissen duurt voort, maar wordt in praktische zin vergaand gereduceerd.<sup>7</sup> En in tegenstelling tot een

---

4. De rechtspersoon blijft voortbestaan totdat het faillissement is afgewikkeld: hetzij door middel van opheffing wegens een gebrek aan baten, hetzij een vereenvoudigde afwikkeling, hetzij door het intreden van de staat van insolventie (art.173 Fw). Reumers schetst treffend dat het faillissement zelfs een vennootschap die is opgehouden te bestaan weer tot leven kan wekken: zie M.L.H. Reumers, *De insolvente naamloze en besloten vennootschap (R&P INsR 15)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/1.0 (hierna: Reumers 2020).

5. Zie o.m. Wessels Insolventierecht IV 2020/4211; HR 19 mei 1999, *JOR* 1999/170.

6. Een bestuurder kan bijvoorbeeld worden benoemd of ontslagen, maar zonder instemming van de curator komt diens salaris of een eventuele ontslagvergoeding in beginsel niet ten laste van de boedel. Zie verder Reumers 2020/2.1.5

7. De toezichthoudende taak van de commissaris ex art. 250 lid 2 BW beperkt zich tijdens faillissement tot niet op de beheers- en vereffeningstaak van de curator betrekking hebbende activiteiten. Het verdere toezicht is ex art. 64 Fw onderworpen aan het exclusieve toezicht van de rechter-commissaris, zie Wessels Insolventierecht IV 2020/4212.

## De taak van de curator binnen de vennootschappelijke orde

bestuurder hoeft de curator zich gelet op zijn wettelijke taak niets aan te trekken van eventuele statutaire goedkeuringsrechten van deze organen ten aanzien van de beschikking over tot de boedel behorende vermogensbestanddelen.<sup>8</sup>

De curator op zijn beurt wordt als gevolg van diens benoeming geen bestuurder of anderszins een (vertegenwoordigingsbevoegd) orgaan van de vennootschap.<sup>9</sup> De curator handelt op grond van de wet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde vennootschap, met welk handelen hij de boedel bindt. Daarbij krijgt de curator in beginsel ook niet meer bevoegdheden dan de gefailleerde vennootschap had ten aanzien van diens vermogen.<sup>10</sup> Wel ontvangt de curator op grond van de wet enkele specifieke, eigen vennootschapsrechtelijke bevoegdheden, zoals uitschrijving en inning van alle nog niet gedane stortingen op aandelen (art. 2:193 BW), toestemming voor een statutenwijziging (art. 2:237 BW) en aansprakelijkstelling wegens onbehoorlijke taakvervulling (art. 2:248 BW).<sup>11</sup>

Het voortbestaan van de vennootschap en haar organen in faillissement, afgezet tegen het verlies van de beschikking en het beheer van het bestuur over de boedel roept direct twee vragen op: (i) waaruit bestaat het vennootschappelijk belang - het richtsnoer voor het bestuur - in geval van faillissement en (ii) in hoeverre heeft de curator zich daaraan iets gelegen te laten liggen?

### 2.2. *Vennootschappelijk belang: algemeen*

Het blijft een opmerkelijk gegeven dat over de invulling van een zo centraal begrip binnen het vennootschapsrecht als het vennootschappelijk belang, zoveel discussie bestaat.<sup>12</sup> Het handelen in strijd daarmee kan reden zijn voor vergaande aansprakelijkheid en bijvoorbeeld grond geven voor de facto onteigening.<sup>13</sup> Om die reden staan wij wat langer stil bij dit begrip.

---

8. De onderhandse verkoop vereist in beginsel wel toestemming van de rechter-commissaris. Zie verder Reumers 2020/1.4.

9. Zie o.m. S.C.J.J. Kortmann, 'De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming', in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu* (Preadvies Vereniging 'Handelsrecht'), 1993, p. 111-112 (hierna: Kortmann 1993); Hof Amsterdam (OK) 25 februari 1980, *NJ* 1980/582.

10. Zie Reumers 2020/1.1.

11. Zie verder Wessels Insolventierecht IV 2020/4179.

12. Zie Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/126.

13. Verwatering als gevolg van aandelenemissies op grond van de door Ondernemingskamer ontwikkelde criteria voor noodzaakfinanciering, zie o.m. Hof Amsterdam (OK) 31 december 2009, *JOR* 2010/60 (Inter Access) en Hof Amsterdam (OK) 27 oktober 2015, *JOR* 2016/60 (Cunico). Voor daadwerkelijke onteigening verwezen zij naar de (weinig gebruikte)

Vooropgesteld, het vennootschappelijk belang is geen in de wet uitgewerkt begrip en wordt ingevuld aan de hand van de omstandigheden van het geval. In de literatuur zijn er drie hoofdstromingen te ontwaren ten aanzien van de vraag wat het vennootschappelijk belang inhoudt: (i) zij die het vennootschappelijk belang zien als een autonoom begrip (de institutionele benadering), (ii) zij die het vennootschappelijk belang zien als de resultante van verschillende deelbelangen (de resultante benadering) en (iii) zij die aandeelhouderswaarde op de lange termijn als primaat hebbend deelbelang zien (*‘enlightened shareholder value’*, een variant op de resultante-benadering).<sup>14</sup> Het vertrekpunt voor de vaststelling van de inhoud van het vennootschappelijk belang is in ieder geval de Cancun-uitspraak, waarin de Hoge Raad oordeelde dat:

*“Bij de vervulling van hun taak dienen de bestuurders zich naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming te richten (vgl. thans art. 2:239 lid 5 BW). Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming.”*

*“Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.”<sup>15</sup>*

Met Van Solinge en Nieuwe Weme menen wij dat het erop lijkt dat de Hoge Raad in het Cancun-arrest kiest voor een hybride aanpak, waarbij de institutionele leer wordt gecombineerd met de resultante-leer.<sup>16</sup> De Hoge Raad stelt immers dat, indien er een onderneming aan de vennootschap is verbonden, het vennootschappelijk belang in beginsel (*‘in de regel vooral’*) is gediend met de continuïteit (*‘het bestendige succes’*) van de in het voorkomende geval aan de vennootschap verbonden onderneming. Daarnaast (*‘voorts’*) dient het bestuur

---

geschillenregening van afdeling 1 van titel 8 van boek 2 BW en in het bijzonder naar de vordering tot gedwongen overdracht van art. 2:336 BW.

14. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/126-129.

15. HR 4 april 2014, *JOR* 2014/290 r.o. 4.2.1. en 4.2.2. (Cancun).

16. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/126, die daarbij verwijzen naar de oratie van Assink opgenomen in *Ondernemingsrecht* 2010/50 en diens pleidooi voor een *‘perspectivistische benadering’*.



zich bij haar taakuitoefening (in eerste instantie en op grond van art. 2:239 lid 5 BW) de belangen van alle bij de vennootschap betrokkenen zorgvuldig (met inachtneming van de redelijkheid en billijkheid, ‘mede in het licht van art. 2:8 BW’) af te wegen. De door de Hoge Raad gekozen bewoordingen en voorgestane aanpak duiden op een eigen, autonoom vennootschappelijk belang waartegen de belangen van de overige bij de vennootschap betrokkenen dienen te worden afgewogen. Ondertussen geldt dat, of men nu uitgaat van een autonoom vennootschappelijk belang begrip, van de resultante-leer of een meer hybride aanpak, het bestuur per saldo een afweging zal dienen te maken van de verschillende bij de (onderneming van de) vennootschap betrokken belangen.<sup>17</sup>

Het door de Hoge Raad geformuleerde uitgangspunt van continuïteit van de aan de vennootschap verbonden onderneming lijkt welhaast vanzelf te spreken, nu de continuïteit van de onderneming ‘in beginsel’ veronderstelt dat de verschillende bij de vennootschap betrokken deelbelangen worden geëerbiedigd: handelscrediteuren worden voldaan, de werknemers behouden hun werkkring en aandeelhouders behouden hun belang in en aanspraak op het resultaat van de onderneming. Tegelijkertijd leert de (herstructurerings)praktijk ons dat de continuïteit van de vennootschap en haar onderneming een relatief begrip is, zeker wanneer dat begrip wordt beschouwd vanuit de optiek van de verschillende ‘stakeholders’, voor wie de door het bestuur te maken afweging verstrekende gevolgen kan hebben. De WHOA kan in onze ogen worden beschouwd als een verdere, wettelijke inkadering van dit ‘continuïteitsbeginsel’, waarbij omstandigheden-afhankelijke waarde-maximalisatie het uiteindelijke doel lijkt te zijn.<sup>18</sup> Deze kaderregeling is immers niet alleen geschapen om een schuldenaar met een (gedeeltelijk) levensvatbare onderneming de kans te bieden om te herstructureren, maar ook om een optimaal resultaat te kunnen behalen indien liquidatie onvermijdelijk blijkt, dit alles met het oog op het behouden van zoveel mogelijk waarde voor de verschillende ‘relevante’ belanghebbenden van de vennootschap onder de specifieke omstandigheden van het geval.<sup>19</sup>

Het beeld dat uit wet en jurisprudentie opdoemt is dat een bepaalde handeling door de vennootschap gerechtvaardigd is als die de continuïteit van de vennoot-

---

17. Vgl. E.J. Oppedijk van Veen en M.H.C. Sinninghe Damsté, ‘In the money of out of the money; tussen vennootschappelijk belang en het belang van gezamenlijke crediteuren’ in Kemp, Koster & Schwarz (red.), *De betekenis en functies van het vennootschappelijk belang* (IVOR nr. 115) 2019 (hierna: Oppedijk/Damsté 2019), p. 133.

18. Zie *Kamerstukken II* 2018–2019, 35 249, nr. 3, p.2.

19. Ook de Corporate Governance Code geeft bestuur en toezichhouders van beursgenoteerde N.V.’s de opdracht om zich te richten op waarde-creatie. Zie principe 1.1 Corporate Governance Code 2022 en verder Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/123 e.v.

schap en haar onderneming redelijkerwijze lijkt te zullen bevorderen en daarbij zoveel mogelijk waarde blijft behouden. Denk bijvoorbeeld aan de negatieve gevolgen die bepaalde stappen in het kader van een herstructureringspoging van (het vermogen van) de vennootschap zouden kunnen hebben voor de verhaalsmogelijkheden van (groepen van) schuldeisers, of de reddingspoging nu slaagt of niet. Zo zijn selectieve betalingen en het aangaan van nieuwe verplichtingen gerechtvaardigd zolang er redelijk zicht bestaat op een oplossing voor de gerezen problemen.<sup>20</sup> Het bestuur kan optrekken met de ‘*in the money*’ financiers met een pandrecht op de aandelen in de vennootschap en door middel van een uitwinning daarvan een financiële herstructurering implementeren teneinde maximale vermogenswaarde te behouden.<sup>21</sup> Een gehomologeerd (WHOA) akkoord kan tot gevolg hebben dat de aandeelhouders verwateren of hun belang geheel kwijtraken of dat aanspraken van (gesecureerde) schuldeisers worden gewijzigd. Ook als het akkoordproces faalt, dan zal een ‘zegening’ van een achteraf benadelend blijkende transactie op grond van art. 42a Fw eventueel met ‘*the brilliance of hindsight*’ ingestelde acties blokkeren. Zelfs de mogelijkheid van een ‘*pre-packed*’ faillissement waarbij werknemers niet mee overgaan naar de nieuwe eigenaar van de onderneming zal zich na codificatie weer aandienen.<sup>22</sup> In de kern beschouwd lijkt het richtsnoer van het bestuur de economische realiteit te zijn, zoals die wordt vormgegeven door de specifieke omstandigheden waarin de (juridische fictie van de) vennootschap met diens zelfstandige vennootschappelijke belang en diens belanghebbenden zich met hun eigen belangen c.q. aanspraken op een gegeven moment bevinden.<sup>23</sup>

- 
20. Vgl. bijvoorbeeld HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96 (ING/Zandvliet) en HR 17 januari 2020, *JOR* 2020/55. Voor wat betreft handelen van het bestuur in een herstructurering in concernverband is Hof Den Haag 18 augustus 2015, RI 2015/108 (Culi D’or) interessant, waarin het hof overwoog dat het verweten bestuurshandelen (ongesecureerd doorlenen van verkoopopbrengsten aan een concerngenoot) onrechtmatig zou zijn geweest indien de betrokken bestuurder *wist of behoorde te weten dat de uitlenende vennootschap of de vennootschap waaraan wordt uitgeleend in zwaar weer komt te verkeren en redelijkerwijs geen reëel zicht is op verbetering*.
  21. De in de rechtspraak ontwikkelde ‘holistische’ benadering, vgl. Rb. Amsterdam (Vzr.) 11 september 2020, *JOR* 2020/266 (HEMA) en Rb. Amsterdam (NCC) 23 juni 2022, *JOR* 2022/249 (Lycra). In bredere zin bevestigend voor wat betreft het onder de omstandigheden aanwenden van de vennootschap/onderneming ten dienste staande (herstructurerings)midelen: Rb. Amsterdam 14 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7652
  22. HvJ EU, 28 april 2022, *JOR* 2022/219.
  23. Vgl. Oppedijk/Damsté 2019, p. 143, die op hun beurt verwijzen naar de oratie van C.A. Schwarz.

### 2.3. *Vennootschappelijk belang: faillissement*

Faillissement veronderstelt in beginsel discontinuïteit van de aan de vennootschap verbonden onderneming en liquidatie van diens vermogen, waarbij een (gedeeltelijke) doorstart van de onderneming door verkoop van de activa en achterlating van verplichtingen uiteraard wel mogelijk blijft en in welk kader de onderneming door de curator tijdelijk kan worden voortgezet. Het doel van deze liquidatie van de boedel in faillissement is om een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te genereren, zodat ieder van hen conform diens rang zoveel mogelijk kan worden voldaan.<sup>24</sup> Liquidatie blijft slechts achterwege indien de gefailleerde succesvol een akkoord weet aan te bieden.<sup>25</sup> Anders gezegd: het vennootschappelijk belang wordt in beginsel niet meer bevorderd door het bestendige succes van diens onderneming.<sup>26</sup>

Wij hebben weinig literatuur aangetroffen waarin het vennootschappelijk belang in faillissement ter sprake komt. Door sommigen wordt wel gesteld dat het vennootschappelijk belang van een vennootschap in faillissement gelijk is aan dat van diens gezamenlijke crediteuren.<sup>27</sup> Voor zover er in faillissement al niet van een volledige samenval sprake zou zijn tussen het belang van de gezamenlijke schuldeisers en dat van de vennootschap, is het moeilijk voorstelbaar dat bij de door het bestuur te maken weging van de betrokken belangen snel aan iets anders dan het (verhaals)belang van de gezamenlijke crediteuren doorslaggevend gewicht kan worden toegekend. Faillissement wordt immers gezien als een algemeen verhaalsbeslag op het vermogen van de schuldenaar, waarbij zoals gezegd het vermogen conform rangorde over diens schuldeisers moet worden verdeeld. De (wettelijke) faillissementstoestand maakt dat het vennootschappelijk belang van de schuldenaar zeer sterk, zo niet volkomen wordt ingekleurd met het gecollectiviseerde verhaal door de curator. Waarde-maximalisatie blijft wederom leidend, maar dan wel op de korte termijn en in de zin van een zo hoog mogelijke liquidatieopbrengst tegen zo gering mogelijke kosten.

---

24. Vgl. Wessels Insolventierecht IV 2020/4170; G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet*. Heruitgave Van der Feltz I 1896 (Onderneming en Recht nr. 2-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 27.

25. Wij zouden echter verwachten dat in de meeste scenario's waar een akkoord tot de mogelijkheden behoort, de WHOA zal worden gebruikt en dat faillissementsakkoorden met name nog zullen worden aangeboden door schuldenaren die geen onderneming dreven.

26. Vgl. Hof Amsterdam 5 december 2017, *JOR* 2018/130 (Oi), r.o. 3.5.

27. Oppedijk/Damsté 2019, p.145, B. Kemp en S. Renssen, 'De bevoegdheid van de dwingende 'moeder'-curator tot eigen faillissementsaanvraag van de onwelwillende dochter', *TvOB* 2014-6 (hierna: Kemp/Renssen 2014), p. 202, voetnoot 41.

Wij vinden steun voor deze opvatting in de beschikking van de Ondernemingskamer van 3 december 2019 inzake ZED+, waarin zij tot ontbinding van de vennootschap besloot.<sup>28</sup> ZED+ was een houdstervenootschap, wiens enige actief (een aandelenbelang) een fractie vertegenwoordigde van de openstaande schulden aan een bankensyndicaat (dat expliciet steun verleende aan de voorgenomen liquidatie), waar geen werknemers (meer) werkzaam waren en de overige schulden uit adviseurskosten bestonden. In het licht van deze feiten concludeerde de Ondernemingskamer dat het vennootschappelijk belang van ZED+ niet (meer) bestond uit het bevorderen van het bestendige succes van haar onderneming, maar in overwegende mate werd bepaald door het belang van haar schuldeisers. Het vennootschappelijk belang vergde dat de verkoop van het actief plaatsvond ‘tegen zo gering mogelijke kosten en met zo min mogelijk complicaties’, aldus de Ondernemingskamer. Deze uitspraak is niet alleen een treffend voorbeeld van hoe het vennootschappelijk belang wordt ingekleurd door de specifieke omstandigheden van het geval, maar tevens hoe dat belang van kleur verschiet als er sprake is van feitelijke insolventie. Wij zouden menen dat dit laatste des te meer geldt indien er sprake is van formele insolventie, waarbij de versmalling van het relevante belangenspectrum zich nog sterker voordoet als gevolg van het toepasselijke wettelijke regime.

Naast het richtsnoer van art. 2:239 lid 5 BW hebben bestuurders in faillissement verschillende specifieke plichten die maken dat zij zich rekenschap hebben te geven van, en hebben te richten naar, de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de vennootschap. Zo vergt de inlichtingenplicht van art. 106 jo. 105 Fw dat zij de curator proactief informeren over al hetgeen van belang kan zijn voor de afwikkeling van de boedel, waaronder alle informatie die betrekking heeft op de onderneming van gefailleerde en die relevant kan zijn voor een eventuele doorstart daarvan. Het verdient in dit verband nog opmerking dat in tegenstelling tot de informatieverstrekking door het bestuur aan de curator, de informatiestroom de andere kant op (buiten de periodieke verslaglegging van art. 73a Fw om) niet wettelijk is geregeld. De INSOLAD Praktijkregels, april 2019 (hierna verder: de Praktijkregels) en de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling, april 2021 (hierna verder: de Recofa Richtlijnen) gaan er echter van uit dat de curator het bestuur (al dan niet pro-actief) in staat stelt om (desgevraagd) zijn taak uit te kunnen oefenen door het (tijdig en voldoende) verstrekken van informatie.<sup>29</sup> Verder schenden (voormalige) bestuurders in het voorkomende geval een op hen rustende zorgplicht als zij een ‘*corporate*

---

28. Hof Amsterdam (OK) 3 december 2019, *JOR* 2020/80.

29. Het afdwingen daarvan in voorkomende geval zou via de band van art. 69 Fw kunnen verlopen. Zie verder Reumers 2020/2.1.4.2.

## De taak van de curator binnen de vennootschappelijke orde

*opportunity*' die zich voordoet ten aanzien van de doorstart van de onderneming van gefailleerde voor eigen gewin aanwenden.<sup>30</sup>

Waar het op de curator aankomt, stelden wij al vast dat hij geen orgaan is van de vennootschap. Als gerechtelijk bewindvoerder van de gefailleerde heeft hij (slechts) een (ruime) beheerstaak ten aanzien van diens vermogen en als zodanig is de curator niet gebonden aan het vennootschappelijk belang. Hij heeft zich als gezegd bij zijn taakuitoefening te richten naar het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De curator houdt bij die taakuitoefening weliswaar rekening met de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar, maar die worden in beginsel ook gediend door behartiging van het belang van de gezamenlijke schuldeisers: een zo hoog mogelijke opbrengst, aangezien dit tot een zo groot mogelijke aflossing van diens schulden leidt.<sup>31</sup>

Daar waar er sprake is van een conflict vindt een belangenafweging door de curator plaats, waarbij in beginsel het belang van de gezamenlijke schuldeisers prevaleert.<sup>32</sup> Deze belangenafweging kan in het voorkomende geval op grond van art. 69 Fw aan de rechter-commissaris worden voorgelegd ter toetsing.<sup>33</sup> Uit de arresten Sigmacon II en Maclou<sup>34</sup> volgt dat de curator bij de afwikkeling van de boedel weliswaar rekening dient te houden met maatschappelijke belangen, maar met Wessels zouden wij menen dat het daarbij gaat om een afweging van die maatschappelijke belangen tegen andere, individuele bij de boedel betrokken belangen en waarbij het belang van de gezamenlijke schuldeisers het primaat behoudt, behoudens in gevallen van misbruik van recht.<sup>35</sup> Voor het laten prevaleren van maatschappelijke belangen boven die van de gezamenlijke schuldeisers bestaat buiten misbruikgevallen onzes inziens in beginsel onvoldoende wettelijke grondslag.<sup>36</sup>

---

30. Vgl. HR 11 februari 2011, *JOR* 2011/114.

31. Wessels Insolventierecht IV 2020/4174-4176.

32. Vgl. J.M.W. Pool, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *TvI* 2022/20, p.135. Zie verder ook: HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515 (Prakke/Gips) en HR 19 december 2003, *NJ* 2004/293 (Mobell/Interplan).

33. Wessels Insolventierecht IV 2020/4220.

34. HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472, respectievelijk HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727.

35. Wessels Insolventierecht IV 2020/4223.

36. Vgl. J.M.W. Pool, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *TvI* 2022/20, p.138. Anders: A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen', *TvI* 2015/1; F. Kemp, 'Gezocht: kranige curatoren met maatschappelijk besef', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator. (Insolad Jaarboek) 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 503-514; H.J. de Kloet, 'Belangenpluralisme in faillissement', *RMThemis* 2020, afl. 3, p. 134-141.

Wanneer vanuit dit perspectief wordt gekeken naar bijvoorbeeld de (voortzetting van de) onderneming van gefailleerde, dan zal de curator zich dus rekenschap geven van het mogelijke (maatschappelijke) belang van de continuïteit daarvan, maar zal hij dat in beginsel moeten doen met het oog op opbrengstmaximalisatie voor de gezamenlijke schuldeisers en daarbij belangen van individuele belanghebbenden achter mogen (c.q. moeten) stellen. De bestuurders van gefailleerde kunnen zich namens de gefailleerde vennootschap op de voet van art. 69 Fw tegen de door de curator gemaakte afweging trachten te verzetten, maar slechts een betoog dat de gemaakte afweging strijdig is met het belang van de gezamenlijke schuldeisers zou gehoor moeten vinden bij de rechter-commissaris.

Al met al liggen de richtsnoeren van de curator en het bestuur (en gelet op art. 2:250 lid 2 BW ook dat van eventuele commissarissen) dus niet ver uit elkaar als het faillissement eenmaal daar is: de rode draad wordt gevormd door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Als een akkoord niet tot de mogelijkheden behoort, dan dienen de organen van de vennootschap zich te richten op een zo efficiënt mogelijke liquidatie van het vermogen van de gefailleerde vennootschap.<sup>37</sup>

### **3. De curator en het (groeps)aandeelhouderschap**

#### *3.1. Algemeen*

Als de gefailleerde vennootschap deel uitmaakt van een concern en als zodanig aandelen houdt in een dochter, dan vallen de aandelen in de dochter als vermogensrecht van eigen aard in de boedel van de gefailleerde moeder.<sup>38</sup> De curator kan dus op grond van art. 68 Fw in ieder geval over de aandelen als zodanig beschikken door deze over te dragen of te bezwaren. In het licht van het beginsel dat het bestuur van de gefailleerde moeder haar vertegenwoordigingsbevoegdheid behoudt, dringt zich echter wel de vraag op in hoeverre de curator als beheerder de overige rechten verbonden aan de aandelen kan uitoefenen.

#### *3.2. Uitoefening van aan de aandelen verbonden rechten*

In de arresten inzake de De Haan Beheer/Hamm q.q. en De Haan/Hamm q.q.<sup>39</sup> en Polisol<sup>40</sup> bepaalde de Hoge Raad dat het uitoefenen van de aan de aandelen

---

37. Vgl. Reumers 2020/1.2.

38. Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/286; Quist, *Conversie en aandelen* (VDHI nr. 149) 2018/2.1.

39. HR 19 mei 1999, *NJ* 1999/670 en 671.

40. HR 29 april 2005, *JOR* 2005/146.

## De taak van de curator binnen de vennootschappelijke orde

verbonden enquêtebevoegdheid op zichzelf weliswaar geen vermogensrecht is, maar dat de curator met de uitoefening daarvan een vermogensbelang kan dienen en dat aan een dergelijk verzoek het karakter van een daad van beheer kan worden toegekend met betrekking tot het aandeel als vermogensbestanddeel. In *Polisol* werd de regel van *De Haan Beheer* herhaald en daaraan door de Hoge Raad toegevoegd dat ten aanzien van de in de boedel vallende aandelen in de (niet gefailleerde) dochter de uitoefening van (in ieder geval) de enquêtebevoegdheid exclusief aan de curator toeviel gelet op het bepaalde in art. 68 lid 1 jo. art. 25 lid 1 Fw. Wij zouden menen dat de door de Hoge Raad omschreven exclusiviteit zich uitstrekt tot alle aan de aandelen verbonden (organisatierechtelijke) rechten indien de curator gebruik maakt van zijn beheersbevoegdheid.<sup>41</sup>

In het arrest *Pannevis q.q./Air Holland* oordeelde de Hoge Raad over de uitoefening door de curator van een moedervennootschap van het stemrecht op aandelen in een dochter. Hij overwoog dat aangenomen moet worden dat de curator in het faillissement van de moedermaatschappij op grond van art. 68 Fw bevoegd is de rechten uit te oefenen die zijn verbonden aan de onder zijn beheer vallende aandelen in een dochtermaatschappij indien en voor zover zulks past bij een goed beheer van de boedel en daarmee vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend.<sup>42</sup> De Hoge Raad trekt de kwestie breder door te spreken over uitoefening van aan in de boedel vallende aandelen verbonden rechten (en dus niet alleen stemrecht), maar stelt vervolgens aan de uitoefening daarvan kennelijk twee eisen: (i) dat daarmee een vermogensbelang van de boedel wordt gediend en (ii) dat de uitoefening past bij een goed beheer daarvan. De vraag rijst vervolgens in hoeverre er door deze rechtspraak een materiële begrenzing wordt gesteld aan de uitoefening door de curator van aan de aandelen verbonden rechten.

Roeffen en Smetsers leiden uit de overwegingen van de Hoge Raad in bovengenoemde reeks arresten af dat het bestuur van de moeder het stemrecht op de aandelen in de dochter mag uitoefenen, tenzij (i) de curator met de uitoefening van het stemrecht op de aandelen in de dochter een vermogensbelang van de boedel dient en dit bij een goed beheer van de boedel past. In hun visie zal dus per geval moeten worden beoordeeld of en hoe de curator de rechten verbonden aan in de boedel vallende aandelen kan uitoefenen.<sup>43</sup> Schreurs meent dat, nu met

---

41. Vgl. Kemp/Renssen 2014, p. 202; Van Mierlo in zijn noot onder HR 29 april 2005, *JOR* 2005/146; Reumers 2020/5.2.1.

42. HR 19 december 2008, *NJ* 2009/220 (*Pannevis q.q./Air Holland*).

43. R.G. Roeffen en F.F.A. Smetsers. 'Heeft de curator van de moedervennootschap de niet failliete dochters aan een touwtje?' in P. W. Schreurs e.a. (red.), *De Curator en het*



het stemmen een vermogensbelang gediend kan zijn, het uitgangspunt is dat de curator het stemrecht op de in de boedel vallende aandelen kan uitoefenen en het aan het bestuur van de moeder is om aan te tonen wanneer dit niet het geval is.<sup>44</sup> Wessels is van mening dat het beheer in beginsel alle bevoegdheden omvat die op grond van de wet aan het aandeel (als vermogensbestanddeel) kleven en dat de vraag in hoeverre met de uitoefening daarvan een vermogensbelang wordt gediend niet doorslaggevend zou moeten zijn.<sup>45</sup> Van Schilfgaarde en Reumers menen dat niet teveel gewicht moet worden gehecht aan het criterium dat met de stemuitoefening een vermogensbelang moet worden gediend.<sup>46</sup>

Wij zijn geneigd de minder strikte c.q. beperkende interpretatie van deze arresten te volgen. In *Pannevis q.q./Air Holland* verwijst de Hoge Raad immers naar *De Haan Beheer/Hamm*, waarin hij overweegt dat niet kan worden uitgesloten dat met het uitoefenen van de enquêtebevoegdheid een vermogensbelang gediend kan zijn.<sup>47</sup> De Hoge Raad lijkt hier dan ook geen bijzondere, laat staan hoge drempel voor de bevoegdheid van de curator op te willen werpen. Daarnaast zal het al snel zo zijn dat met de uitoefening van aan de door de boedel gehouden aandelen verbonden rechten een vermogensbelang kan worden gediend.<sup>48</sup> Zo wordt de waarde van een aandeel mede (zo niet vaak voor een groot deel) bepaald door de daaraan verbonden ‘lidmaatschapsrechten’ zoals het stemrecht.<sup>49</sup> Zo ook met het instellen van een enquête op het niveau van de dochter, wat vaak gebruikt wordt als een opmaat naar het instellen van vorderingen tegen bij de dochter betrokkenen die, indien toegewezen, het vermogen van de gefailleerde (indirect) zullen vergroten.<sup>50</sup> Met Roeffen en Smetsers zijn wij het in ieder geval eens dat het zich moeilijk laat voorstellen dat het dienen van een vermogensrechtelijk belang van de boedel niet tevens bij een goed beheer daarvan zou passen.<sup>51</sup>

In het algemeen geldt natuurlijk dat de curator bij de uitoefening van de aan de aandelen verbonden rechten als beheerder daarvan in beginsel ‘zijn eigen

---

*Concern* (Insolad Jaarboek), Deventer: Wolters Kluwer 2017, 2017/6.4 (hierna: Roeffen/Smetsers 2017).

44. P.W. Schreurs, ‘De DGA-Curator’ in: *JB : Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.B. Huizink*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 477-488

45. Wessels *Insolventierecht* IV 2020/4339.

46. Van Schilfgaarde in zijn noot bij HR 19 december 2008, *NJ* 2009/220; Reumers 2020/5.2.1.

47. HR 19 mei 1999, *NJ* 1999/670, r.o. 4.2.1.

48. Anders Roeffen/Smetsers 2017, p. 141.

49. Vgl. P.H.N. Quist, *Conversie en aandelen* (VDHI nr. 149) 2018/2.1.

50. Vgl. Kemp/Renssen 2014, p. 201.

51. Roeffen/Smetsers 2017, p. 136.



belang' (lees: dat van de gezamenlijke schuldeisers van aandeelhouder) mag nastreven, maar daarbij wel begrensd wordt door art. 2:8 BW en art. 3:13 BW.<sup>52</sup>

#### **4. De curator als (rechtspersoon) bestuurder**

##### *4.1. Algemeen*

De bestuurstaak van de moeder vormt geen vermogensrecht en daarmee valt deze (in beginsel) niet onder de beheerstaak van de curator van de gefailleerde rechtspersoon-bestuurder.<sup>53</sup> Schreurs betoogt in dit verband dat de rechtspraak van de Hoge Raad in de lijn van De Haan q.q. ruim uitgelegd dient te worden: als een (feitelijke of rechts-)handeling een vermogensbelang kan dienen, komt de curator volgens hem een exclusieve beheersbevoegdheid toe en dus kan hij ook de bestuurstaak van de gefailleerde uitoefenen.<sup>54</sup> Hoewel wij de uitkomst onder omstandigheden – zeker bij fraudegevallen – wenselijk achten, zien wij in de (bewoordingen van de) genoemde arresten daarvoor geen ruimte. De Hoge Raad plaatst de (exclusieve) bevoegdheid tot uitoefening door de curator van (niet vermogens)rechten uitdrukkelijk in de sleutel van de in de boedel vallende vermogensrechten (aandelen) waaraan zij zijn verbonden en dat laatste is de bestuurstaak nu eenmaal juist niet. Dat door (op de door de curator gewenste wijze van) uitoefening van die bestuurstaak een vermogensbelang van de boedel kan worden gediend mag zo zijn, maar dat is onvoldoende om bestuursbevoegdheid van de curator op te baseren.

##### *4.2. Bestuur op dochterniveau*

Op het bestuur van de gefailleerde moeder rust dus (exclusief) de bestuurstaak van de (niet gefailleerde) dochter. Daarmee is een potentiële bron van conflicten gegeven, nu de (vennootschappelijke) belangen van de gefailleerde moeder, diens dochters en de door hen (gedeeltelijk) gezamenlijk gedreven (deel)ondernemingen uiteen kunnen lopen.<sup>55</sup> Het vennootschappelijk belang van de dochter loopt immers niet per se gelijk met dat van de moeder. Het vennootschappelijk belang van de dochter wordt weliswaar in het algemeen geacht voor een groot deel te worden vormgegeven door dat van het concern waar zij deel van uitmaakt en het

---

52. Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/30.

53. Vgl. o.m. Hof Arnhem 23 maart 2012, *JOR* 2013/203 (Hama Rent); M.L.H. Reumers, De Insolvente naamloze en besloten vennootschap 2020/6.1.

54. P.W. Schreurs, 'De DGA-Curator' in *JB: Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.B. Huizink*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 477-488.

55. Vgl. de casus die aan de arresten Hof Arnhem 23 maart 2012, *JOR* 2013/203 (Hama Rent) en Hof Den Bosch 11 december 2014, *JOR* 2015/95 (Crescendo) ten grondslag lagen.

bestuur van de dochter heeft zich in beginsel te schikken naar het concernbeleid, maar het bestuur van de dochter zal zich te allen tijde rekenschap moeten geven van het eigen vennootschappelijk belang van de dochter en de overige bij de dochter betrokken belangen.<sup>56</sup> Weliswaar wordt tijdens het faillissement van (slechts) de moedervernootschap de concernleiding (in ieder geval formeel) nog gevoerd door het bestuur van de moeder, maar buiten een scenario waarbij naar een akkoord wordt toegewerkt is de voorheen bestaande dynamiek binnen de door de groep gedreven concern-onderneming als gevolg van het faillissement van de moeder verstoord en komt de zelfstandige rechtspersoonlijkheid van de groepsvennootschappen meer naar de voorgrond.<sup>57</sup>

Om een patstelling ten aanzien van het op het dochterniveau te voeren beleid te doorbreken, kan de curator (in beginsel) het stemrecht op de aandelen in de dochter uitoefenen om de moeder als bestuurder (eerst te schorsen en vervolgens) te ontslaan en een ander te benoemen: een conflict over het te voeren beleid op het niveau van de dochter kan al snel geacht worden een vermogensbelang van de boedel te raken.<sup>58</sup> Het vinden van een kandidaat-bestuurder kan daarbij overigens ook nog voor hoofdbrekens zorgen. De curator kan uiteraard zichzelf of een kantoorgenoot tot bestuurder benoemen, maar dat kan gelet op potentiële belangenverstrengeling en (niet verzekerde) aansprakelijkheidsrisico's onder omstandigheden een minder ideale oplossing zijn.<sup>59</sup> Een alternatief voor vervanging van het bestuur zou kunnen zijn dat de curator (al dan niet na voorafgaande statutenwijziging van de dochter) gebruikmaakt van de instructiebevoegdheid van de algemene vergadering (art. 2:239 lid 4 BW). Zowel een statutenwijziging als een gegeven instructie lijken ons als een hierboven besproken beheersdaad gericht op een (boedel)vermogensbelang te kwalificeren. Het is vervolgens aan het bestuur om te stellen en zo nodig te bewijzen dat uitvoering van de instructie in strijd komt met het vennootschappelijk belang van de dochter.<sup>60</sup>

---

56. Zie onder meer: HR 26 oktober 2001 *JOR* 2002/2 (Juno); Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/2.2.III;

57. Vgl. Bartman & Dorresteyn/Olaerts, *Van het concern* 2020/11.6.

58. Vgl. Schuijling in zijn noot onder Hof Arnhem 23 maart 2012, *JOR* 2013/203 (Hama Rent) en Kemp/Renssen 2014.

59. Vgl. W.J.M. van Andel & M.E. ten Brinke, 'Wetgever, maak de curator slagvaardiger in concernverhoudingen!', *TvI* 2017/1; S.M. Bartman, 'Failliete moeder, onwillige dochter: for better and for worse? Reactie op W.J.M. van Andel en M.E. ten Brinke "Wetgever, maak de curator slagvaardiger in concernverhoudingen!"', *TvI* 2017/1', *TvI* 2017/33 (hierna: Bartman 2017).

60. Vgl. Bartman 2017, p. 206 e.v.

De totstandkoming van het vereiste aandeelhoudersbesluit via een algemene vergadering kan afhankelijk van de statutaire inrichting op het niveau van de dochter overigens aardig wat voeten in de aarde hebben, wat mede gelet op het bepaalde in art. 2:222 BW tot een vertraging van vele weken aanleiding kan geven. Als alle vergadergerechtigden daarmee instemmen, kan een besluit buiten vergadering op grond van art. 2:238 BW soelaas bieden.<sup>61</sup> Als de route van besluitvorming buiten vergadering niet openstaat en het besluit met grote spoed gepaard gaat, bijvoorbeeld omdat de indirecte bestuurder over dreigt te gaan tot bepaalde voor de boedel benadelende handelingen, dan staat voor de curator ‘als aandeelhouder’ de weg naar de voorzieningenrechter of de Ondernemingskamer open. Evengoed kan een bestuurder met een beroep op het vennootschappelijk belang van de dochter, de in acht te nemen redelijkheid en billijkheid of vormvoorschriften zich trachten te verzetten tegen (voorgenomen) besluitvorming door de curator door een enquêteverzoek in te dienen of een kort geding ahangig te maken en daarbij om onmiddellijke of voorlopige voorzieningen te verzoeken.

## 5. De curator en de ondernemingsraad

### 5.1. Inleiding

Sinds de YVC IJsselwerf-beschikking van de Hoge Raad kan worden aangenomen dat het besluit tot eigen aangifte faillissement geen adviesplichtig besluit in de zin van de WOR is.<sup>62</sup> Daartegenover staat dat de Hoge Raad met de DA-beschikking duidelijk heeft gemaakt dat het medezeggenschapsrecht van de ondernemingsraad in beginsel behouden blijft in faillissement en dat er zodoende ten aanzien van bepaalde onderwerpen adviesrecht bestaat voor de besluiten van de curator in zijn hoedanigheid van ‘ondernemer’ in de zin van de WOR. Gelet hierop en ook op de mogelijke ‘*revival*’ van de pre-packpraktijk als gevolg van het recente Heiploeg arrest, is het medezeggenschapsrecht in insolventie een ‘*hot topic*’.<sup>63</sup>

---

61. Ook al speelt hierbij de wettelijke c.q. statutaire oproepingstermijn geen rol, toch zal de curator de bestuurder een redelijke termijn (van in beginsel minimaal 8 dagen) moeten geven om ten aanzien van het voorgenomen besluit van diens (indirecte) raadgevende stem ex art. 2:227 lid 7 BW (en dat van de overige bestuurders en in het voorkomende geval ook die van de commissarissen) gebruik te kunnen maken. Vgl. E.S. de Bock, ‘De bijzondere positie van de bestuurder van de nv of bv’, in *Arbeidsrechtelijke Themata - Bijzondere arbeidsverhoudingen*, druk: 2 – 2017, par. 6.4.3.1.

62. HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477; *JAR* 2001/128; *JOR* 2001/146 (YVC IJsselwerf).

63. Hof van Justitie EU 28 april 2022, *ECLI:EU:C:2022:321 JOR* 2022/219 (FNV/Heiploeg).

5.2. *Het speelveld tussen curator en de ondernemingsraad tijdens het faillissement*

Afhankelijk van de omvang van het personeelsbestand van de door de gefailleerde gedreven onderneming, dient er een ondernemingsraad te zijn ingesteld.<sup>64</sup> Wanneer vanuit governance perspectief naar de ondernemingsraad wordt gekeken, dan is de conclusie dat hoewel de ondernemingsraad niet als orgaan van de vennootschap kwalificeert,<sup>65</sup> hij wel een aantal kenmerken bezit van een orgaan van de vennootschap.<sup>66</sup> De ondernemingsraad heeft immers invloed op het beleid en de besluitvorming van de vennootschap op grond van de hem toebedeelde rechten uit boek 2 BW en de WOR en moet zich daarnaast op grond van art. 2:8 BW gedragen jegens de ondernemer naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.<sup>67</sup>

Voor het beantwoorden van de vraag welke bevoegdheid de ondernemingsraad toekomt ten tijde van het faillissement, is het relevant dat de verplichtingen die voortvloeien uit de WOR rusten op de ondernemer. De ondernemer in de zin van de WOR wordt gedefinieerd als “de natuurlijke persoon of de rechtspersoon die een onderneming in stand houdt”.<sup>68</sup> Een onderneming in de zin van de WOR wordt gedefinieerd als “elk in de maatschappij als zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht”.<sup>69</sup>

De Hoge Raad heeft in de DA-beschikking duidelijkheid gegeven over de vraag in hoeverre de curator kan worden aangemerkt als ondernemer dan wel als bestuurder van een onderneming. De Ondernemingskamer oordeelde in eerste aanleg nog dat het medezeggenschapsrecht en het faillissementsrecht niet eenvoudig met elkaar te verenigen zijn en er in beginsel dus geen adviesrecht bestaat ten aanzien van een (voorgenomen) besluit van de curator.<sup>70</sup> In cassatie oordeelde de Hoge Raad echter dat de gevolgen van het faillissement niet zo-

---

64. Op grond van de WOR, is de ondernemer die een onderneming in stand houdt verplicht om een ondernemingsraad in te stellen indien er ten minste 50 personen werkzaam zijn (art. 2 lid 1 WOR). De ondernemer dient bepaalde voorgenomen besluiten aan deze ondernemingsraad voor te leggen (art. 25 WOR).

65. Art. 2:78a/189a BW.

66. Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood, *Van de BV en de NV 2022/74* (hierna: Van Schilfgaarde e.a. 2022).

67. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 26 november 1987 ECLI:NL:GHAMS:1987:AD0083 (*Ikon*).

68. Art. 1 lid 1 (d) WOR.

69. Art. 1 lid 1 (c) WOR.

70. Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2016, *ARO 2016/147 (DA)*.

danig zijn dat de WOR zich in algemene zin niet verdraagt met de toepasselijkheid van de Faillissementswet. De Hoge Raad geeft vervolgens antwoord op de vraag wanneer de curator kan worden gezien als een ondernemer die een onderneming in de zin van de WOR in stand houdt.<sup>71</sup> Hiervoor is volgens de Hoge Raad niet vereist dat de activiteiten van de onderneming worden voortgezet.<sup>72</sup> Bekeken moet steeds worden of er nog sprake is van een als “zelfstandige eenheid optredend organisatorisch verband waarin krachtens arbeidsovereenkomst of krachtens publiekrechtelijke aanstelling arbeid wordt verricht”.<sup>73</sup> De curator oefent tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en is volgens de Hoge Raad als zodanig op één lijn te stellen met de ondernemer in de zin van de WOR. Dit sluit niet uit dat hij ook aangemerkt kan worden als bestuurder, namelijk wanneer hij de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid. In deze hoedanigheden dient de curator ervoor te zorgen dat de voorschriften krachtens de WOR ook tijdens faillissement worden nageleefd.<sup>74</sup>

De Hoge Raad maakt een onderscheid tussen handelingen van de curator die erop gericht zijn de onderneming voort te zetten en handelingen gericht op liquidatie van de onderneming. In de literatuur is opgemerkt dat dit onderscheid in de praktijk lastig te maken is en nadere uitleg behoeft.<sup>75</sup> Dit onderscheid is overigens ook relevant in de discussie rondom de toepasselijkheid van de richtlijn overgang van onderneming (2001/23/EG) in de context van de Nederlandse pre-packpraktijk, nu uit het recente oordeel van het Europese Hof van Justitie inzake Heiploeg duidelijk wordt dat er ook sprake kan zijn van verkoop van activa in het kader van een doorstart met als oogmerk de liquidatie van de onderneming.<sup>76</sup> Verder oordeelde de Hoge Raad dat de curator de voorschriften uit de WOR dient na te leven, behalve ten aanzien van bepaalde handelingen die gericht zijn op liquidatie van het (ondernemings)vermogen. Zo ziet het adviesrecht in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen op voet van art. 176 Fw en op besluiten tot ontslag van werknemers op voet van art. 40 Fw,

71. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, *NJ* 2017/453 (*DA*), r.o. 3.3.3.

72. *Idem*, r.o. 3.3.6.

73. *Idem*, r.o. 3.3.2.; art. 1 lid 1 (c) WOR.

74. *Idem* r.o. 3.3.3.

75. Zie o.m. P.A.M. Witteveen & dr. I. Zaal, ‘Medezeggenschap in faillissement (ii) toch een adviesrecht voor de OR bij een doorstart’, *TAO* 2017/3; I Zaal, ‘Consultatiewetsvoorstel wet overgang van onderneming in faillissement: de rol van de OR’, *TvI* 2020/8; P. Hufman, ‘Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement’, *TvI* 2017/27, S.H.J. Hoogendoorn & G.R.R. Cederburg, ‘De toepassing van het adviesrecht bij een doorstart na faillissement’, *TAP* 2018/317; L. Ecker, ‘Verbetering van de positie van werknemers in faillissement’, *O&F* 2018/2, p. 74-88; Reumers 2020/3.6; B.I. Kraaijpoel & S. Jellinghaus, noot onder HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, *Ondernemingsrecht* 2017/121.

76. Hof van Justitie EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 *JOR* 2022/219 (*FNV/Heiploeg*).

ook niet als zodanige besluiten tot gevolg hebben dat de onderneming wordt beëindigd.<sup>77</sup> De belangen die worden beschermd met het adviesrecht van art. 25 WOR moeten in dat geval wijken voor de belangen van de schuldeisers bij een voortvarende en voor de boedel voordelige afwikkeling van het faillissement. Indien daarentegen de verkoop van de activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting of een doorstart van de onderneming, waarbij het vooruitzicht bestaat op behoud van arbeidsplaatsen, is het besluit wel adviesplichtig op grond van art. 25 lid 1 WOR.<sup>78</sup>

Tot slot oordeelde de Hoge Raad dat de voorschriften van de adviesprocedure op grond van de WOR niet in alle gevallen verenigbaar zijn met het faillissement, waardoor ze niet dan wel niet onverkort kunnen worden toegepast. Zo mag de curator afwijken van de formele vereisten die art. 25 WOR stelt ten aanzien van de advisering door de ondernemingsraad indien de omstandigheden dit vergen (bijvoorbeeld de opschorting van de uitvoering van het besluit ex art. 26 lid 6 WOR). De ondernemingsraad en de curator dienen zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR als zodanig jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.<sup>79</sup> Dit maakt het mogelijk voor de curator om enige vaart te houden in de afwikkeling van het faillissement, bijvoorbeeld door de termijn waarbinnen advies gegeven moet worden te beperken of door het buiten toepassing laten van de opschortingstermijn uit art. 25 WOR.<sup>80</sup>

Dan resteert nog de vraag wat het gevolg is indien de curator verzuimt advies aan de ondernemingsraad te vragen dan wel indien het advies van de ondernemingsraad ten onrechte niet door hem wordt opgevolgd. Op basis van art. 26 WOR en de rechtspraak<sup>81</sup> staat het de ondernemingsraad vrij om beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer indien er geen advies is gevraagd voor een adviesplichtig besluit, het besluit niet in overeenstemming met het advies is genomen, dan wel latere feiten en omstandigheden aanleiding zouden kunnen zijn geweest om het advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht. De Ondernemingskamer toetst in dat geval marginaal en beoordeelt of de ondernemer bij de afweging van de betrokken belangen in redelijkheid niet tot zijn besluit had kunnen komen.<sup>82</sup> In dit verband is opgemerkt dat de Ondernemingskamer niet

---

77. Naast het adviesrecht, betreft dit ook de informatieverplichtingen uit art. 31-31f WOR.

78. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, NJ 2017/453 (DA), r.o.3.3.4.

79. Idem, r.o.3.3.5.

80. Formele vereisten uit 25 lid 2, 4 en 6 WOR. Zie: Reumers 2020/3.6 en Barentsen in zijn noot onder de DA-beschikking: HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, NJ 2017/453.

81. Vgl. Hof Amsterdam (OK) 1 mei 1980, NJ 1981/271 (Lingziekenhuis).

82. Art. 26 lid 4 WOR.

snel geneigd zal zijn om dit beroep in faillissement te honoreren.<sup>83</sup> Zoals volgt uit de DA-beschikking, is er bovendien de mogelijkheid voor de curator om in bepaalde mate af te wijken van hetgeen in art. 25 WOR bepaald is, aangezien hij maar beperkte bewegingsruimte heeft en vaak snel moet beslissen.<sup>84</sup> De curator heeft dus tot op zekere hoogte vrijheid ten aanzien van de wijze waarop hij invulling geeft aan het adviestraject van art. 25 WOR. De gevolgen voor de curator bij het niet in acht nemen van het adviesrecht kunnen echter alsnog groot zijn: indien hierdoor schade is geleden, kan dit tot de vaststelling van zijn persoonlijke aansprakelijkheid leiden.<sup>85</sup> Daarentegen zullen de gevolgen voor derden (zoals de koper van de activa na een doorstart) beperkt zijn, aangezien de mogelijke voorziening van de Ondernemingskamer de rechten van derden niet kan aantasten.<sup>86</sup>

### 5.3. *Wetsontwikkelingen ondernemingsraad in faillissement: stand van zaken na Heiploeg*

Een gerelateerde ontwikkeling met betrekking tot de rechten van de werknemers bij faillissement betreft de uitspraken van het Europese Hof van Justitie over de overgang van arbeidsovereenkomsten wanneer een onderneming in faillissement wordt verkocht.<sup>87</sup> Recentelijk heeft het Europese Hof van Justitie zich in het Heiploeg-arrest (wederom) uitgelaten over de Nederlandse “pre-pack” doorstartpraktijk en de invulling van de gestelde voorwaarden uit het Smallsteps arrest.<sup>88</sup> Daarin oordeelde zij dat de Nederlandse pre-pack, waarbij een doorstart wordt voorbereid voorafgaande aan het faillissement, het in beginsel wel mogelijk maakt om aan het liquidatie oogmerk te voldoen van de uitzondering op de overgang van arbeidscontracten uit de richtlijn overgang van onderneming (2001/23/EG).<sup>89</sup> De pre-packregeling dient dan wel te zijn vastgelegd in wettelijke of bestuurlijke bepalingen. Met deze uitspraak wordt een opening geboden om de pre-packpraktijk nieuw leven in te blazen, hoewel de bal nu weer ligt bij de wetgever om de procedure een wettelijke basis te geven: de (consultatie)

83. Reumers, 2020/3.6; S.C.J.J. Kortmann, De positie van de vennootschapsorganen, de ondernemingsraad en de curator tijdens het faillissement, in: *Van vennootschappelijk belang*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988 (hierna: Kortmann 1988) p. 112; Kortmann 1993, p. 156-157.

84. Reumers 2020/3.6 en HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, *NJ* 2017/453 (DA), r.o. 3.3.5.

85. H.M.D. van Valkenburg & J.H.M. van de Wiel, ‘De faillissementscurator en vrijheid’, *MvV* 2020/7 en 8.

86. Art. 26 lid 5 WOR. Zie: Reumers 2020/3.6

87. HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, *JOR* 2017/217 (*FNV e.a./Smallsteps*); en Hof van Justitie EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*).

88. Hof van Justitie EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, *JOR* 2017/217 (*FNV e.a./Smallsteps*).

89. Hof van Justitie EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 *JOR* 2022/219 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 52-53.



wetsvoorstellen WCO I<sup>90</sup>, WOVOF<sup>91</sup> en de Novelle<sup>92</sup> waren in afwachting van de uitspraak inzake Heiploeg tijdelijk *on hold* gezet.

De WCO I en de WOVOF voorzien niet alleen in een wijziging van de regelgeving inzake overgang van onderneming, maar ook in een wijziging van de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad in faillissement op basis van de WOR en/of de Faillissementswet.<sup>93</sup> Ter volledigheid merken wij op dat er bij de invoering van de WHOA voor het eerst bepalingen zijn opgenomen in de Faillissementswet waarin aandacht wordt besteed aan de positie van de ondernemingsraad, echter zien deze bepalingen niet op de relatie tot de curator.<sup>94</sup>

Het consultatiewetsvoorstel WOVOF beoogt in grote lijnen de DA-beschikking van de Hoge Raad te codificeren.<sup>95</sup> Aan art. 25 WOR wordt een zevende lid toegevoegd dat de ondernemingsraad adviesrecht geeft over een besluit van de curator in het kader van de voortzetting van de onderneming<sup>96</sup> en/of een besluit tot overdracht van de (activa van de) onderneming. De ondernemingsraad krijgt hiertoe gelegenheid binnen een door de curator te stellen termijn, in ieder geval niet korter dan 3 dagen. Beroep bij de Ondernemingskamer wordt uitgesloten, maar in plaats daarvan staat er beroep open tegen de beslissing van de rechter-commissaris tot goedkeuring van adviesplichtige besluiten.<sup>97</sup> Daarnaast zijn bepaalde procedurele voorschriften uit de WOR niet van toepassing verklaard op

---

90. *Kamerstukken II* 2015-2016, 34 218. De WCO I is reeds aangenomen door de Tweede Kamer en ligt momenteel bij de Eerste Kamer.

91. *Kamerstukken I* 2018-2019, 34218.

92. Op 25 mei 2021 is tevens internetconsultatie gehouden voor een novelle van de WCO I, die beoogd het toepassingsbereik van de WCO I te beperken tot bedrijven met activiteiten waarmee het maatschappelijk belang is gediend, zoals ziekenhuizen. Zie via de volgende link: [https://www.internetconsultatie.nl/novelle\\_wet\\_continuiteit\\_ondernemingen\\_i](https://www.internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i). Aangezien dit (concept)wetsvoorstel niet ingaat op de positie van de ondernemingsraad, laten wij deze verder buiten beschouwing.

93. Zie o.m.: I Zaal, “Consultatiewetsvoorstel wet overgang van onderneming in faillissement: de rol van de OR”, *TvI* 2020/8.

94. Aangezien wij ons in dit artikel uitsluitend richten op de curator, laten wij een verdere bespreking hiervan achterwegen. Zie in dit kader o.m. L.C.J. Sprengers, “De rol van de ondernemingsraad bij insolventies”, *Ondernemingsrecht* 2021/124.

95. *Kamerstukken I* 2018-2019, 34218, nr. 3, p. 8. Zie ook: L.C.J. Sprengers, “De rol van de ondernemingsraad bij insolventies”, *Ondernemingsrecht* 2021/124.

96. Concept Memorie van Toelichting op de Wet overgang van onderneming in faillissement, d.d. 29 mei 2019, p. 8 impliceert dat er sprake is van een besluit in het kader van de voortzetting van een onderneming als de curator een besluit wilt nemen zoals bedoeld in art. 25 lid 1 WOR.

97. Art. 76 lid 4 BW nieuw (*Kamerstukken I* 2018-2019, 34218).



#### De taak van de curator binnen de vennootschappelijke orde

de situatie in faillissement.<sup>98</sup> Tot slot wordt een nieuw art. 31g WOR voorgesteld waarin is geregeld dat bij eigen aangifte tot faillietverklaring of aanvraag van surseance van betaling, deze ter informatie aan de ondernemingsraad gestuurd dient te worden.

Bij amendement van de WCO I is ook een voorstel met betrekking tot medezeggenschap van de ondernemingsraad in faillissement geïntroduceerd. Dit voorstel houdt in dat de rechtbank aan de aanstelling van een beoogd curator bij een pre-packprocedure de voorwaarden verbindt dat de ondernemingsraad wordt betrokken bij de stille voorbereidingsfase.<sup>99</sup> De wetgever overweegt in dit kader, gezien de YVC-IJsselwerf beschikking naar onze mening terecht, dat het besluit tot benoeming van een beoogd curator niet is onderworpen aan het adviesrecht van de ondernemingsraad.<sup>100</sup> De ondernemingsraad komt pas in beeld bij belangrijke beslissingen tijdens de stille voorbereidingsfase. Daarnaast wordt er een nieuwe bepaling voorgesteld: indien binnen 3 maanden voor het vonnis van faillietverklaring een beoogd curator is aangewezen, stelt de rechtbank een voorlopige commissie van schuldeisers in met een vertegenwoordiger vanuit de ondernemingsraad/personeelsvertegenwoordiging van de werknemers, die een adviserende rol heeft bij het effectueren van een eventuele doorstart.<sup>101</sup>

Welk (concept)wetsvoorstel uiteindelijk zal worden doorgevoerd, valt nog te bezien. Beide wetsvoorstellen geven in ieder geval inhoud aan de rol van de ondernemingsraad in (de voorfase van) faillissement. Er bestaat een risico van mogelijke samenloop indien beide worden ingevoerd: de WCO I verplicht de curator om de OR te betrekken bij de stille voorbereidingsfase, terwijl met de WOVOF het adviesrecht tijdens faillissement wordt ingevoerd. Dit heeft tot gevolg dat de ondernemingsraad mogelijk bij de stille voorbereidingsfase wordt betrokken en vervolgens, als het faillissement eenmaal daar is, nogmaals in staat wordt gesteld om advies te geven ten aanzien van diezelfde transactie. Hierdoor heeft de ondernemingsraad een zekere “dubbele medezeggenschap”. Zaal bepleit in dit kader dat een wijziging van de voorstellen wenselijk is om samenloop te voorkomen.<sup>102</sup>

---

98. Bijvoorbeeld art. 25 lid 6 WOR (de opschortingstermijn), art. 24 lid 2 WOR (de verschijningsplicht van commissarissen) en de beroepstermijn.

99. Art. 363 lid 4 Fw nieuw (*Kamerstukken II* 2014-2015, 34 218, nr. 9).

100. *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 218, nr. 3, p. 32. In zelfde zin: J.J.M. van Mierlo, “Ondernemingsraad en insolventie: een uitgemaakte zaak?”, *FIP* 2016/8.

101. *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 218: art. 74 lid 2 Fw (nieuw).

102. I Zaal, “Consultatiewetsvoorstel wet overgang van onderneming in faillissement: de rol van de OR”, *TvI* 2020/8.

## 6. De curator, de administratie en de jaarrekening

### 6.1. Inleiding

Buiten faillissement heeft het bestuur het beheer en de beschikking over het vermogen van de vennootschap. Het bestuur is ex art. 2:10 lid 1 BW verplicht een administratie te voeren waaruit de vermogenstoestand en de werkzaamheden blijken teneinde verantwoording af te leggen over dat beheer dient een jaarrekening te worden opgemaakt en gedeponeerd (art. 2:210 en 2:394 BW).

Zoals hiervoor is uiteengezet in paragraaf 2.1, valt het beheer over het vermogen na faillissement exclusief aan de curator toe, terwijl de vennootschap blijft voortbestaan. Dit roept vragen op over zowel de administratieplicht als over de plicht tot het opmaken en deponeren van de jaarrekening: op wie rusten deze verplichtingen tijdens het faillissement, de curator of het bestuur? Dient er onderscheid gemaakt te worden tussen de periode voorafgaand aan het faillissement en de periode daarna? Maakt het nog verschil of sprake is van een (partiele) voortzetting van de onderneming door de curator of van een liquidatie van de onderneming? Ten aanzien van deze vragen biedt de Faillissementswet geen uitsluitend en in de literatuur zijn de meningen verdeeld.

### 6.2. Administratieplicht art. 2:10 BW

Op grond van art. 2:10 BW is het bestuur van de vennootschap verplicht om een behoorlijke administratie te voeren zodat de rechten en verplichtingen van de vennootschap kunnen worden gekend. De Faillissementswet bevat geen bepaling over de invloed van het uitspreken van het faillissement op deze administratieplicht. Daardoor is het niet zonder meer duidelijk wat de gevolgen zijn van het faillissement op de administratieplicht.

In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat het bestuur tijdens het faillissement van de vennootschap niet meer gehouden is om een administratie te voeren overeenkomstig het bepaalde in art. 2:10 BW, omdat de vennootschapsorganen door de faillietverklaring het beheer en de beschikking over het vennootschapsvermogen verliezen aan de curator.<sup>103</sup> Aangezien het bestuur niet

---

103. Reumers 2020/4.8, C.M. Harmsen, 'Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort' (diss) (O&R nr. 115) 2019 (hierna: Harmsen 2019) p. 148 en 158, C.M. Van der Heijden, *Insolventie en rechtspersoon*, Deventer: Kluwer 1996, (hierna: Van der Heijden 1996) p. 162, Kortmann 1988, p. 106; Kortmann 1993, p. 127. Zie anderszins: H. Beckman, *Compendium voor de jaarrekening* (losbladig), par 2.1.8, aant 3, die betoogt dat er geen

## De taak van de curator binnen de vennootschappelijke orde

meer belast is met het beheer over het vermogen, rust op haar dan logischerwijs ook niet meer de verplichting om de vermogenstoestand van de vennootschap bij te houden. Daarnaast is in de literatuur de heersende opvatting dat de administratieplicht uit hoofde van art. 2:10 BW ook niet op de curator komt te rusten: de curator legt verantwoording af overeenkomstig de Faillissementswet<sup>104</sup>, en de civielrechtelijke administratieplicht is daarom niet op hem van toepassing.<sup>105</sup>

Hoewel de civielrechtelijke administratieplicht niet van toepassing is op de curator, zijn er wel verplichtingen opgenomen in de Faillissementswet die betrekking hebben op de door de curator te voeren administratie, specifiek over de verslagleggingeisen die de curator moet naleven. Zo dient de curator periodiek verslag uit te brengen over de stand van de boedel en dient dit verslag ter inzage te worden gelegd.<sup>106</sup> Daarnaast moet de curator rekening en verantwoording afleggen aan de rechter-commissaris in verschillende situaties, zoals na de verificatievergadering en over het gevoerde beheer over de boedel.<sup>107</sup> Hoewel de Faillissementswet niet regelt hoe de curator deze verplichtingen concreet moet invullen, zijn hiervoor wel instructies gegeven in de Recofa richtlijnen.<sup>108</sup> Zo verplichten de Recofa-richtlijnen de curator om bij ieder periodieke verslag (zoals hierboven beschreven) als bijlage een tussentijds financieel verslag te voegen (en bij het eindverslag een financieel eindverslag) waarin met betrekking tot de verslagperiode de inkomsten, uitgaven, rechten en plichten zijn opgenomen.<sup>109</sup> Voor het opstellen van de financiële verslagen bevatten de Recofa modelverslagen handvatten. Bovendien kan de rekening en verantwoording worden gecontroleerd door een accountant die op ieder moment kan worden aangewezen door de rechter-commissaris.<sup>110</sup> Bij de uitoefening van zijn functie dient de curator bovendien de Praktijkregels in acht te nemen.<sup>111</sup> Reumers bepleit in het licht van

---

sprake is van de ontbinding van de rechtspersoon, de administratieplicht en de jaarrekeningplicht op het bestuur van de vennootschap blijft rusten.

104. Art. 94-97 Fw, 73a Fw, 112-114 Fw, 180 Fw, 183 Fw en 162 Fw.

105. Reumers 2020/4.8, Van der Heijden 1996, 162, Harmsen 2019, p. 138, 148-149 en 158, Kortmann 1993, p. 127. Zie anders: Van der Heijden 1996, p. 168-169 en F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 (hierna: Verstijlen 1998), p. 139-140, die betogen dat art. 3:15i BW wel van toepassing is op de curator.

106. Art. 73a Fw.

107. Er wordt voorzien in verplichtingen voor de curator om verantwoording af te leggen aan de rechter-commissaris in de artikelen 73, 137, 137f, 162 en 193 Fw.

108. Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling, versie 21 april 2021 zie via de volgende link: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/recofa-richtlijnen-voor-faillissementen-en-surseances-van-betaling-2021.pdf>.

109. Art. 2.4 jo. 3.5 Recofa-richtlijnen, versie 21 april 2021.

110. Art. 3.5. Recofa-richtlijnen, versie 21 april 2021.

111. INSOLAD Praktijkregels voor curatoren, april 2019, hoofdstuk 10 (zie via de volgende link: [https://static.basenet.nl/cms/105928/website/2019\\_INSOLAD\\_Praktijkregels\\_april\\_2019.pdf](https://static.basenet.nl/cms/105928/website/2019_INSOLAD_Praktijkregels_april_2019.pdf)).

het voorgaande dat de norm die de curator bij zijn administratievoering in acht moet nemen in essentie vergelijkbaar is met die van art. 2:10 BW, behalve dat de verplichtingen zien op de faillissementsboedel, en niet op het vermogen van de failliet.<sup>112</sup> Hierbij past echter de kanttekening dat de Recofa Richtlijnen en de Praktijkregels uitdrukkelijk geen dwingend karakter hebben en dat hieraan geen rechtskracht kan worden ontleend.<sup>113</sup>

In de literatuur wordt ook wel verdedigd dat de civielrechtelijke administratieplicht wel van toepassing (zou moeten) zijn op de curator. Door Wessels is bepleit dat de ambtspositie van de curator rechtvaardigt dat hij de boekhoudplicht ex art. 2:10 BW jo. 3:15i BW nakomt, wat tevens de plicht tot het opmaken van de jaarrekening met zich kan brengen.<sup>114</sup> Van der Heijden betoogde, zij het geruime tijd geleden, dat indien de curator de onderneming tijdelijk voortzet, art. 3:15i BW van toepassing is. De curator zet in dat geval de onderneming voort en daarmee oefent hij een bedrijf of zelfstandig beroep uit.<sup>115</sup> Winter betoogt ook dat er een nuancering moet worden aangebracht voor de curator die een onderneming voortzet, maar wenst op dit punt de Faillissementswet te wijzigen.<sup>116</sup> Harmsen pleit in haar dissertatie in vergelijkbare zin voor een duidelijke afbakening in de Faillissementswet van bevoegdheden tussen bestuur en curator met betrekking tot de administratieplicht van art. 2:10 BW en 3:15i BW, zodat duidelijk wordt op wie de administratieplicht rust tijdens faillissement. Zij pleit er voor om tijdens faillissement aan te sluiten bij art. 3:15i BW, zodat de inhoud en structuur van de administratieplicht ook tijdens faillissement behouden blijven.<sup>117</sup> Reumers daarentegen acht de wijziging van de wet op dit punt onnodig, aangezien de curator bij het volgen van de Praktijkregels al aardig dicht in de buurt komt van een dergelijke administratieplicht.<sup>118</sup> Naar onze mening bieden de uiteenlopende opvattingen in de literatuur al voldoende grond voor wettelijke verduidelijking van de administratieplicht in faillissement. Dit kan bijvoorbeeld door aan de Recofa-richtlijnen een wettelijke basis te geven en/of door het op-

---

112. Reumers 2020/4.8.

113. Voorwoord INSOLAD praktijkregels, april 2019; Recofa richtlijnen par. 1.4, versie 15 april 2021.

114. Wessels 2020/4214 en Wessels 19994, p. 257.

115. Van der Heijden 1996 (hierna: Winter 1996), p. 163.

116. J.W. Winter, 'Curator, jaarrekening en voortzetting van het bedrijf', in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *De curator, een octopus*, Serie Onderneming en Recht, deel 6, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 46-47.

117. C.M. Harmsen 2019/6.5

118. Reumers 2020/4.8.

nemen van de administratieplicht in de Faillissementswet, vergelijkbaar met het voorstel van Harmsen in haar dissertatie.<sup>119</sup>

### 6.3. Jaarrekeningplicht art. 2:210 BW en art. 2:394 BW

Buiten faillissement is het bestuur verplicht om binnen 5 maanden na afloop van het boekjaar van de vennootschap een jaarrekening op te maken en deze voor de aandeelhouders ter inzage te leggen ten kantore van de vennootschap.<sup>120</sup> Na de vaststelling hiervan door de algemene vergadering, dient de jaarrekening vervolgens door het bestuur van de vennootschap in elk geval binnen 12 maanden na afloop van het boekjaar openbaar gemaakt te worden en ter inzage te worden gedeponereerd bij het handelsregister.<sup>121</sup> Kortheidshalve zullen wij de bovengenoemde verplichtingen die pre-faillissement rusten op het bestuur verder aanduiden als de “jaarrekeningplicht”.

Over de gevolgen voor de jaarrekeningplicht *in* faillissement biedt de wet geen duidelijkheid en ook in de literatuur en rechtspraak is geen sprake van een eensluidend oordeel hierover. Kortmann betoogt dat er in zijn geheel geen jaarrekeningplicht meer bestaat voor het bestuur in faillissement, omdat het bestuur het beheer en de beschikking heeft verloren over het vennootschapsvermogen.<sup>122</sup> De gangbare visie in de literatuur is dat dat de jaarrekeningplicht voor het afgelopen boekjaar voorafgaand aan het faillissement op het bestuur blijft rusten en dus geen taak van de curator is.<sup>123</sup> In faillissement komt het beheer geheel in de handen van de curator, die, zoals gezegd verantwoording aflegt overeenkomstig de Faillissementswet. De visie van Kortmann wordt echter door andere schrijvers wel onderschreven voor wat betreft het lopende boekjaar tijdens fail-

---

119. In principe binnen 8 dagen na vaststelling en in elk geval binnen 12 maanden na afloop boekjaar (2:394 lid 1 en lid 3 BW). Zie verder Harmsen 2019/H6.2- 6.5.

120. Art. 2:210 lid 1 BW. Behoudens verlenging van deze termijn met ten hoogste vijf maanden.

121. Art. 2:394 lid 1 jo. 3 BW.

122. Kortmann 1993, p. 127; Kortmann verwijst hierbij naar twee uitspraken van het Gerechtshof Amsterdam van respectievelijk 27 december 1979, ECLI:NL:GHAMS:1979:AC6771, *NJ* 1980, 581 (*Scholten Honig*) en 25 februari 1980, ECLI:NL:GHAMS1980:AC6827, *NJ* 1980, 467 (*Vulcaansoord*).

123. Zie o.m. Van der Heijden/Van der Grinten, ‘Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap’ (hierna: Van der Heijden/Van der Grinten 2013), 2013/327. Rechtbank Utrecht 9 januari 2002, *JOR* 2002/54; Rechtbank Arnhem 9 februari 2005, *JOR* 2005/114 m. nt. Harmsen; Wessels Insolventierecht nr. IV 2020/4214; Reumers 2020/4.9; Van Schilfgaarde e.a. 2022/112; Winter 1996, p. 46-47. Beckman, noot onder Besluit Minister van EZ 6 juli 2000, *Ondernemingsrecht* 2000/59 (Ceteco).

lissement en de eventueel opvolgende boekjaren.<sup>124</sup> Er kan immers niet van het bestuur worden verlangd dat het verantwoording aflegt over het vennootschapsvermogen waartoe het niet meer beheers- en beschikkingsbevoegd is.

Voor het bestuur kunnen praktische bezwaren in de weg staan aan het opmaken van de jaarrekening over het afgelopen boekjaar. Zo is de opstelling van de jaarrekening afhankelijk van de bereidheid van de curator om daarvoor middelen ter beschikking te stellen: van bestuurders kan immers niet worden verlangd dat zij hiervoor eigen middelen aanwenden.<sup>125</sup> Ook valt te denken aan de situatie dat het volledige bestuur is afgetreden of het bestuur de jaarrekening normaliter liet opstellen door functionarissen van de boekhoudafdeling of een externe accountant.<sup>126</sup> In dat geval zou er ontheffing voor het opstellen van de jaarrekening verzocht kunnen worden bij de Minister van Economische Zaken op grond van art. 2:210 lid 8 BW.<sup>127</sup> In het Ceteco-ontheffingsbesluit nam de Minister het verzoek van de bestuurders tot ontheffing voor het opmaken van de jaarrekening voor het lopende boekjaar tijdens de faillietverklaring niet in behandeling, gelet op het uitgesproken faillissement. Voor de voorgaande boekjaren bestond deze verplichting tot het opstellen van de jaarrekening in beginsel wel.<sup>128</sup> Uit dit besluit zou wat ons betreft kunnen worden afgeleid dat enkel voor het reeds afgelopen boekjaar een ontheffingsbeschikking nodig is, maar niet voor het opstellen van de jaarrekening over het lopende boekjaar tijdens faillissement en de opvolgende boekjaren.<sup>129</sup>

---

124. Zie o.m. Reumers 2020/4.9; Van Schilfgaarde e.a. 2022/112; Winter 1996, p. 46-47; Beckman, noot onder Besluit Minister van EZ 6 juli 2000, Ondernemingsrecht 2000/59 (Ceteco).

125. Zie o.m. Beckman TvI 2000, p. 14 en Beckman, Compendium voor de Jaarrekening, par 2.1.8.

126. M.L.H. Reumers, De Insolvente naamloze en besloten vennootschap (R&P nr. Ins15) 2020/4.8.

127. Besluit Minister van Economische Zaken 13 augustus 1997, *JOR* 1997/113, nt. Beckman: aan het bestuur van de NV van de Koninklijke Vliegtuigenfabriek Fokker ontheffing verleend nu aan het bestuur door de curatoren geen fondsen uit de boedel voor het opmaken van de jaarrekening beschikbaar werden gesteld; zie ook: Besluit Minister van Economische Zaken van 6 juli 2000 inzake ontheffingsverzoek Ceteco NV en Ceteco Finance B.V.: in dit besluit is geoordeeld dat de ontheffingsmogelijkheid ontheffingsmogelijkheid beperkt is tot de gevallen waarin om technische redenen geen jaarrekening kan worden opgemaakt waarmee een getrouw beeld kan worden gegeven van vermogen en resultaat van de onderneming.

128. Besluit Minister van Economische Zaken van 6 juli 2000 inzake ontheffingsverzoek Ceteco NV en Ceteco Finance B.V.

129. In dezelfde zin meent Reumers (2020/4.9) dat dit volgt uit het feit dat de het bestuur niet kan worden gehouden tot het afleggen van verantwoording over door de curator gevoerd beheer, ongeacht of de curator de onderneming voortzet of niet.

## De taak van de curator binnen de vennootschappelijke orde

Bij een faillissement dat op afwikkeling is gericht zien wij geen risico's verbonden aan het niet opstellen van de jaarrekening door het bestuur over het afgelopen boekjaar, aangezien derden hier in de regel geen belang bij zullen hebben omdat reeds een op afwikkeling gerichte rekening en verantwoording door de curator wordt verstrekt in de vorm van de openbare verslagen ex art. 73a Fw en de daarbij behorende financiële verslagen en eventuele andere soorten verslagen zoals uiteengezet in paragraaf 6.2.3.<sup>130</sup> Indien het opstellen van de jaarrekening voor het bestuur praktisch onmogelijk blijkt te zijn, dan mag in onze ogen worden verwacht dat er in ieder geval ontheffing zal worden verleend. Beckman betwist dat er in deze situatie überhaupt ontheffing vereist is, aangezien sprake is van overmacht van het bestuur.<sup>131</sup>

Naast het feit dat niet-tijdige deponering kan bijdragen aan het wettelijke bewijsvermoeden voor bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:248 lid 2 BW, levert de niet of niet tijdige deponering van de jaarrekening ook een economisch delict op.<sup>132</sup> Een dergelijk economisch delict wordt in de praktijk zelden vervolgd. Indien het opstellen van de jaarrekening over het afgelopen boekjaar praktisch onmogelijk blijkt te zijn voor het bestuur en stakeholders van de onderneming niet worden benadeeld door de niet- of niet tijdige deponering, menen wij dat vervolging ter zake van een economisch delict ook geenszins opportuun is.

Zoals in paragraaf 6.2.5 is uiteengezet, is de heersende opvatting in de literatuur dat de curator uitsluitend op basis van de Faillissementswet een verantwoordingsplicht heeft. Deze omvat niet de verplichting tot het opstellen van de jaarrekening.<sup>133</sup> Er zijn auteurs die van mening zijn dat deze verplichting wel bestaat wanneer de curator de onderneming van de vennootschap voortzet op basis van art. 3:15i BW.<sup>134</sup> In de praktijk zal er in dat geval immers nauwelijks verschil bestaan tussen voortzetting buiten of in faillissement. Wij zijn van oordeel dat een verplichting tot het opstellen van de jaarrekening voor de curator in faillissement niet wenselijk is, aangezien hij al vergelijkbare verantwoordingsverplichtingen heeft op basis van de Faillissementswet en de crediteuren daar dus ook geen baat bij zouden hebben. Wij achten het wel zinvol dat dat de verslagleggingseisen,

---

130. H. Beckman, 'Jaarrekeningplicht en gefailleerde Fokker (-vennootschappen)', *TvI* 2000 (hierna: Beckman, *TvI* 2000), p. 14-21.

131. H. Beckman, noot onder Besluit Minister van EZ 6 juli 2000, *Ondernemingsrecht* 2000/59 (Ceteco); Beckman, *TvI* 2000, p. 14, par. 3.

132. Art. 1 sub 4 van de Wet op de economische delicten jo. 2:394 lid 2 BW.

133. Reumers 2020/4.8, Van der Heijden 1996, 162, Harmsen 2019, p. 138, 148-149 en 158, Kortmann 1993, p. 127.

134. Van der Heijden 1996, p. 168-169 en Verstijlen 1998, p. 139-140.

inclusief die ten aanzien van de jaarrekening, worden vastgelegd in de Faillissementswet, zoals ook betoogd door Harmsen (zie paragraaf 6.2.5).<sup>135</sup>

## **7. Afsluitend**

Gelet op het voorgaande kan wat ons betreft geconcludeerd worden dat het vennootschapsrecht en het faillissementsrecht (nog steeds) niet naadloos op elkaar aansluiten, daar waar het de governance vanaf de faillissementsdatum betreft.

Het scheppen van een helder kader voor wat betreft administratie- en verslagleggingsverplichtingen zou een relatief eenvoudige klus voor de wetgever moeten zijn. Bij de uitoefening van bepaalde zeggenschaps- en beheersrechten schuurt de dogmatiek. De Hoge Raad zou diens rechtspraak voor wat betreft uitoefening daarvan bij gelegenheid kunnen aanscherpen. Het onder omstandigheden kunnen uitoefenen van de bestuurstaak van de gefailleerde door de curator zou de praktijk zeer dienstig kunnen zijn en kostbare doorbraakacties die ten laste van de schuldeisers komen onnodig maken.

---

135. Harmsen 2019/6.2.5.



# Crypto-assets, de curator en de vermogensbelangen van de boedel

MR. M.J.W. VAN INGEN, MR. W.J.G. SMITS, MR. M.A.R. NANNINGS<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Het afgelopen jaar ontstond onrust op de cryptomarkt door de val van diverse cryptobedrijven, zoals Terra, Celsius, FTX, BlockFi en Genesis. Daarmee groeit het belang van faillissementsrechtelijke vraagstukken met betrekking tot crypto-assets. Deze bijdrage beoogt inzicht te geven in bepaalde praktische en juridische aspecten van crypto-assets die relevant zijn voor de uitoefening van de taak van de curator. Daartoe gaat deze bijdrage onder meer in op het juridisch kader van crypto-assets onder de huidige en toekomstige regelgeving. Daarnaast komt de reikwijdte van het faillissementsbeslag en de inlichtingen- en medewerkingsplicht van (de bestuurder van) de failliet aan bod. Verder besteedt deze bijdrage aandacht aan de verschillende wijzen waarop de curator met crypto-assets in aanraking kan komen. Daarbij wordt een aantal praktische suggesties gedaan voor de uitoefening van de taak van de curator. Tot slot volgt een illustratie van recente ontwikkelingen waarbij cryptobedrijven in zwaar weer zijn komen te verkeren.

## 2. Huidige en toekomstige regelgeving crypto-assets

### 2.1. *Introductie crypto-assets*

Crypto-assets kunnen – afhankelijk van de wijze waarop zij zijn geprogrammeerd – uiteenlopende eigenschappen bezitten. Crypto-assets worden in de praktijk naar hun economische functie en doel onderscheiden in de volgende soorten: *utility tokens* met een gebruiksfunctie, *investment tokens* met een beleggingsfunctie en *payment tokens* – waaronder *stablecoins* – met een betaal-functie.<sup>2</sup> In de praktijk komen veel crypto-assets met een hybride karakter voor,

---

1. Mr. M.J.W. van Ingen, mr. W.J.G. Smits en mr. M.A.R. Nannings zijn advocaat bij Watson-law te 's-Hertogenbosch. Deze bijdrage is geschreven op persoonlijke titel. De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 3 februari 2023.

2. Zie nader over crypto-assets en de financieelrechtelijke kwalificatie daarvan: F. Annunziata, 'Speak, If You Can: What Are You? An Alternative Approach to the Qualification of Tokens

met kenmerken van meerdere soorten. Crypto-assets hebben als overkoepelend kenmerk dat zij binnen een bepaalde klasse van crypto-assets onderling inwisselbaar zijn. Hiermee wordt bedoeld dat crypto-assets binnen een bepaalde categorie onderling inwisselbaar (*fungible*) zijn.<sup>3</sup> Zo is bijvoorbeeld de ene bitcoin<sup>4</sup> inwisselbaar voor de andere bitcoin omdat daaraan dezelfde kenmerken zijn verbonden. Een bitcoin kan daarentegen niet voor een ether<sup>5</sup> worden ingewisseld omdat de kenmerken van deze crypto-assets verschillen. Daarentegen bestaan ook crypto-assets die niet onderling uitwisselbaar zijn, namelijk zogeheten *non-fungible tokens* (NFTs).<sup>6</sup>

Om de taak van de curator die crypto-assets aantreft te beschrijven is enige basiskennis over de werking daarvan noodzakelijk.<sup>7</sup> Crypto-assets vinden hun oorsprong in 2008, toen onder het pseudoniem Satoshi Nakamoto een white paper

---

and Initial Coin Offerings', *European Company and Financial Law Review* 2020, vol. 17, p. 136-137; G. Ferrarini & P. Giudici, 'Transferable Securities and the Scope of Prospectus Regulation: the Case of ICOs', in: D. Busch, G. Ferrarini & J.P. Franx (red.), *Prospectus Regulation and Prospectus Liability*, Oxford: Oxford University Press 2020, nr. 6.17-6.20; M.A.R. Nannings, 'Kwalificatie van crypto-assets als effect', *FR* 2019, afl. 12, p. 623-632; D. Boreiko, G. Ferrarini & P. Giudici, 'Blockchain Startups and Prospectus Regulation', *European Business Organization Law Review* 2019, vol. 20, p. 670-673; P. Maume & M. Fromberger, 'Regulation of Initial Coin Offerings: Reconciling U.S. and E.U. Securities Laws', *Chicago Journal of International Law* 2019, vol. 19, p. 558-560; A. Gurrea-Martínez & N. Remolina León, 'The Law and Finance of Initial Coin Offerings', in: C. Brummer (red.), *Cryptoassets. Legal, Regulatory, and Monetary Perspectives*, Oxford: Oxford University Press 2019, p. 119-121; P. Hacker & C. Thomale, 'Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law', *European Company and Financial Law Review* 2018, vol. 15, p. 652-653.

3. Vgl. het vereiste van 'standaardisatie' voor effecten: V.P.G. de Serière, *Asser 2-IV Effectenrecht. Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel IV. Effectenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 72; C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Deel II – Effecten-uitgevende instellingen*, Den Haag: Boom Juridisch 2022, nr. 111.
4. De term 'bitcoin' (met kleine letter 'b') verwijst naar de crypto-asset bitcoin, of afgekort als BTC. Bitcoin is de native crypto-asset van het blockchain protocol of netwerk van Bitcoin (met hoofdletter 'B').
5. De term 'ether' verwijst naar de crypto-asset ether of afgekort als ETH. Ether is de native crypto-asset van het blockchain protocol of netwerk van Ethereum.
6. Zie nader over NFT's: J. Doerga & J. Verstappen, 'Een doorgestoken token: non-fungible tokens en inbreuken op het auteursrecht', *IER* 2022/36, p. 301-309.
7. De navolgende omschrijving betreft slechts een versimpelde weergave van de werking van crypto-assets. Zie voor een meer gedetailleerde omschrijving onder meer de volgende standaardwerken: A.M. Antonopoulos & R. Pickhardt, *Mastering the Lightning Network*, Sebastopol: O'Reilly 2021; A.M. Antonopoulos & G. Wood, *Mastering Ethereum. Building Smart Contracts and DApps*, Sebastopol: O'Reilly 2018; A.M. Antonopoulos, *Mastering Bitcoin. Programming the open blockchain*, Sebastopol: O'Reilly 2017; I. Bashir, *Mastering Blockchain. Distributed ledgers, decentralization and smart contracts explained*, Birmingham:

getiteld ‘*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*’ werd gepubliceerd.<sup>8</sup> Dit white paper omschrijft de werking van een decentraal netwerk – Bitcoin – waarmee onderling betalingen kunnen worden verricht zonder tussenkomst van een centrale derde partij. Daarbij wordt een oplossing aangedragen voor het zogenoemde *double spending problem*: de potentiële fout waarbij dezelfde gelden meermalen worden uitgegeven. Deze oplossing is een technologie die bekend staat als de *distributed ledger technology* of blockchain. De blockchain kan worden omschreven als een gedistribueerde database waarin informatie wordt opgeslagen die wordt gebundeld in blokken die door geavanceerde cryptografie aan elkaar worden verbonden in een ketting.<sup>9</sup> Met ieder nieuw blok met informatie – waarin bijvoorbeeld bitcoin-transacties zijn vastgelegd – wordt een nieuw blok toegevoegd aan de bestaande ketting van blokken, waardoor deze ketting verder groeit.

Om een bitcoin-transactie te kunnen verrichten, is een cryptografisch sleutelpaar vereist. Een cryptografisch sleutelpaar bestaat uit een publieke sleutel (*public key*) en privésleutel (*private key*) die onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. De *public key* is een digitaal adres dat verwijst naar een registratie op de blockchain en de *private key* is een soort digitale handtekening waarmee transacties kunnen worden ondertekend. De *public key* zou gezien kunnen worden als een IBAN-nummer en de *private key* als de bijbehorende pincode.<sup>10</sup> Bij een bitcoin-transactie worden bitcoins van de ene *public key* naar de andere *public key* verzonden. De vermindering van het crypto-asset saldo van de ene *public key* en vermeerdering van het crypto-asset saldo van de andere *public key* wordt geregistreerd op de blockchain.

Bitcoin maakt hiervoor gebruik van een *unspent transaction output* (UTXO) model.<sup>11</sup> Volgens een UTXO-model bestaat de hoeveelheid bitcoin waarover een gebruiker beschikt uit het totaal van UTXOs dat is toegewezen aan zijn *public key*. Een UTXO ontstaat door de output van een transactie en kan op-

---

Packt 2017; A. Narayanan e.a., *Bitcoin and Cryptocurrency Technologies. A Comprehensive Introduction*, Princeton: Princeton University Press 2016.

8. Dit white paper is onder meer te raadplegen op de volgende website: [bitcoin.org](https://bitcoin.org).

9. Antonopoulos 2017, p. 195; Bashir 2017, p. 16-18.

10. R. Veil, ‘Blockchain and the Future of Financial Market Infrastructures’, in: J.H. Binder & P. Saguato, *Financial Market Infrastructures: Law and Regulation* (Oxford EU Financial Regulation), Oxford: Oxford University Press 2022, nr. 5.04; Antonopoulos 2017, p. 56.

11. Niet elke crypto-asset maakt gebruik van een UTXO-model. Zo maakt bijvoorbeeld Ethereum gebruik van een *account-based* model. Zie nader over het UTXO-model: J. Frankenfield, ‘UTXO Model: Definition, How It Works, and Goals’, *Investopedia* 15 april 2022, [investopedia.com](https://investopedia.com); R. Maitra, ‘What The Heck is UTXO’, *Medium* 25 april 2020, [medium.com](https://medium.com).

nieuw worden gebruikt als input voor een nieuwe transactie. Elke transactie op de blockchain heeft daarmee een input en output. De input betreft de UTXO(s) van de initiator van de transactie en de output betreft de UTXO(s) van de begunstigde van de transactie. Als bijvoorbeeld A 1 bitcoin heeft en 0,5 bitcoin aan B verstuurt, is de transactie als volgt. De input van de transactie bestaat uit een UTXO van 1 bitcoin die is toegewezen aan de *public key* van A. De output van de transactie bestaat uit een UTXO van 0,5 bitcoin die is toegewezen aan de *public key* van B en een UTXO van 0,5 bitcoin die is toegewezen aan de *public key* van A.

Alvorens een bitcoin-transactie onderdeel wordt van de blockchain, wordt deze eerst verspreid over het netwerk. Elke computer die is aangesloten op het netwerk verzamelt meerdere voorgestelde transacties in datablokken, om vervolgens voor elke transactie te verifiëren of deze geldig is ondertekend met de *private key*. Om een datablok daadwerkelijk bij te laten schrijven in de blockchain, moet een ingewikkelde cryptografische puzzel worden opgelost. Deze puzzel heeft ten doel te waarborgen dat enkel geldige transacties aan de blockchain worden toegevoegd. Het oplossen van deze puzzel wordt uitgevoerd door zogenoemde *miners*. Dit proces kost veel rekenkracht en daarmee energie en dus geld. Om die rekenkracht en energie aan te wenden, bevat het Bitcoin-netwerk een economische prikkel voor *miners* om de puzzel als eerste op te lossen. De *miner* die als eerst de oplossing voor de puzzel vindt, ontvangt een beloning bestaande uit een hoeveelheid nieuw uitgegeven bitcoin (*block reward*) en een transactievergoeding bestaande uit een vergoeding voor alle transacties in het datablok.<sup>12</sup>

---

12. De *block reward* betrof aanvankelijk 50 bitcoin en wordt na elke 210.000 blokken (ongeveer eens per 4 jaar) gehalveerd (dit proces staat bekend als de '*halving*'). De *block reward* was in 2012 gehalveerd naar 25 bitcoin, in 2016 naar 12,5 bitcoin, in 2020 naar 6,25 bitcoin en zal in 2024 halveren naar 3,125 bitcoin. Naar verwachting zal de *block reward* in het jaar 2140 nul bereiken. Op dat moment zal het maximale aantal beschikbare bitcoins zijn gecreëerd, namelijk 21 miljoen. Vanaf dat moment worden *miners* enkel beloond met een transactievergoeding. Een transactievergoeding ontstaat doordat de gebruiker die de transactie verricht ervoor kan kiezen om in de output van de transactie een waarde toe te kennen aan de *miner* die als eerst de puzzel oplost en dus het nieuwe datablok aan de blockchain toevoegt waarin de transactie is verwerkt. Zo kan A die 1 bitcoin heeft en 0,5 bitcoin naar B wil versturen de transactie als volgt vormgeven. De input van de transactie is een UTXO van 1 bitcoin die is toegewezen aan de *public key* van A. De output van de transactie bestaat uit een UTXO van 0,5 bitcoin die is toegewezen aan de *public key* van B, een UTXO van 0,4 bitcoin die is toegewezen aan de *public key* van A en een UTXO van 0,1 bitcoin die is toegewezen aan de *miner*. De transactievergoeding is volledig vrijwillig, maar het ligt in de lijn der verwachting dat naarmate de *block reward* door verloop van tijd afneemt en het aantal transacties per blok toeneemt, de transactievergoeding zal toenemen. Zie ook: Antonopoulos 2017, p. 214; Bashir 2017, p. 127; Narayanan e.a. 2016, p. 40.

Cryptografische sleutelparen die nodig zijn om crypto-assets te verzenden kunnen door gebruikers worden opgeslagen, aangehouden en aangewend door middel van een zogenoemde *wallet*.<sup>13</sup> Er bestaat een tweetal categorieën van *wallets*, namelijk een *custodial wallet* en een *non-custodial wallet* (ook wel aangeduid als *self-hosted wallet*).<sup>14</sup> Het verschil tussen deze categorieën is: de beschikking over de *private key*. Bij een *self-hosted wallet* beschikt in beginsel enkel de gebruiker over de *private key*. In geval van een dergelijke *wallet* heeft de gebruiker de volledige controle over zijn crypto-assets en is hij daarvoor niet afhankelijk van een derde. Bij een *custodial wallet* heeft daarentegen een derde, meestal een professionele dienstverlener, de beschikking over de *private key* van de gebruiker. Bij een dergelijke dienstverlener kan worden gedacht aan een handelsplatform waarop een gebruiker crypto-assets aanhoudt.<sup>15</sup> In dat geval is de gebruiker afhankelijk van de dienstverlener om over zijn crypto-assets te beschikken.<sup>16</sup>

Een *self-hosted wallet* kan de vorm hebben van software, zoals een applicatie op een pc of smartphone (*hot storage*), of een combinatie van hardware en software, zoals een *hardware wallet* van Ledger of Trezor (*cold storage*).<sup>17</sup> Bij een *hardware wallet* gaat het om een op een USB-stick gelijkende fysieke zaak waaraan specifieke software is verbonden waarmee via een extra beschermingsmechanisme toegang kan worden verkregen tot het cryptografisch sleutelpaar. Dit mechanisme biedt bescherming tegen het mogelijke verlies of onbruikbaar raken van de *private key*. Het verlies of onbruikbaar raken van de *private key* heeft een grote impact omdat de gebruiker daarmee de beschikking over zijn crypto-assets verliest. Zonder ondertekening met de *private key* kan immers geen crypto-asset van de ene naar de andere *public key* worden verzonden.

---

13. Voor zover een bepaalde crypto-asset gebruik maakt van het UTXO-model, laat de interface van de *wallet* doorgaans de totaalhoeveelheid van deze crypto-asset zien en dus niet de afzonderlijke UTXOs.

14. De term '*self-hosted wallet*' is gebaseerd op de term '*self-hosted address*', zoals gedefinieerd in art. 3 punt 18a TFR Revision (zie nader over TFR Revision: paragraaf 2.2 van deze bijdrage).

15. Onder de huidige en toekomstige regelgeving wordt een dergelijke dienstverlener aangeduid als een aanbieder van een bewaarportemonnee (zie definitie 'aanbieder van een bewaarportemonnee' in art. 1 lid 1 Wwft) of aanbieder van diensten ten behoeve van de bewaring en het beheer van crypto-assets namens derden (zie definities van 'bewaring en beheer van crypto-assets namens derden' in art. 3 lid 1 punt 10 MiCA).

16. Het aanbieden van diensten voor het beheren van een cryptografisch sleutelpaar voor cliënten geeft aanleiding voor de Wwft-registratieplicht op grond van art. 23b lid 2 Wwft. Zie ook definitie 'aanbieder van een bewaarportemonnee' in art. 1 lid 1 Wft. In de parlementaire geschiedenis zijn *non-custodial wallets* (*self-hosted wallets*) uitdrukkelijk uitgesloten van het Wwft-registratieregime, zie: *Kamerstukken II* 2018/19, 35245, nr. 3, p. 31.

17. Zie voor de Ledger: ledger.com. Zie voor Trezor: trezor.io.

Het verlies van een *private key* is niet ondenkbaar omdat het bestaat uit een keten van tekens die zodanig lang en complex is, dat geen mens dit kan onthouden. Het beschermingsmechanisme van een *hardware wallet* werkt doorgaans met een zogenaamde *seed*. De *seed* is een sequentie van woorden in een bepaalde volgorde waarmee de *private key* opnieuw kan worden gegenereerd. Deze sequentie van ‘menselijke’ woorden is gemakkelijker om te onthouden. Niettemin worden *seeds* doorgaans opgeschreven of anderszins opgeslagen om te voorkomen dat deze wordt verloren. Het zijn immers veel woorden in een specifieke volgorde. Hiervoor kan gebruik worden gemaakt van speciale dragers, zoals metalen platen van Cryptotag of Cryptosaver, waarin de woorden van de *seed* – al dan niet opgesplitst in meerdere afzonderlijke metalen platen – kunnen worden gegraveerd.<sup>18</sup> De minder professionele gebruiker zal zijn toevlucht sneller nemen tot papier.

## 2.2. *Huidige en toekomstige regelgeving crypto-assets*

Onder de huidige regelgeving zijn crypto-assets nog vrij beperkt gereguleerd. Er zijn echter diverse voorstellen voor nieuwe regulering gericht op crypto-assets aanhangig, waardoor dit in de toekomst zal veranderen. Voor de curator is enige basiskennis over deze regulering relevant voor een eventuele doorstart van een cryptobedrijf. Daarnaast zal het onder de nieuwe regelgeving gemakkelijker worden om te bepalen aan wie een bepaalde *public key* toebehoort. Bij wijze van introductie volgt een kort overzicht van de huidige en toekomstige regelgeving gericht op crypto-assets.

Met de implementatie van de *Fifth Anti Money Laundering Directive (AMLD5)*<sup>19</sup> in de Wet ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering (Wwft) op 21 mei 2020 werd de eerste specifiek op crypto-assets gerichte regelgeving geïntroduceerd. Deze regelgeving beoogt het tegengaan van (risico's op) witwassen en terrorismefinanciering. Onder de Wwft worden crypto-assets aangeduid met de term ‘virtuele valuta’. De term virtuele valuta bestaat op grond van de definitie uit een viertal elementen: “(1) een digitale weergave van waarde (2) die niet door een centrale bank of een overheid wordt uitgegeven of gegarandeerd, (3) die niet noodzakelijk aan een wettelijk vastgestelde valuta is gekoppeld en die niet de juridische status van valuta of geld heeft, maar die door natuurlijke

18. Zie voor Cryptotag: cryptotag.io. Zie voor Cryptosaver: cryptosaver.nl.

19. Richtlijn (EU) 2018/843 van 30 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU.

*personen of rechtspersonen als ruilmiddel wordt aanvaard en (4) die elektronisch kan worden overgedragen, opgeslagen en verhandeld”.*<sup>20</sup>

Met de implementatie van AMLD5 in de Wwft is de reikwijdte van de anti-witwasregelgeving uitgebreid naar aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en aanbieders van *custodial wallets*, welke in de Wwft worden aangeduid als bewaarportemonnees (aanbieders van cryptodiensten).<sup>21</sup> Aanbieders van cryptodiensten zijn gehouden zich te registreren bij de Nederlandsche Bank (DNB).<sup>22</sup> Daarnaast zijn zij onder meer gehouden tot het verrichten van cliëntenonderzoek en het melden van ongebruikelijke transacties.<sup>23</sup> De registratieplicht wordt in de praktijk ervaren als een verkapte (zij het een lichte) vergunningplicht.<sup>24</sup> Dit hangt samen met de verplichtingen waaraan aanbieders van cryptodiensten moeten voldoen ten behoeve van de registratie.<sup>25</sup>

De vraag of een crypto-asset naast de Wwft ook aan andere regels is onderworpen, moet worden beoordeeld aan de hand van de specifieke eigenschappen van de betreffende crypto-asset. Veruit de meeste crypto-assets zijn zodanig gestructureerd dat zij buiten de bestaande financieelrechtelijke regelgeving vallen. Voor zover een crypto-asset met kenmerken van een *investment token* kwalificeert als ‘financieel instrument’ als bedoeld in de *Markets in Financial Instruments Directive* (MiFID II),<sup>26</sup> valt deze onder de reikwijdte van diverse

- 
20. Art. 1 lid 1 Wwft (nummers toegevoegd). Zie nader over het begrip virtuele valuta: M. van Oosten & L.B.G. Hillen, ‘Regulering van virtuele valuta en cryptoactiva’, in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem & B. Bierens, red., *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer (Onderneming en recht nr. 131)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 9.3.3; A.A. Pasaribu, ‘Enkele opmerkingen over virtuele valuta in de zin van de gewijzigde vierde anti-witwasrichtlijn’, *S&O* 2019, afl. 5/6, p. 234-236.
  21. De term ‘aanbieder van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta’ is niet gedefinieerd in de Wwft of AMLD5. Zie hierover echter de aanbevelingen van AFM en DNB: AFM & DNB, *Crypto’s. Aanbevelingen voor een regelgevend kader*, december 2018, afm.nl, p. 11. De term ‘aanbieder van een bewaarportemonnee’ is gedefinieerd in art. 1 lid 1 Wwft. Zie nader over cryptodiensten: Oosten, van & Hillen, in: Beekhoven van den Boezem & Bierens, *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer (O&R nr. 131)* 2022/9.3.4-9.3.5.
  22. Art. 23b Wwft. Zie nader over de registratieplicht: Oosten, van & Hillen, in: Beekhoven van den Boezem & Bierens, *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer (O&R nr. 131)* 2022/9.3.2.
  23. Art. 3 lid 1 Wwft; art. 16 lid 1 Wwft.
  24. Oosten, van & Hillen, in: Beekhoven van den Boezem & Bierens, *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer (O&R nr. 131)* 2022/9.3.8.
  25. Zie nader over de registratievereisten: Oosten, van & Hillen, in: Beekhoven van den Boezem & Bierens, *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer (O&R nr. 131)* 2022/9.4.
  26. Richtlijn 2014/65 van 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU.



bestaande regelgeving voor onder meer beleggingsondernemingen.<sup>27</sup> Voor zover een crypto-asset met kenmerken van een *payment token* kwalificeert als ‘elektronisch geld’ als bedoeld in de *Second Electronic Money Directive* (EMD2),<sup>28</sup> valt deze onder de reikwijdte van bestaande regelgeving voor onder meer elektronisch geldinstellingen.<sup>29</sup>

Wat betreft toekomstige regelgeving zijn er diverse voorstellen voor regelgeving aanhangig die relevant zijn voor de cryptomarkt. Zo bevat het op 24 december 2020 geïntroduceerde Digital Finance Package de volgende voorstellen: *Markets in Crypto-Assets Regulation* (MiCA),<sup>30</sup> *Pilot Regime for Market Infrastructures*

- 
27. Onder het begrip ‘financieel instrument’ vallen op grond van de definitie in art. 4 lid 1 punt 15 MiFID II jo deel C bijlage I MiFID II de volgende hoofdcategorieën van financiële instrumenten: effecten (punt 1), geldmarktinstrumenten (punt 2), rechten van deelneming in instellingen voor collectieve belegging (punt 3), derivaten (punt 4 tot en met 10), en broekasemissierechten (punt 11). Zie nader over het begrip financieel instrument: C.M. Grundmann-van de Krol, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Deel IV Beleggingsondernemingen*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, nr. 141-157. Volgens onderzoek van de *European Securities and Markets Authority* (ESMA) zijn crypto-assets volgens *national competent authorities* (NCAs) onder bepaalde omstandigheden aan te merken als financiële instrumenten: ESMA, *Advice. Initial Coin Offerings and Crypto-Assets* (ESMA50-157-1391), 9 januari 2019, esma.europa.eu, nr. 82-89; ESMA, *Annex 1. Legal qualification of crypto-assets – survey to NCAs* (ESMA50-157-1384), 9 januari 2019, esma.europa.eu, Hoofdstuk 3 en 4.
28. Richtlijn 2009/110/EG van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG.
29. Het begrip ‘elektronisch geld’ is in art. 2 punt 2 EMD2 gedefinieerd als: “*elektronisch, met inbegrip van magnetisch, opgeslagen monetaire waarde vertegenwoordigd door een vordering op de uitgever, welke is uitgegeven in ruil voor ontvangen geld om betalingstransacties (...) te verrichten, en welke wordt aanvaard door een andere natuurlijke of rechtspersoon dan de uitgever van elektronisch geld*”. Zie nader over het begrip elektronisch geld o.m.: R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer (Recht en Praktijk nr. FR7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 1.2.13. Volgens de *European Banking Authority* (EBA) zijn crypto-assets onder bepaalde omstandigheden aan te merken als elektronisch geld: EBA, *Report with advice for the European Commission on crypto-assets*, 9 januari 2019, eba.europa.eu, nr. 23-24.
30. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende markten in cryptoactiva en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, COM(2020) 393 final. De meest recent gepubliceerde conceptversie van MiCA dateert van 5 oktober 2022 en is terug te vinden op de website van de Raad van de Europese Unie: Council of the European Union, *Information Note on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937 (MiCA) (2020/0265(COD), 13198/22, EF 293, ECOFIN 965, CODEC 1428)*, 5 oktober 2022, data.consilium.europa.eu.



Crypto-assets, de curator en de vermogensbelangen van de boedel

based on *Distributed Ledger Technology Regulation* (DLT Pilot Regulation),<sup>31</sup> *Digital Operational Resilience Act* (DORA)<sup>32</sup> en een richtlijn die diverse andere richtlijnen zal aanpassen (Amending Directive).<sup>33</sup> Daarnaast bevat het op 21 juli 2021 geïntroduceerde AML Package de volgende voorstellen: *Anti-Money Laundering Authority Regulation* (AMLA),<sup>34</sup> *Anti-Money Laundering Regulation* (AMLR),<sup>35</sup> *Anti-Money Laundering Directive 6* (AMLD6)<sup>36</sup> en *Transfer of Funds Regulation Revision* (TFR Revision).<sup>37</sup>

Het voorstel dat veruit de meeste impact op de cryptomarkt zal hebben, is MiCA. Onder MiCA is de term crypto-asset gedefinieerd als “*een digitale weer-*

- 
31. Verordening (EU) 2022/858 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2022 betreffende een proefregeling voor marktinfrastructuren op basis van distributed ledger-technologie, en tot wijziging van Verordeningen (EU) nr. 600/2014 en (EU) nr. 909/2014.
  32. Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende digitale operationele veerkracht voor de financiële sector en tot wijziging van Verordeningen (EG) nr. 1060/2009, (EU) nr. 648/2012, (EU) nr. 600/2014 en (EU) nr. 909/2014, COM(2020) 594 final. Op 10 november 2022 is de volgende tekst door het Europees Parlement aangenomen: European Parliament *Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 10 november 2022 over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende digitale operationele veerkracht van de financiële sector en tot wijziging van de Verordeningen (EG) nr. 1060/2009, (EU) nr. 648/2012, (EU) nr. 600/2014 en (EU) nr. 909/2014* (COM(2020)0595 – C9-0304/2020 – 2020/0266(COD)).
  33. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2006/43/EG, 2009/65/EG, 2009/138/EU, 2011/61/EU, EU/2013/36, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 en EU/2016/2341, COM(2020) 596 final. Op 10 november 2022 is de volgende tekst door het Europees Parlement aangenomen: European Parliament, *Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 10 november 2022 over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 2006/43/EG, 2009/65/EG, 2009/138/EG, 2011/61/EU, 2013/36/EU, 2014/65/EU, (EU) 2015/2366 en (EU) 2016/2341* (COM(2020)0596 – C9-0303/2020 – 2020/0268(COD)).
  34. Voorstel voor een verordening tot oprichting van de Autoriteit voor de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 1093/2010, (EU) nr. 1094/2010 en (EU) nr. 1095/2010, COM(2021) 421 final.
  35. Voorstel voor een verordening tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen of terrorismefinanciering, COM(2021) 420 final.
  36. Voorstel voor een richtlijn betreffende de mechanismen die lidstaten moeten invoeren om het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen en tot intrekking van Richtlijn (EU) 2015/849, COM(2021) 423 final.
  37. Voorstel betreffende bij overmakingen van geld en van bepaalde cryptoactiva te voegen informatie en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1781/2006 (herschikking), COM(2021) 422 final. De meest recent gepubliceerde conceptversie van TFR Revision dateert van 5 oktober 2022 en is terug te vinden op de website van de Raad van de Europese Unie: Council of the European Union, *Information Note on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on information accompanying transfers of funds and certain crypto-assets (recast)* (2021/0241 (COD), EF 294, ECOFIN 966, DROIPEN 136, ENFOPOL 487, CT 175, FISC 198, COTER 237, CODEC 1429), 5 oktober 2022, data.consilium.europa.eu.

*gave van waarde of rechten die elektronisch kan worden overgedragen en opgeslagen, met gebruikmaking van distributed ledger technology of vergelijkbare technologie*”.<sup>38</sup> De definitie is zodanig breed geformuleerd dat het als *catch-all* begrip vrijwel alle soorten crypto-assets omvat.<sup>39</sup> Deze crypto-assets vallen slechts onder de reikwijdte van MiCA voor zover zij niet (tevens) kwalificeren als financiële instrumenten, deposito’s, gelden, securitisatieposities of bepaalde levensverzekerings- en pensioenproducten.<sup>40</sup> Als een crypto-asset wél kwalificeert als een van de voornoemde producten, valt deze enkel onder de daarop toepasselijke bestaande regelgeving.

Anders dan het eerder genoemde onderscheid naar de economische functie en het doel van crypto-assets – *utility tokens*, *investment tokens* en *payment tokens* – maakt MiCA een onderscheid naar het *risico* dat bepaalde crypto-assets met zich meebrengen.<sup>41</sup> Zo maakt MiCA een onderscheid tussen enerzijds *asset-referenced tokens* (ARTs) en *electronic money tokens* (EMTs) – in de praktijk veelal aangeduid als *stablecoins* – en anderzijds crypto-assets niet zijnde ARTs of EMTs, waaronder *utility tokens*.<sup>42</sup> Elk van deze categorieën van crypto-assets is onder MiCA aan een afzonderlijk regime van vereisten onderworpen.

MiCA introduceert allereerst een vergunningplicht voor *crypto-asset service providers* (CASPs) en emittenten van ARTs en EMTs.<sup>43</sup> CASPs zijn aanbieders van bepaalde crypto-asset diensten, zoals diensten ten behoeve van het omwisselen van crypto-assets voor gelden en/of de bewaring en het beheer van crypto-assets namens derden.<sup>44</sup> Daarnaast introduceert MiCA een verplichting tot het publiceren van een white paper voor aanbiedingen van crypto-assets en de toelating van die crypto-assets tot de handel op een handelsplatform voor

---

38. Art. 3 lid 1 sub 2 MiCA.

39. Zie nader over de reikwijdte van de het begrip ‘crypto-assets’: T. Tomczak, ‘Crypto-assets and crypto-assets’ subcategories under MiCA Regulation’, *Capital Markets Law Journal* 2022, vol. 17, p. 365-382.

40. Art. 2 lid 3 MiCA.

41. Ovw. 9 considerans MiCA.

42. Zie de definities van ‘asset-referenced token’, ‘electronic money token’ en ‘utility token’ in respectievelijk art. 3 lid 1 punt 3, 4 en 5 MiCA.

43. Art. 53 lid 1 MiCA (CASPs); art. 15 lid 1 MiCA (emittenten ARTs); art. 43 lid 1 MiCA (emittenten EMTs).

44. Zie art. 3 lid 1 punt 8 en 9 MiCA voor de definities van ‘crypto-asset service provider’ en ‘crypto-asset service’. In het navolgende verwijst de term CASPs eveneens naar aanbieders van cryptodiensten onder de huidige op crypto-assets gerichte regelgeving onder de implementatie van AMLD5 in de Wwft.

crypto-assets.<sup>45</sup> Tot slot bevat MiCA een aantal bepalingen ter voorkoming van marktmisbruik.<sup>46</sup> Naar de huidige verwachting zullen de meeste bepalingen met ingang van het vierde kwartaal van 2024 van toepassing zijn.<sup>47</sup>

Onder toekomstige regelgeving komen de huidige bepalingen ter implementatie van AMLD5 in de Wwft te vervallen. AMLR kan wat betreft de materiële bepalingen worden gezien als de opvolger van AMLD5.<sup>48</sup> AMLR is een verordening en werkt daarom – anders dan AMLD5 – rechtstreeks. Onder deze nieuwe verordening worden meldingsplichtige instellingen onder meer uitgebreid met alle CASPs.<sup>49</sup> Met de inwerkingtreding van AMLR vervalt de huidige registratieplicht voor aanbieders van cryptodiensten. MiCA bevat vervolgens een verplichting voor CASPs – die vergunningplichtig zijn – om te voldoen aan de anti-witwasregelgeving.<sup>50</sup>

Nu de inwerkingtreding van MiCA en AMLR niet gelijktijdig zal plaatsvinden, is in TFR Revision – die wél gelijktijdig met MiCA in werking treedt – bepaald dat de huidige tekst in AMLD5 met betrekking tot de registratieplicht wordt vervangen door een andere tekst.<sup>51</sup> Daarmee komt de Wwft-registratieplicht met de inwerkingtreding van TFR Revision en MiCA dus te vervallen. Dit voorkomt dat CASPs aan een onevenredig zware regelgevingsdruk worden onderworpen door cumulatie van een MiCA-vergunning plicht en Wwft-registratieplicht.

---

45. Art. 4 lid 1 sub b jo art. 5, 7-8 MiCA (crypto-assets, niet zijnde ARTs en EMTs); art. 16 lid 2 sub i jo art. 17 MiCA (ARTs); art. 43 lid 1 sub c jo art. 46 MiCA (EMTs).

46. Art. 76 MiCA.

47. Recent heeft het Europees Parlement de stemming over MiCA uitgesteld tot de plenaire zitting van 17 april 2023. Naar huidige verwachting zal MiCA Q2 2023 in werking treden (de twintigste dag na die van bekendmaking van de finale tekst in het *PbEU*). De meeste verplichtingen zullen dan met ingang van Q4 van 2024 van toepassing zijn (18 maanden inwerkingtreding). De verplichtingen voor *asset-referenced tokens* en *e-money tokens* zullen reeds met ingang van Q2 van 2024 van toepassing zijn (12 maanden na inwerkingtreding). Zie hierover nader: art. 126 MiCA.

48. Daarnaast bevat AMLR enkele wijzigingen, zoals onder meer verduidelijking van vereisten inzake interne gedragslijnen, controlemaatregelen en procedures en cliëntenonderzoek (CDD), aanscherping van de vereisten inzake uiteindelijk begunstigden (UBOs) en een verbod op het aanvaarden van contante betalingen van meer dan € 10.000,- voor één enkele aankoop (met mogelijkheid voor lidstaten om lagere limieten te blijven toepassen).

49. Art. 3 lid 3 sub g AMLR.

50. Art. 61 lid 7 MiCA.

51. Art. 30b punt 8 en o.v. 44 TFR Revision. Op grond hiervan wordt art. 47 lid 1 AMLD5 gewijzigd.

### 2.3. Goederenrechtelijke kwalificatie crypto-assets

De hierboven besproken regelgeving is gebaseerd op Europese richtlijnen en verordeningen. De goederenrechtelijke kwalificatie van crypto-assets is daarentegen een nationale aangelegenheid.<sup>52</sup> Over de goederenrechtelijke kwalificatie van crypto-assets naar Nederlands recht bestaat veel onduidelijkheid. Goederen zijn immers op grond van art. 3:1 BW alle zaken en vermogensrechten. Zaken zijn op grond van art. 3:2 BW alle voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten. De vraag rijst of crypto-assets zijn aan te merken als goed. Ten aanzien van zaken loopt de kwalificatie stuk op het vereiste van stoffelijkheid nu crypto-assets zelf digitaal zijn en geen fysieke uitingsvorm hebben.<sup>53</sup> Een eventuele zaak die toegang tot de *private key* verschaft, zoals een *hardware wallet* of fysieke drager voor een *seed*, kan niet met crypto-assets worden vereenzelvigd. De crypto-asset vertegenwoordigt een bepaalde waarde en een zaak die toegang geeft tot de *private key* niet. In de literatuur is de discussie daarom hoofdzakelijk gericht op de vraag of crypto-assets zijn aan te merken als vermogensrechten.<sup>54</sup>

Vermogensrechten zijn op grond van art. 3:6 BW alle rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of ertoe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel. Deze eigenschappen zijn niet-limitatief en niet-cumulatief. Dit betekent dat zij slechts een indicatie geven van wat als vermogensrecht moet worden beschouwd.<sup>55</sup> Ver-

---

52. Volgens enkele auteurs vraagt de huidige onzekere goederenrechtelijke status van bitcoins om het invoeren van Europese regelgeving, zie: Schellekens e.a., *Blockchain en het recht. Een verkenning van de reguleringsbehoefte (WODC Rapport nr. 2815)*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2019, p. 39; D.T. van Loggerenberg, 'De onzekere zekerheid van crypto-activa', in: M.J. van Loopik, I.P. Palm-Steyerberg (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance (Bundel ter gelegenheid van het dertigjarig bestaan van de Vereniging voor Financieel Recht) (Serie Van der Heijden Instituut nr. 179)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 3.5.3.4.

53. Loggerenberg, van, in: Van Loopik & Palm-Steyerberg (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance (VDHI nr. 179) 2022/3.5.2*; V. Tweehuysen, 'Goederenrechtelijk puzzelen met bitcoins', *AA* 2018, afl. 7, p. 606; M.J.W. van Ingen & W.J.G. Smits, 'Beslag op bitcoin: (praktisch) onmogelijk?', *BER* 2018/45, p. 19; W. Weij & M.C. Landerbarthold, 'Ruis in de ether en de juridische kwalificatie(s) van cryptovaluta - Noot bij Rechtbank Midden-Nederland 7 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6646', *IR* 2018, afl. 2, p. 67.

54. Overigens is deze discussie voor een deel gericht op de crypto-asset bitcoin. Naar onze mening is dit eveneens relevant voor de kwalificatie van (vergelijkbare) crypto-assets. Dit geldt in het bijzonder voor crypto-assets die op een volledig gedecentraliseerde wijze ter beschikking worden gesteld en waarbij geen sprake is van een aanwijsbare emittent.

55. C.J. Van Zeben & J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981, p. 89-91.

mogensrechten zijn subjectieve rechten die worden onderscheiden in absoluut werkende en relatief werkende rechten.<sup>56</sup> Absolute vermogensrechten kunnen tegen eenieder worden ingeroepen en zijn bijvoorbeeld eigendomsrechten, daaruit afgeleide beperkte rechten, appartementsrechten en intellectuele eigendomsrechten.<sup>57</sup> Relatieve vermogensrechten kunnen daarentegen slechts tegen een of meer bepaalde personen worden ingeroepen en vloeien veelal voort uit overeenkomst of onrechtmatige daad.<sup>58</sup>

Hoewel de opsomming van vermogensrechten in art. 3:6 BW niet-limitatief is en geen uitdrukkelijk onderscheid maakt tussen absolute en relatieve vermogensrechten, geldt voor de subcategorie ‘zakelijke rechten’ wél een gesloten systeem: de *numerus clausus*.<sup>59</sup> Voor het bestaan van deze rechten – die naar hun aard altijd absolute vermogensrechten zijn – is een wettelijke grondslag vereist. Het is niet geheel duidelijk of de *numerus clausus* zich ook in het algemeen uitstrekt tot andere absolute vermogensrechten.<sup>60</sup> Niettemin acht een aantal auteurs het goederenrechtelijk stelsel voldoende open voor het erkennen van nieuwe absolute (niet-zakelijke) vermogensrechten.<sup>61</sup> Ook acht een aantal auteurs het mogelijk dat bitcoin kwalificeert als absoluut vermogensrecht.<sup>62</sup> Het is echter

---

56. S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 1.

57. *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/1*.

58. *Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/1*.

59. T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 113-115.

60. In de parlementaire geschiedenis worden absolute vermogensrechten in dit verband niet genoemd, zie: Struycken 2007, p. 112; Zeben, Du Pon & Olthof, *Parl. Gesch. BW Boek 3 1981*, p. 13-14.

61. Zo stellen Snijders en Bartels onder verwijzing naar het arrest *Quint/Te Poel* dat indien een recht in het systeem van de wet past en aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen, het bestaan van een vermogensrecht kan worden aangenomen, zie: W. Snijders, ‘Ongeregeldheden in het vermogensrecht (I)’, *WPNR* 2005/6607, p. 82; S.E. Bartels, ‘20 jaar Nieuw BW en het goederenrecht: er is in die tijd veel/weinig gebeurd’, *AA* afl. 6, p. 486. Verstijlen stelt dat naar gelang software – maar ook andere digitale producten – op gelijke wijze als (andere) goederen in het maatschappelijk verkeer functioneren, het (goederen)recht dat dient te faciliteren, zie: F.M.J. Verstijlen, ‘Goederenrecht 2.0?’, in: E. Koops e.a. (red.), *Digitaal privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 135-149.

62. Zo lijkt bitcoin volgens Dammers op giraal geld in de zin dat beide onstoffelijk en overdraagbaar zijn en ertoe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen. Bitcoin levert echter geen vordering op een bank op en heeft daarom meer weg van een absoluut vermogensrecht dan een relatief vermogensrecht, zie: W.F. Dammers, ‘Bitcoins een vreemde zaak? Noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4219’, *IR* 2016, afl. 3, p. 112. Rank meent dat bitcoin alleen als absoluut vermogensrecht in het systeem van het Nederlands vermogensrecht kan worden ingepast maar laat in het midden of dit systeem dat ook toelaat, zie: Rank, *AA* 2015, afl. 3, p. 183-185. Tweehuysen is het hiermee

de vraag of een crypto-asset wel een recht is.<sup>63</sup> Niet iedere crypto-asset geeft de houder daarvan een specifiek recht. Zo zijn de feitelijke en economische mogelijkheden die voortvloeien uit de beschikking over crypto-assets niet voor alle crypto-assets hetzelfde en is het bovendien maar zeer de vraag of deze mogelijkheden überhaupt een recht behelzen.

In de literatuur is de heersende opvatting dat bitcoin geen vorderingsrecht is.<sup>64</sup> Er is immers geen contractuele wederpartij die verplicht is iets te doen.<sup>65</sup> In het algemeen kan ten aanzien van crypto-assets worden gesteld dat er geen sprake is van een vorderingsrecht, indien de houder van de crypto-asset geen rechtsverhouding met een (centrale) wederpartij heeft. Dit is onder meer het geval indien de crypto-asset op volledig gedecentraliseerde wijze ter beschikking wordt gesteld en daarbij geen sprake is van een aanwijsbare emittent, zoals bijvoorbeeld bij bitcoin. Indien sprake is van een *stablecoin* of *utility token* ligt dit anders. Zo krijgen houders van ARTs en EMTs onder MiCA een claim of terugbetalingsrecht op de emittent.<sup>66</sup> In het geval van een *utility token* kan de houder met de gebruiksrechten die aan de crypto-asset zijn verbonden een vorderingsrecht hebben op de emittent.

---

eens en voegt eraan toe dat het goederenrechtelijk systeem de maatschappelijke functie van goederen dient te faciliteren en dat een absoluut vermogensrecht zonder wettelijke grondslag dus mogelijk moet zijn, zie: Tweehuysen, AA 2018, afl. 7, p. 607. Sniijders en Tonio zien overeenkomsten tussen bitcoin en zogenoemde barteringseenheden en achten het op grond daarvan verdedigbaar dat bitcoin is aan te merken als vermogensrecht, zie: J.L. Sniijders & Y.C. Tonino, 'Goederenrechtelijke status van bitcoin (kapitaalkracht)', *FIP* 2018/314, p. 55. Volgens Loggerenberg behoort bitcoin te kwalificeren als een absoluut vermogensrecht gelet op het feit dat bitcoin individualiseerbaar is en aan de macht van de mens kan worden onderworpen door het verkrijgen van exclusieve controle over de *private key*, zie: Loggerenberg, van, in: Van Loopik & Palm-Steyerberg (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance (VDHI nr. 179) 2022/3.5.3.4.*

63. Schellekens e.a., *Blockchain en het recht (WODC nr. 2815)* 2019, p. 38; Tweehuysen, AA 2018, afl. 7, p. 606; Ingen, van & Smits, *BER* 2018/45, p. 20; W.A.K. Rank, 'Betaling in bitcoins: geld of ruilmiddel, betaling of inbetalinggeving?', AA 2015, afl. 3, par. 5.2; W.A.K. Rank, 'Bitcoins: civielrechtelijke en toezichtrechtelijke aspecten', in: R.A. Wolf e.a., *Bitcoins: civielrechtelijke en fiscale aspecten in beeld*, Deventer: Kluwer 2015, p. 36.

64. Loggerenberg, van, in: Van Loopik & Palm-Steyerberg (red.), *The Twin Transition: Digital & Sustainable Finance (VDHI nr. 179) 2022/3.5.3.2*; Schellekens e.a., *Blockchain en het recht (WODC nr. 2815)* 2019, p. 38; Tweehuysen, AA 2018, afl. 7, p. 606; J.L. Sniijders & Y.C. Tonino, 'Goederenrechtelijke status van bitcoin (kapitaalkracht)', *FIP* 2018/314, p. 55. Anders: volgens De Graaf is sprake van een meerpartijenovereenkomst, zie: T. de Graaf, 'De kwalificatie van bitcoins', *NJB* 2019, afl. 1, p. 10.

65. Schellekens e.a., *Blockchain en het recht (WODC nr. 2815)* 2019, p. 28; Tweehuysen, AA 2018, afl. 7, p. 606.

66. Art. 35 lid 1 en 2 MiCA (ARTs); art. 44 lid 2 en 4 MiCA (EMTs).

In de lagere rechtspraak zijn er inmiddels enkele voorbeelden verschenen waarin de rechter heeft geoordeeld over de juridische status van bepaalde crypto-assets.<sup>67</sup> In 2014 oordeelde Rechtbank Overijssel dat bitcoin niet moet worden aangemerkt als geld in de zin van het BW, maar dient te worden gezien als ruilmiddel.<sup>68</sup> Dit vonnis is in 2016 door Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden bevestigd. Het hof zag echter geen reden om te onderzoeken of bitcoin als geld diende te worden beschouwd.<sup>69</sup> In 2017 ging Rechtbank Midden-Nederland in op de rechtsvraag of een dwangsom kan worden opgelegd in het geval van een recht op afgifte van ether.<sup>70</sup> Daartoe overweegt de rechtbank dat ether niet moet worden aangemerkt als geld. De rechtbank gaat er voorshands vanuit dat ether een goed is, zodat aan een veroordeling tot overmaken van ether een dwangsom kan worden verbonden.<sup>71</sup>

Naar onze mening kunnen er aan deze uitspraak niet al te veel conclusies worden verbonden ten aanzien van de kwalificatie van crypto-assets als goed. In feite is een recht op afgifte van ether een recht op voldoening van een verbintenis. De voldoening van een verbintenis – waarvoor geheel niet relevant is of die verbintenis strekt tot de afgifte van een goed – is een feitelijke handeling waarvoor een dwangsom kan worden opgelegd.<sup>72</sup> Voor beantwoording van voornoemde rechtsvraag is de kwalificatie van ether dus niet relevant. De kwalificatie door de rechtbank van ether als een goed lijkt daarom wat meer op een *obiter dictum*. Bovendien wordt niet toegelicht waarom de rechtbank er voorshands vanuit gaat

- 
67. De rechtspraak die in het navolgende aan bod komt betreft enkel civielrechtelijke jurisprudentie. Zie voor fiscale jurisprudentie waarin het HvJ EU in het kader van de BTW-richtlijn heeft geoordeeld dat bitcoin een contractueel betaalmiddel is: HvJ EU 22 oktober 2015, C-264/14, ECLI:EU:C:2015:718, V-N 2015/59.15 m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws (*Hedqvist*), punt 42. Zie voor strafrechtelijke jurisprudentie waarin de Hoge Raad oordeelt dat de diefstal van een virtueel amulet kan worden aangemerkt als dienstal van een goed als bedoeld in het Wetboek van Strafrecht: HR 31 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BQ9251, NJ 2012/536, m.nt. N. Keijzer (*Runescape*), r.o. 3.6.1.
68. Rb. Overijssel 14 mei 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:2667, JOR 2014/266 m.nt. B. Bierens, AA 2015, afl. 3, p. 177-185 m.nt. W.A.K. Rank (*Bitcoin is geen geld maar ruilmiddel*), r.o. 4.9.
69. Hof Arnhem-Leeuwarden 31 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4219, IR 2016, afl. 3, p. 110-112 m.nt. W.F. Dammers (*Bitcoin*), r.o. 4.7.
70. Indien ether als geld zou kwalificeren, had geen dwangsom kunnen worden opgelegd nu art. 611a lid 1 Rv bepaalt dat in het geval van veroordeling tot betaling van een geldsom geen dwangsom kan worden opgelegd. De afgifte van een goed leent zich daarentegen voor reële executie.
71. Rb. Midden-Nederland 7 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6646, IR 2018, afl. 2, p. 66-68 m.nt. W. Weij & M.C. Landerbarthold (*Mining Ether*), r.o. 4.6.
72. Art. 611a lid 1 Rv.



dat ether een goed is en welk soort goed het zou betreffen. Hierdoor roept de kwalificatie van ether als goed vooral verwarring op.<sup>73</sup>

Ten aanzien van het mogelijke soort goed heeft Rechtbank Amsterdam in 2018 een deel van deze verwarring weggenomen, door te oordelen dat een vordering tot betaling in bitcoin moet worden beschouwd als een vordering die bij een faillissement voor verificatie in aanmerking komt. Daartoe overwoog de rechtbank dat bitcoin kenmerken van een vermogensrecht vertoont, omdat het een waarde vertegenwoordigt en overdraagbaar is.<sup>74</sup> Deze argumentatie is naar onze mening onvoldoende concludent om aan te nemen dat bitcoin – of een andere crypto-asset – daadwerkelijk rechtens is aan te merken als vermogensrecht.<sup>75</sup> Bovendien laat de rechtbank in het midden wat voor een soort vermogensrecht het betreft. Het blijft dus onzeker of crypto-assets kwalificeren als absolute vermogensrechten.

Wie op grond van voornoemde uitspraak concludeert dat bitcoin een absoluut vermogensrecht is, gaat naar onze mening te kort door de bocht. De uitspraak is gedaan in het kader van een faillissementsprocedure. Het feit dat de rechtbank overwoog dat bitcoin kenmerken van een vermogensrecht vertoont, diende slechts ter beantwoording van de vraag of de vordering tot afgifte van bitcoin kon dienen als steunvordering bij een faillissementsaanvraag. Het enkele feit dat de rechter ter onderbouwing van het kwalificeren van de (steun)vorderingen overweegt dat bitcoin kenmerken van een vermogensrecht vertoont, maakt de uitspraak nog geen verklaring voor recht dat bitcoin een vermogensrecht is.

Een faillissement kan immers worden uitgesproken indien een schuldenaar is opgehouden te betalen.<sup>76</sup> Daarvan is reeds sprake als een schuldenaar niet voldoet aan een opeisbare verbintenis waarvan betaling/voldoening wordt gevorderd, terwijl de verplichting om te betalen niet afdoende betwist wordt.<sup>77</sup> Faillietverklaring vereist echter ook dat de schuldenaar meer dan één schuldeiser heeft. In de praktijk wordt dit ook wel uitgedrukt met de frase dat er een

---

73. Vgl. Weij & Landerbarthold, *IR* 2018, afl. 2, p. 68.

74. Rb. Amsterdam 14 februari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:869, *JOR* 2018/154 m.nt. B. Bierens (*Koinz Trading*).

75. Het bestaan van deze uitspraak laat volgens Tweehuysen wel zien dat rechters een stap durven te zetten naar de introductie van een nieuw vermogensrecht, zie: Tweehuysen, *AA* 2018, afl. 7, p. 607.

76. Art. 1 lid 1 Fw.

77. G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Heruitgave Van der Feltz I 1896 (Onderneming en Recht nr. 2-I) (PDF)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 49.



zogeheten steunvordering moet zijn.<sup>78</sup> Een faillissement heeft immers alleen zin als de curator het vermogen van de failliet tussen meerdere crediteuren moet verdelen. Als er slechts één schuldeiser is, heeft de curator niets te doen.

Om als steunvordering te kunnen dienen hoeft de vordering niet opeisbaar te zijn, de omvang hoeft niet vast te staan en de vordering hoeft geen betrekking te hebben op de betaling van een geldsom. Voldoende is dat het gaat om een vordering die ter verificatie in het faillissement kan worden ingediend, opdat de schuldeiser op de een of andere manier kan meedelen in de vereffening die in dat kader plaatsvindt.<sup>79</sup> De uitspraak past aldus in het systeem van de Faillissementswet, waarbij iedere vordering die strekt tot voldoening van een verbintenis uit de boedel ter verificatie kan worden ingediend op grond van art. 26 Fw, terwijl vorderingen die niet in geld zijn uitgedrukt op grond van art. 133 Fw worden geschat op hun waarde in geld.<sup>80</sup> Tegen deze achtergrond is het niet vreemd dat de rechtbank heeft geoordeeld dat een aanspraak op ‘betaling’ in bitcoin kan worden beschouwd als een vordering die als steunvordering kan dienen. Over de vermogensrechtelijke kwalificatie van bitcoin *an sich* zegt dat echter nog niet zo veel. De enige werkelijk relevante premisse die dus besloten ligt in de uitspraak is dat de bitcoin een tot de boedel behorend vermogensbelang is.

### 3. Het faillissementsbeslag en de inlichtingen- en medewerkingsplicht

#### 3.1. *Faillissementsbeslag*

Nu crypto-assets niet kwalificeren als zaak en vooralsnog veel onduidelijk is over de kwalificatie van crypto-assets als vermogensrecht, rijst de vraag of het vermogen belichaamd in crypto-assets wordt getroffen door het faillissementsbeslag als bedoeld in art. 20 Fw. Indien een failliet beschikt over vermogen belichaamd in crypto-assets, zijn deze crypto-assets in veel gevallen aange-

---

78. Zie nader over het pluraliteitsvereiste: B. Wessels, *Insolventierecht: Gevolgen van faillietverklaring (I)* (Wessels Insolventierecht nr. II), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 1188-1192c.

79. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 m.nt. Verstijlen (*Berzona*), r.o. 3.4.2.

80. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de wetgever reeds toen worstelde met de vraag waar wel en waar geen belangen van de boedel in het geding zijn. Bij de memorie van toelichting onder art. 25 wordt opgemerkt “*Immers ook van rechtsvorderingen, die niet rechtstreeks vermogensbelangen van den gefailleerde betreffen, zoals eene vordering tot echtscheiding, kan gezegd worden, dat daarbij de belangen des boedels zijn betrokken (...) Wanneer eene vordering geacht wordt in deze categorie te vallen vereischt geen nadere omschrijving. Het is eene quaestio facti, die in ieder voorkomend geval door den rechter moet worden beslist (...)*”, zie: Van der Feltz, *Van der Feltz-I* (O&R nr. 2-1) 2016, p. 372. Het omgekeerde is echter ook juist.

kocht door fiduciaire valuta – bijvoorbeeld euro's of dollars – om te wisselen in crypto-assets. Het lijkt daarom voor de hand te liggen dat de failliet kan worden gedwongen om aan de curator medewerking te verlenen om de crypto-assets weer om te wisselen voor fiduciaire valuta. Vervolgens valt de fiduciaire valuta in de faillissementsboedel.<sup>81</sup>

De faillietverklaring houdt een gerechtelijk beslag in op alle goederen van de failliet ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>82</sup> Daartoe bepaalt art. 20 Fw dat het faillissement het gehele vermogen van de failliet omvat. Het vermogen bestaat alleen uit die vermogensbestanddelen (activa) die te gelde kunnen worden gemaakt.<sup>83</sup> Voor tegeldemaking is niet vereist dat het desbetreffende vermogensbestanddeel overdraagbaar is of is aan te merken als vermogensrecht.<sup>84</sup> Deze vermogensbestanddelen die onder het vermogen van de failliet vallen, bestaan uit goederen en 'andere rechten'. De 'andere rechten' zijn rechten die soms wel, maar veelal niet onder het begrip vermogensrechten vallen, maar die wél te gelde kunnen worden gemaakt. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan bepaalde wilsrechten, zoals het uitoefenen van een optierecht.<sup>85</sup>

De strekking van het faillissementsbeslag is dat alle activa van de failliet – ook die waarop geen beslag mogelijk is – in de boedel vallen.<sup>86</sup> De wet kan daarop een uitzondering maken indien sprake is van hoogstpersoonlijke zaken of rechten.<sup>87</sup> Zo blijven onder meer zaken die de failliet redelijkerwijs niet kan missen buiten het faillissementsbeslag.<sup>88</sup> Auteursrechten zijn in sommige gevallen op grond van de wet niet vatbaar voor beslaglegging en vallen in die gevallen ook buiten het faillissementsbeslag.<sup>89</sup> Ook kan de aard van de zaak of het recht zich verzetten tegen de kwalificatie als boedelbestanddeel.<sup>90</sup>

De vraag rijst of crypto-assets in eigen beheer via een *self-hosted wallet* en crypto-assets in beheer bij een *custodian* via een *custodial wallet* in de boedel

---

81. Ingen, van & Smits, *TvCu* 2018, afl. 1, p. 16.

82. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2011.

83. De boedel bevat daarentegen zowel alle activa als passiva.

84. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2014.

85. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2014.

86. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2117.

87. Zie bijvoorbeeld art. 21 en 22a Fw. Zie nader: Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2120-2163a.

88. Art. 21 punt 1 Fw jo art. 447 nr. 1-3 Rv. Zie nader: Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2122.

89. Art. 21 punt 1 Fw. Zie nader: Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2124.

90. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2117.

vallen. Crypto-assets zijn naar onze mening aan te merken als een ‘ander recht’, namelijk een wilsrecht dat vergelijkbaar is met een optierecht.<sup>91</sup> Een houder van crypto-assets heeft immers de optie om de crypto-assets bij een CASP om te wisselen voor fiduciaire valuta. Daarmee worden vermogensbestanddelen verkregen die te gelde kunnen worden gemaakt. Derhalve behoren crypto-assets tot het vermogen van de failliet.

De wet zal doorgaans geen grond bieden om crypto-assets buiten de boedel te laten. Zo zijn crypto-assets geen zaak en zullen zij in zoverre niet door bijzondere verknochtheid aan de schuldenaar buiten de boedel moeten blijven. Bovendien zal op crypto-assets die niet betekenisvol te onderscheiden zijn van andere exemplaren van dezelfde soort – denk aan *utility tokens*, *investment tokens* en *payment tokens* – geen auteursrecht rusten. In het geval van NFTs zal per individueel geval moeten worden vastgesteld of sprake is van een auteursrecht en, zo ja, of het auteursrecht al dan niet vatbaar is voor beslag. In de meeste gevallen zijn NFTs ongeschikt als drager van auteursrechten op onderliggende objecten en zijn zij eveneens ongeschikt om zelf binnen de werkingssferen van het auteursrecht te vallen.<sup>92</sup>

### 3.2. Inlichtingen- en medewerkingsplicht

Met de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator<sup>93</sup> op 1 juli 2017 is de positie van de curator versterkt door de inlichtingen- en medewerkingsplicht van de failliet te verduidelijken en te versterken.<sup>94</sup> Op grond van de inlichtingenplicht is de failliet gehouden om zowel gevraagd als uit eigen beweging inlichtingen te verstrekken.<sup>95</sup> De inlichtingenplicht uit eigen beweging is vastgelegd in art. 105 lid 1 tweede volzin Fw en verplicht de failliet om de curator in te lichten over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang

---

91. In Wessels zijn crypto-assets opgenomen onder paragraaf II.14 over ‘Andere rechten dan goederen’, zie: Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (I) (Wessels Insolventierecht nr. II) 2019/2110a*.

92. Zie nader over de auteursrechtelijke kwalificatie van NFTs: J. Verstappen, ‘The future is meow. Een verkenning van vermogensrechtelijke en auteursrechtelijke kwalificaties van non-fungible crypto-tokens’, *AA* 2021, afl. 11, p. 984-985. Zie ook in het kader van het creëren van NFTs (*minting*): J. Doerga & J. Verstappen, ‘Een doorgestoken token: non-fungible tokens en inbreuken op het auteursrecht’, *IER* 2022/36, p. 303-304.

93. Wet versterking positie curator (*Stb.* 2017, 124).

94. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 4.

95. H.J. de Kloe & F. Ortiz Aldana, ‘Wet versterking positie curator: is de positie van de curator daadwerkelijk versterkt?’, *MvO* 2018, afl. 1/2, p. 50.

zijn.<sup>96</sup> De medewerkingsplicht is vastgelegd in art. 105a lid 1 Fw en verplicht de failliet om aan de curator medewerking te verlenen aan de vereffening van de boedel. Indien de failliet weigert om de inlichtingen- en medewerkingsplicht na te leven, kan de curator de rechtbank verzoeken de failliet in bewaring te stellen totdat hij deze plicht alsnog naleeft.<sup>97</sup> Indien de failliet zonder geldige reden wegblijft, weigert de vereiste inlichtingen te geven of opzettelijk onjuiste of onvolledige inlichtingen geeft, is hij bovendien strafbaar.<sup>98</sup>

De inlichtingenplicht wordt ruim uitgelegd, zolang de inlichtingen maar het faillissement betreffen.<sup>99</sup> Een voorbeeld van een omstandigheid die tot de inlichtingenplicht behoort, is een wijziging in het vermogen van de failliet.<sup>100</sup> De failliet dient de inlichtingen naar zijn beste vermogen te verschaffen.<sup>101</sup> Bij wijze van voorbeeld wordt verwezen naar een uitspraak van Rechtbank Den Haag uit 2019 waarin de rechtbank heeft geoordeeld dat de failliet was gehouden inlichtingen te verschaffen omtrent mogelijke buitenlandse activa.<sup>102</sup> Ten tijde van de inbewaringstelling vielen buitenlandse activa op grond van de wet nog niet onder het faillissementsbeslag.<sup>103</sup> Niettemin was de rechtbank van oordeel dat de failliet hierover inlichtingen moest verschaffen. Voorop staat immers dat de curator in staat moet zijn een goed beeld van het faillissement te krijgen en het stond vast dat de failliet in het buitenland had gewoond en daar zakelijke activiteiten had ontplooid.<sup>104</sup> Een Nederlands faillissement heeft dus territoriale werking maar het staat de curator vrij om verhaal te zoeken in het buitenland. Hij kan zich dus, met andere woorden, vermogensbelangen die niet rechtstreeks onder het faillissementsbeslag vallen, aantrekken.

---

96. Deze verplichting geldt op grond van art. 106 lid 1 Fw eveneens voor bestuurders en commissarissen.

97. Art. 87 Fw. Zie ook: B. Wessels, *Insolventierecht: Bestuur en beheer na faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. IV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 4404e. Ook bestuurders en commissarissen kunnen op grond van art. 106 lid 1 Fw in bewaring worden gesteld.

98. Art. 194 lid 1 Sr.

99. Wessels, *Wessels Insolventierecht IV 2020/4404d*, 4417; HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2997, *JOR* 2017/115, r.o. 3.3.2, 3.3.3.

100. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 17. Zie ook: Wessels, *Wessels Insolventierecht IV 2020/4404*.

101. Wessels, *Wessels Insolventierecht IV 2020/4419*.

102. Rb. Den Haag 19 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9931, *JOR* 2020/95 m.nt. M.J.W. van Ingen (*Vermogenspositie Frankrijk*), r.o. 3.4.

103. Dit werd aangenomen in de rechtspraak en is later buiten twijfel gesteld met inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator, waarbij dit is vastgelegd in het nieuw ingevoerde art. 105 lid 2 Fw.

104. Rb. Den Haag 19 december 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9931, *JOR* 2020/95 m.nt. M.J.W. van Ingen (*Vermogenspositie Frankrijk*), r.o. 3.4.

Dit illustreert dat inlichtingen zien op al het mogelijke vermogen van de failliet en mitsdien de vermogensbelangen die de boedel betreffen. Wanneer een failliet beschikt over crypto-assets, behoort dit tot het vermogensbelang van de failliet. Het verschaffen van inlichtingen over crypto-assets stelt de curator in staat om dit te gelde te maken ten gunste van de boedel. Wanneer de curator crypto-assets te gelde maakt, oefent hij daarmee het wilsrecht van de failliet uit door de crypto-assets om te wisselen voor fiduciaire valuta.

De medewerkingsplicht behelst onder meer het daadwerkelijk aan de curator ter beschikking stellen van de krachtens de inlichtingenplicht opgegeven boedelactiva.<sup>105</sup> Deze plicht houdt ook in dat de failliet verplicht is om de administratie – volledig en ongeschonden – terstond aan de curator af te dragen met inbegrip van de middelen om de inhoud binnen redelijke termijn leesbaar te maken.<sup>106</sup> De toelichting bij de wet verduidelijkt dat de failliet is gehouden om de curator onverwijld de hard- en software en eventuele wachtwoorden voor digitale accounts of encryptiesleutels ter beschikking te stellen, opdat de curator in staat wordt gesteld om de administratie daadwerkelijk onder zich te nemen en er toegang toe te verkrijgen.<sup>107</sup> Het voorgaande laat zien dat de failliet is gehouden alle inloggegevens te verschaffen die betrekking hebben op de boedelactiva. Toegepast op het geval dat een failliet beschikt over crypto-assets, betekent dit naar onze mening dat de failliet is gehouden de curator de inloggegevens te verschaffen van de *wallets* waarmee de failliet de crypto-assets beheert.

In het geval dat crypto-assets op een *custodial wallet* van een CASP staan, is de failliet gehouden om de wachtwoorden en eventuele aanvullende verificaties, zoals de middelen voor *two-factor authentication* (2FA), aan de curator te verstrekken. In het geval dat crypto-assets staan geregistreerd op een *self-hosted wallet* is de failliet gehouden het bijbehorend cryptografisch sleutelpaar – de *public key* en *private key* – te verstrekken. Indien de *self-hosted wallet* een *hardware wallet* met een *seed* betreft, is de failliet eveneens gehouden de fysieke *hardware wallet* en de (fysieke drager van de) *seed* te verstrekken. Met de *seed* kan de failliet via een nieuwe *hardware wallet* een nieuwe *private key* genereren en daarmee de beschikking over zijn vermogen belichaamd in crypto-assets hervatten. Zolang de failliet zelf nog exclusief beschikt over de *seed*, is de enkele afgifte van de fysieke *hardware wallet* dus betrekkelijk zinloos.<sup>108</sup>

---

105. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 20.

106. Art. 105a lid 2 Fw.

107. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 20.

108. Vgl. Ingen, van & Smits, *TvCu* 2018, afl. 1, p. 17.

De curator kan ook gebruik maken van de inlichtingenplicht voor derden. De inlichtingenplicht voor derden is vastgelegd in art. 105b lid 1 Fw en verplicht derden die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf op welke wijze dan ook de administratie van de failliet geheel of gedeeltelijk onder zich hebben, deze administratie en daartoe behorende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers desgevraagd aan de curator ter beschikking te stellen.<sup>109</sup> Hierbij gaat het nadrukkelijk om derden die voor de failliet boekhoudkundige en aanverwante diensten op commerciële basis verrichten, zoals accountantsorganisaties en een externe accountant.<sup>110</sup> De toelichting op de wet gaat niet in op de reikwijdte van ‘aanverwante diensten’.

Nu een CASP geen diensten verricht die vergelijkbaar zijn met boekhoudkundige diensten, is een CASP mogelijk niet onderhevig aan de inlichtingenplicht voor derden. Voor zover de failliet de inloggegevens van zijn account bij de CASP niet prijsgeeft, terwijl dat de enige plek is waar geadmistreerd staat welke crypto-assets de failliet heeft, is het denkbaar dat de curator op grond van art. 105b lid 1 Fw wel degelijk van de CASP kan verlangen dat deze hem rechtstreeks (buiten de failliet om) toegang tot het account van de failliet (en daarmee: de administratie van de failliet) verschaft.<sup>111</sup> Daarbij geldt echter de beperking dat de inlichtingenplicht voor derden op die voet enkel kan worden ingeroepen tegenover in Nederland gevestigde partijen.

Overigens kan de curator in potentie de rechten van de failliet – zoals het wilsrecht tot het omwisselen van crypto-assets voor fiduciaire valuta – uitoefenen op grond van art. 68 Fw. Zo zou de curator de CASP kunnen verzoeken de crypto-assets van de failliet om de wisselen voor fiduciaire valuta en vervolgens over te maken naar de boedelrekening. Ook zou de curator de CASP kunnen verzoeken om de crypto-assets over te maken naar een *wallet* beheerd door de curator, om deze op een later moment om te wisselen voor fiduciaire valuta en deze over te maken naar de boedelrekening.

Een dergelijk verzoek is gebruikelijk bij banken. Aan de bank vraagt de curator doorgaans niet enkel om de gelden van de failliet naar de boedelrekening over te maken maar ook om de bankafschriften over de afgelopen drie jaar te ver-

---

109. Zie nader over de inlichtingenplicht voor derden: Wessels, *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4421f.

110. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 21.

111. Zo bepaalt de toelichting op de wet dat het niet de bedoeling is dat de failliet zich aan zijn plicht tot overhandiging van de bedrijfsadministratie kan onttrekken met het argument dat die bij een derde is ondergebracht, zie: *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 21.

strekken. Zo heeft de curator buiten de inlichtingenplicht om andere mogelijkheden om bij een bank informatie af te dwingen, waaronder het inzagerecht van art. 843a en 843b Rv.<sup>112</sup> Tegen die achtergrond is het verdedigbaar dat de curator inzage wenst in de transactiehistorie van de failliet bij de CASP.

#### 4. De curator die in aanraking komt met crypto-assets

##### 4.1. Manieren waarop de curator met crypto-assets in aanraking kan komen

De curator kan op verschillende manieren in aanraking komen met crypto-assets. Indien de failliet een consument betreft, is het mogelijk dat de consument beschikt over crypto-assets als belegging. Indien de failliet een bedrijf betreft, is het enerzijds mogelijk dat het bedrijf crypto-assets op de balans heeft staan – zoals bijvoorbeeld *mining* bedrijven – en anderzijds dat sprake is van een (toekomstige) CASP. Ook is voorstelbaar dat een bedrijf haar diensten laat betalen in crypto-assets en op die voet over crypto-assets beschikt. Voor zover de failliet een CASP is en de curator de onderneming wil voortzetten, is van belang dat de curator ervoor zorgt dat de CASP voldoet aan de relevante vergunningvereisten zodra deze van toepassing zijn.

Hoewel de failliet op grond van de inlichtingen- en medewerkingsplicht is gehouden informatie te verstrekken over zijn vermogen belichaamd in crypto-assets en de inloggegevens van de *wallets* waarop de crypto-assets zijn geregistreerd, zal deze informatie voor de curator niet altijd bekend zijn. De curator kan echter wel zelfstandig bepaalde aanwijzingen vinden voor vermogen belichaamd in crypto-assets. In het geval van een bedrijf moeten de crypto-assets op de balans uit de jaarrekening blijken.

In het geval van een consument, kan de curator allereerst aanwijzingen vinden in de aangifte inkomstenbelasting van de failliet. Het is sinds 2013 verplicht om vermogen belichaamd in crypto-assets op te geven als bezitting in box 3 bij de aangifte inkomstenbelasting.<sup>113</sup> De curator kan deze informatie op grond van art. 43 AWR en art. 67.1 Leidraad Invordering 2008 opvragen bij de Belas-

---

112. Vgl. M.J.M. Franken, 'Tot welke informatie van de bank is de curator gerechtigd?', in: J.J. Reiziger & A. van der Schee, *De curator en informatie (Insolad Jaarboek 2013)*, Deventer: Kluwer 2013, p. 90-92, 100-107.

113. Afdeling 5.1 Wet IB. De website van de Belastingdienst bevat nadere informatie over de belasting van crypto-assets onder 'Cryptovaluta (zoals bitcoin)' en 'Overige bezittingen', zie: [belastingdienst.nl](http://belastingdienst.nl).



tingdienst.<sup>114</sup> Indien de bezittingen in box 3 crypto-assets bevatten, is dit een sterke aanwijzing dat de failliet ook op de faillissementsdatum over vermogen belichaamd in crypto-assets beschikt.

Daarnaast kan de curator bij het rechtmatigheidsonderzoek de rekeningafschriften van de failliet controleren op afschrijvingen naar de grootste Nederlandse en internationale CASPs.<sup>115</sup> Dergelijke afschrijvingen zijn een aanwijzing dat de failliet over crypto-assets beschikt. De curator zou vervolgens de CASPs die in de rekeningafschriften van de failliet voorkomen, kunnen aanschrijven om te informeren of de failliet inderdaad crypto-assets aanhoudt op een *custodial wallet* bij de betreffende CASP. Nu een CASP mogelijk niet onder de inlichtingenplicht voor derden valt, is de curator in eerste instantie afhankelijk van de welwillendheid van de CASP om mee te werken aan dit informatieverzoek.<sup>116</sup>

#### 4.2. *Verhouding failliet en CASP*

Een gebruiker kan verschillende aanspraken hebben op een CASP. Als de crypto-assets van een gebruiker worden beheerd via een *custodial wallet* bij een CASP, is de CASP juridisch eigenaar en heeft de gebruiker slechts een vordering op de CASP. Indien de gebruiker daarentegen bij de CASP gebruik kan maken van de mogelijkheid tot het verrichten van transacties in crypto-assets met geleend geld of crypto-assets (*margin trading*), heeft de gebruiker een wilsrecht tot afroep van enige kredietruimte. In dit laatste geval ontstaat pas een vordering van de gebruiker op de CASP indien de gebruiker zijn wilsrecht tot afroep van de kredietruimte uitoefent.

De rechtsverhouding tussen de gebruiker en de CASP is vergelijkbaar met die tussen een cliënt en de bank in geval van een rekening-courant of kredietovereenkomst. Zo is het aanhouden van crypto-assets via een *custodial wallet* bij

---

114. In het geval van een failliete onderneming geldt dit ook ten opzichte van bestuurders. Zo zien art. 67 AWR, art. 67 Invorderingswet 1990 en art. 36.2 en 67.2 Leidraad Invordering 2008 op gegevens met betrekking tot derden (waaronder bestuurders).

115. Hiervoor kan bijvoorbeeld worden gekeken naar het register van aanbieders van cryptodiensten op de website van DNB, onder 'Openbare registers' en vervolgens onder 'Register van aanbieders van cryptodiensten', zie: [dnb.nl](http://dnb.nl). Na de inwerkingtreding van MiCA kan hiervoor worden gekeken in een nog te introduceren register voor CASPs. Vooralnog is nog niet bekend bij welke toezichthouder welk (vergunning)register zal publiceren.

116. Naast de inlichtingenplicht van art. 105b lid 1 Fw zijn er wellicht andere mogelijkheden om bij een CASP informatie af te dwingen. Vgl. Franken die – vóór de introductie van art. 105b lid 1 Fw – diverse manieren beschrijft waarop banken tot afgifte van informatie kunnen worden gedwongen (dus buiten art. 105b lid 1 Fw om): Franken, in: Reiziger & Schee, van der, *Insolad Jaarboek 2013*, p. 104-107.



een CASP vergelijkbaar met een rekening-courantovereenkomst. Een rekening-courant is in beginsel een boekhoudkundige staat waarin de schulden en vorderingen die partijen over en weer op elkaar hebben, zijn overgenomen.<sup>117</sup> Een voorbeeld hiervan is een betaalrekening. In geval van een rekening-courant overeenkomst heeft de cliënt een vordering op de bank tot betaling van zijn rekening-courantsaldo. Een vorderingsrecht is een relatief vermogensrecht.

Een mogelijkheid om bij een CASP gebruik te maken van geleend geld of crypto-assets, is vergelijkbaar met een kredietovereenkomst. Een kredietovereenkomst is een overeenkomst waarbij de ene partij (kredietgever) zich verbindt om ten behoeve van haar wederpartij (kredietnemer) financiële bestedingsruimte te creëren in de vorm van een financiële faciliteit (krediet), en die wederpartij zich verbindt om die bestedingsruimte op een later tijdstip te vereffenen door de nakoming van een verbintenis tot betaling van een geldsom.<sup>118</sup> In geval van een kredietovereenkomst heeft de cliënt een wilsrecht om over enige kredietruimte te beschikken.<sup>119</sup> Zodra de cliënt dit wilsrecht uitoefent, ontstaat een vordering op de bank om de kredietruimte (metterdaad) te verstrekken. Het wilsrecht tot afroep van een stuk kredietruimte is geen relatief vermogensrecht. Het recht op de daadwerkelijke verstrekking van middelen uit de kredietruimte volgend op de uitoefening van het wilsrecht wél.

De rechtsverhouding verschilt echter ten aanzien van het faillissementsbeslag. Anders dan bij de rechtsverhouding met de bank, kan de curator in het geval van een rechtsverhouding met de CASP naar onze mening wel beschikken over het wilsrecht om crypto-assets om te wisselen in fiduciaire valuta. Het uitgangspunt dat bij een bank niet door de beslaglegger over de onbenutte kredietruimte kan worden beschikt is door de Hoger Raad aangenomen in het arrest *Van den Berg/Van der Walle*.<sup>120</sup> De aanspraak die de cliënt kan maken op de onbenutte kredietruimte is een wilsrecht dat de cliënt kan uitoefenen door betalingsopdrachten aan de bank te verstrekken. De Hoge Raad stelt ten aanzien van dit wilsrecht

---

117. F.H. Mijnsen & A.I.M. van Mierlo, *De rekening-courantverhouding (Monografieën Privaatrecht nr. 15)*, Deventer: Kluwer 2019, nr. 1.1.

118. J.W.A. Biemans & A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IA. Kredietovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 1.

119. Dit recht kan een zekere (vermogens)waarde vertegenwoordigen en is daarom aan te merken als vermogensrecht, zie punt 5 van de annotatie van Snijders bij HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, NJ 2006/203 m.nt. H.J. Snijders (*Van den Berg/Van der Walle*).

120. HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, NJ 2006/203 m.nt. H.J. Snijders (*Van den Berg/Van der Walle*).

vast dat moet worden aangenomen dat dit niet kan worden uitgeoefend door de beslaglegger.<sup>121</sup>

Dit uitgangspunt legitimeert de Hoge Raad op grond van de volgende redenering. Indien de bank op grond van het derdenbeslag, zodra dit in executoriale fase is geraakt, verplicht zou kunnen worden een bedrag ter hoogte van de onbenutte kredietruimte aan de beslaglegger te voldoen, zou daardoor tegelijkertijd een tegenvordering van de bank op de beslagene/cliënt ontstaan tot terugbetaling van dit bedrag. De bank mag deze tegenvordering vervolgens op grond van art. 6:130 lid 1 en 2 BW in verrekening brengen met de vordering van de beslaglegger tot afdracht van de onbenutte kredietruimte omdat deze tegenvordering uit dezelfde rechtsverhouding voortvloeit als de beslagen vordering. Uitoefening van het wilsrecht van de cliënt door de beslaglegger is derhalve niet op zinvolle wijze mogelijk. Het is overigens zeer wel denkbaar dat een bank een beding met de cliënt overeenkomt op grond waarvan derdenbeslag op een kredietrekening leidt tot blokkering of zelfs opzegging van de kredietfaciliteit door de bank. Daarbij moet worden opgemerkt dat de beslaglegger een zodanig beding moet respecteren omdat hij zich door het beslag niet meer rechten kan verwerven dan de beslagene had.<sup>122</sup>

Van een dergelijke legitimatie is echter geen sprake bij de uitoefening van het wilsrecht tot het omwisselen van crypto-assets voor fiduciaire valuta door de curator. Dit leidt er immers niet toe dat de boedel meer verkrijgt dan zij had. Het leidt er evenmin toe dat een schuld wordt ‘verlegd’ van de ene naar de andere crediteur. Juist onder deze omstandigheden is het naar onze mening verdedigbaar dat dit wilsrecht wel degelijk door de curator kan worden uitgeoefend.

#### 4.3. *Versturen van crypto-assets vóór faillissement*

Als de failliet voorafgaand aan het faillissement crypto-assets vanuit zijn *wallet* heeft verstuurd naar een *wallet* van een derde dan wel crypto-assets via een CASP heeft omgewisseld voor fiduciaire valuta en deze vervolgens heeft overgemaakt naar een bankrekening van een derde, kan sprake zijn van benadeling van schuldeisers doordat crypto-assets uit de toekomstige boedel worden onttrokken. De curator heeft dan het pauliana-beroep als bedoeld in art. 42 Fw

---

121. HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, NJ 2006/203 m.nt. H.J. Snijders (*Van den Berg/Van der Walle*), r.o. 3.6.

122. HR 29 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4504, NJ 2006/203 m.nt. H.J. Snijders (*Van den Berg/Van der Walle*), r.o. 3.6.

respectievelijk art. 47 Fw ter beschikking.<sup>123</sup> Er lijkt dan immers sprake te zijn van een rechtshandeling waarmee vooral het wilsrecht ten aanzien van de crypto-asset bij een ander is komen te rusten. Die rechtshandeling is in beginsel aan te tasten, maar het uitvoerig behandelen van een pauliana-beroep ten aanzien van crypto-assets gaat het bestek van deze bijdrage te buiten. Wat in het oog springt is vooral de praktische uitvoerbaarheid omdat de identiteit van de ontvanger niet eenvoudig uit hoofde van diens *public key* kan worden vastgesteld. Bij betwisting brengt dat al een procedurele horde met zich. Daarbij wordt er eenvoudigheidshalve ook vanuit gegaan dat de ontvanger zich ook bevindt in de Nederlandse rechts sfeer, maar gelet op het mondiale karakter van crypto-transacties is het zeer wel mogelijk dat internationale belemmeringen bij het pauliana-beroep een rol spelen.

Het pauliana-beroep is in ieder geval niet mogelijk indien de failliet crypto-assets of fiduciaire valuta heeft verzonden naar zijn eigen *wallet* of bankrekening. In dat geval is immers geen sprake van benadeling van schuldeisers.<sup>124</sup> Indien de failliet crypto-assets vanuit zijn *custodial wallet* overmaakt naar een *self-hosted wallet*, maakt de vordering van de failliet op de CASP plaats voor crypto-assets in eigen beheer. Indien de failliet fiduciaire valuta overmaakt van zijn account bij een CASP naar een eigen bankrekening, maakt de vordering van de failliet op de CASP plaats voor een vordering op de bank. In al die gevallen is van benadeling in beginsel geen sprake.<sup>125</sup> Overigens is het denkbaar dat crypto-assets worden overgemaakt naar een *wallet* waarvan niet bekend is of deze door de failliet of een derde wordt beheerd.

#### 4.4. *Versturen van crypto-assets na faillissement*

Als de failliet na de faillietverklaring crypto-assets vanuit zijn *wallet* verstuurt naar een *wallet* van een derde dan wel crypto-assets via een CASP omwisselt voor fiduciaire valuta en deze vervolgens overmaakt naar een bankrekening van een derde, was de failliet op grond van het fixatiebeginsel van art. 23 Fw beschikkingsonbevoegd om dit wilsrecht uit te oefenen.<sup>126</sup> Voor de vraag naar

---

123. Zie nader over het pauliana-beroep: B. Wessels, *Insolventierecht: Gevolgen van faillietverklaring (2)* (Wessels Insolventierecht nr. III), Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 3017-3128b.

124. Zie nader over het vereiste van benadeling van schuldeisers: Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (2)* (Wessels Insolventierecht nr. III) 2019/3077-3102b.

125. HR 3 oktober 1980, ECLI:NL:HR:1980:AB7498, NJ 1980/643 (*Imperial Fernseh/Waanders*), r.o. 4.

126. Zie nader over de beschikkingsonbevoegdheid na de faillietverklaring: Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1)* (Wessels Insolventierecht nr. II) 2019/2234-2244.

de juridische consequenties hiervan kan naar onze mening aansluiting worden gezocht bij de vaste jurisprudentie over girale betaling rondom de faillietverklaring.<sup>127</sup>

Indien de failliet vóór de faillietverklaring de CASP een opdracht heeft gegeven om crypto-assets dan wel fiduciaire valuta naar een derde te verzenden en de uitvoering daarvan na de faillietverklaring is voltooid, volgt uit de jurisprudentie dat het fixatiebeginsel van art. 23 Fw met zich brengt dat de curator de crypto-assets dan wel fiduciaire valuta kan terugvorderen van de begunstigde derde.<sup>128</sup> Voor zover de failliet zelf crypto-assets heeft verzonden vanuit een *self-hosted wallet* waarbij de transactie vóór de faillietverklaring is ondertekend maar na de faillietverklaring is voltooid, kan de curator de crypto-assets eveneens terugvorderen van de begunstigde derde. Nu de transacties op de blockchain relatief snel zijn afgewikkeld doordat geen sprake is van een tussenpersoon, zal deze situatie zich niet vaak voordoen.

Indien de failliet na de faillietverklaring de CASP een opdracht heeft gegeven om crypto-assets dan wel fiduciaire valuta naar een derde te verzenden en de uitvoering daarvan logischerwijs eveneens na de faillietverklaring is voltooid, volgt uit de jurisprudentie dat het fixatiebeginsel van art. 23 Fw met zich brengt dat rechtens geen sprake is van wijziging van het vermogen van de failliet.<sup>129</sup> De curator kan van de CASP de crypto-assets dan wel fiduciaire valuta verlangen

---

127. O.m.: HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, *NJ* 2015/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen & A.I.M. van Mierlo (*JPR/Gunning q.q.*), r.o. 3.5.2, 3.8.2, 3.10.2, 3.10.3, 3.11; HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, *NJ* 1990/1 m.nt. (*Vis q.q./NMB*), r.o. 3.2; HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, *JOR* 2022/136 m.nt. N.E.D. Faber (*RFH/Wittekamp q.q.*), r.o. 3.2.1, 3.2.2, 3.3.3; HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614, *NJ* 2012/421 m.nt. P. van Schilfgaarde (*ING/Manning q.q.*), r.o. 3.4, 3.5; HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, *NJ* 2006/503 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Huijzer q.q./Rabobank*), r.o. 3.3, 3.4. Zie voor een recent overzicht over girale betaling rondom de faillissementsdatum: W.A.K. Rank, 'Girale betaling en faillissement: wie betaalt de rekening?', *FR* 2023, afl. 1/2, p. 36-47; N.E.D. Faber, 'Girale betaling door de schuldenaar rondom de faillissementsdatum', *TvI* 2022/31, p. 206-216. Zie nader: Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2248-2249.

128. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:689, *NJ* 2015/264 m.nt. F.M.J. Verstijlen & A.I.M. van Mierlo (*JPR/Gunning q.q.*), r.o. 3.5.2, 3.8.2, 3.10.2, 3.10.3, 3.11; HR 31 maart 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0705, *NJ* 1990/1 m.nt. (*Vis q.q./NMB*), r.o. 3.2. Zie ook: Faber, *TvI* 2022/31, p. 210-213.

129. HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80, *JOR* 2022/136 m.nt. N.E.D. Faber (*RFH/Wittekamp q.q.*), r.o. 3.2.1, 3.2.2, 3.3.3; HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614, *NJ* 2012/421 m.nt. P. van Schilfgaarde (*ING/Manning q.q.*), r.o. 3.4, 3.5; HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, *NJ* 2006/503 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Huijzer q.q./Rabobank*), r.o. 3.3, 3.4. Zie ook: Faber, *TvI* 2022/31, p. 213-216.

conform het saldo zoals dat per faillissementsdatum bestond.<sup>130</sup> Het maakt geen verschil of de CASP die de opdracht heeft uitgevoerd al dan niet te goeder trouw was.<sup>131</sup>

Dit laatste is gebaseerd op rechtspraak over girale betalingen waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat het geen verschil maakt of de bank die na de faillietverklaring een betalingsopdracht heeft uitgevoerd, te goeder trouw was, c.q. of de betalingsopdracht heeft plaatsgevonden vóór dan wel na de faillietverklaring, c.q. het moment waarop de bank met de faillietverklaring bekend was of behoorde te zijn.<sup>132</sup> Overigens hebben verschillende auteurs hierop kritiek, onder meer inhoudende dat de Hoge Raad hiermee de bank ten onrechte een beroep op de bescherming van art. 52 Fw zou onthouden.<sup>133</sup> Ten aanzien van CASPs ligt het echter in de lijn der verwachting dat een rechter tot een oordeel zal komen dat aansluit bij voornoemde lijn van de Hoge Raad.

Voor zover de failliet na de faillietverklaring zelf crypto-assets heeft verzonden vanuit een *self-hosted wallet*, kan de curator geen verhaal halen bij een CASP. In dat geval is sprake van een situatie waarbij de jurisprudentie over girale betaling na faillissement geen oplossing biedt om de daadwerkelijke omvang van het vermogen van de boedel in overeenstemming te brengen met de omvang daarvan op grond van het fixatiebeginsel van art. 23 Fw.

---

130. Vervolgens komt de CASP die de opdracht heeft uitgevoerd een vordering toe jegens de begunstigde derde op grond van een tussen deze partijen bestaande overeenkomst dan wel – bij gebreke daarvan – op grond van ongerechtvaardigde verrijking als bedoeld in art. 6:212 BW. Zie: Faber, *TvI* 2022/31, p. 213, 215.

131. HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, *NJ* 2006/503 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Huijzer q.q./Rabobank*), r.o. 3.3, 3.4; HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614, *NJ* 2012/421 m.nt. P. van Schilfgaarde (*ING/Manning q.q.*), r.o. 3.4, 3.5. Zie ook: Faber, *TvI* 2022/31, p. 213-216.

132. HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, *NJ* 2006/503 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Huijzer q.q./Rabobank*), r.o. 3.3, 3.4; HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614, *NJ* 2012/421 m.nt. P. van Schilfgaarde (*ING/Manning q.q.*), r.o. 3.4, 3.5. Zie ook: Faber, *TvI* 2022/31, p. 213-216.

133. Zie voor de kritische auteurs o.m.: de annotaties van Faber bij HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0614, *JOR* 2012/236 m.nt. N.E.D. Faber (*ING/Manning q.q.*) en HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, *JOR* 2006/223 m.nt. N.E.D. Faber (*Huijzer q.q./Rabobank*); B.F.M. Vulto, 'Uitgaande girale betalingen tijdens faillissement. HR 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:80 (*RFH/Wittekamp q.q.*)', *TvI* 2022/18, p. 122-126; Faber, *TvI* 2022/31, p. 213-214. Zie nader over de bescherming van art. 52 Fw: Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring (1) (Wessels Insolventierecht nr. II)* 2019/2265-2269b.

#### 4.5. *Traceren van crypto-asset transacties*

Het is mogelijk dat de crypto-assets – voorafgaand aan dan wel na de faillietverklaring – vanaf de *custodial wallet* bij de CASP zijn overgemaakt naar een *self-hosted wallet*.<sup>134</sup> Het zal niet altijd duidelijk zijn of de betreffende *self-hosted wallet* aan de failliet toebehoort. Sommige CASPs vragen de gebruiker bij het versturen van crypto-assets naar een *self-hosted wallet* om te bevestigen dat deze *wallet* aan de gebruiker toebehoort.<sup>135</sup> Een dergelijke bevestiging is een aanwijzing dat crypto-assets zijn geregistreerd op een *self-hosted wallet* die aan de failliet toebehoort. Ook hier is het denkbaar dat de failliet vanuit deze *self-hosted wallet* crypto-assets heeft overgemaakt naar een andere *wallet* die aan hemzelf of aan een andere partij toebehoort.

De curator kan deze transactiestromen traceren als hij over de *public key* of *private key* van de *wallet* beschikt. Met de *public key* kan hij de registratie op de blockchain direct traceren. Voor zover de curator enkel beschikt over de *private key* kan hij daaruit de *public key* genereren.<sup>136</sup> Voor zover de curator niet beschikt over de *private key*, is hij voor de *public key* afhankelijk van de naleving van de informatie- en medewerkingsplicht door de failliet of – indien crypto-assets staan geregistreerd op een *custodial wallet* bij een CASP – van de (vrijwillige dan wel mogelijk op grond van art. 105b lid 1 Fw dan wel op grond van art. 843a of 843b Rv verplichte) medewerking van de CASP. Indien de failliet noch een eventuele CASP hierover informatie verstrekt dan wel medewerking verleent, zijn de transactiestromen voor de curator zeer lastig te traceren. Indien de curator beschikt over de *public key* kan hij de transactiestromen traceren via websites die alle transacties op een specifieke blockchain inzichtelijk maken, zoals Blockexplorer.<sup>137</sup> Eventueel kan de curator voor het traceren van transacties gebruik maken van transactiemonitoring tools, zoals Chainalysis.<sup>138</sup>

Onder TFR Revision worden traceerbaarheidsmaatregelen getroffen ten aanzien van overmakingen van crypto-assets. Dit betekent dat CASPs moeten voldoen aan algemene traceerbaarheidsmaatregelen voor overmakingen van crypto-assets en specifieke traceerbaarheidsmaatregelen in het kader van overmakingen van en naar *self-hosted wallets*. Op grond van deze traceerbaarheidsmaatregelen

---

134. De term *self hosted wallet* wordt in de praktijk ook aangeduid als *non-custodial wallet*.

135. Onder TFR Revision wordt het voor CASP's verplicht om traceerbaarheidsmaatregelen te treffen ten aanzien van overmakingen in crypto-assets.

136. Antonopoulos 2017, p. 56.

137. Zie: [blockstream.info](http://blockstream.info).

138. Zie: [go.chainalysis.com](http://go.chainalysis.com).

moet bepaalde informatie worden verzameld en vastgelegd over de initiator en de begunstigde van de transactie.<sup>139</sup> Indien crypto-assets worden overgemaakt naar een *self-hosted wallet*, is de CASP gehouden om voornoemde informatie te verzamelen en bewaren, te controleren op juistheid, op verzoek beschikbaar te stellen aan toezichthouders en om ervoor te zorgen dat de overdracht van crypto-assets individueel kan worden geïdentificeerd.<sup>140</sup> De implementatie van TFR Revision zal het in de toekomst voor curatoren gemakkelijker maken om transactiestromen te traceren.

## 5. Recente ontwikkelingen omgevallen cryptobedrijven

Het afgelopen jaar zijn diverse cryptobedrijven in zwaar weer komen te verkeren, waaronder een van de grootste cryptobeurzen, FTX. Medio 2022 ontstonden er problemen bij FTX en het gelieerde handelshuis Alameda Research (Alameda).<sup>141</sup> De voormalig CEO van FTX, Sam Bankman-Fried (SBF), schoot het verlieslijdende Alameda te hulp door crypto-assets van de klanten van FTX – zonder medeweten van deze klanten en in strijd met de algemene voorwaarden van FTX – uit te lenen aan Alameda. Als ‘onderpand’ voor deze leningen verkreeg FTX haar eigen token FTT. De bezittingen van Alameda bleken hoofdzakelijk uit FTT tokens te bestaan, waardoor Alameda gevoelig was voor koersschommelingen van de FTT token.<sup>142</sup>

De CEO van concurrent Binance, Changpeng Zhao (CZ), gaf in een tweet van 6 november 2022 aan dat hij een groot deel van zijn FTT tokens zou gaan ver-

---

139. Zo is de CASP van de initiator verplicht om bepaalde informatie toe te voegen bij overmakingen van crypto-assets. Ten aanzien van de initiator van de overmaking betreft dit: naam, *distributed ledger* adres (*public key*), crypto-asset account, adres, land, persoonlijk document, cliëntenidentificatienummer of plaats en datum geboorte, *legal entity identifier* (LEI) (art. 14 lid 1 en lid 3 TFR Revision). Ten aanzien van de begunstigde van de overmaking betreft dit: naam, *distributed ledger* adres (*public key*), crypto-asset account, LEI (art. 14 lid 2 en lid 3 TFR Revision). De CASP van de begunstigde is gehouden tot het opsporen van ontbrekende informatie over de initiator of begunstigde (art. 16-18 TFR Revision).

140. Indien een *self-hosted wallet* reeds is geverifieerd en een bekende begunstigde heeft, is de CASP niet gehouden om de verstrekte informatie bij elke overmaking te verifiëren, zie: art. 14 lid 6 sub a TFR Revision (CASP van de initiator); art. 16 lid 4 sub a TFR Revision (CASP van de begunstigde).

141. Het navolgende is gebaseerd op een overzicht van Praag over de ondergang van FTX: E.J. van Praag & J.P. Postma, ‘De ondergang van FTX; hoe een nieuwe financiële onderneming ouderwets ten onder gaat’, *FR* 2022, afl. 12, p. 342-344.

142. I. Allison, ‘Divisions in Sam Bankman-Fried’s Crypto Empire Blur on His Trading Titan Alameda’s Balance Sheet’, *CoinDesk* 2 november 2022, [coindesk.com](https://www.coindesk.com).



kopen.<sup>143</sup> Het vertrouwen in FTX nam hierna af en klanten namen hun bij FTX aangehouden crypto-assets op, met als gevolg een liquiditeitscrisis bij FTX. Hierdoor werden opnames stopgezet. Even leek sprake van een overname door Binance, maar na een kort *due diligence* onderzoek trok Binance zich terug.<sup>144</sup> Op 11 november 2022 zag SBF zich genoodzaakt om een zogenoemde *Chapter 11 Proceedings* aan te vragen voor FTX, Alameda en ruim honderd dochterondernemingen.<sup>145</sup> Vervolgens is SBF als CEO van FTX afgetreden, waarna John Ray III als nieuwe CEO werd aangesteld.<sup>146</sup> John Ray III omschreef in een van de eerste rapportages aan de rechtbank dat hij nog nooit in zijn carrière een dusdanig gefaalde bedrijfscontrole had aangetroffen en dat betrouwbare financiële informatie afwezig bleek te zijn.<sup>147</sup> Verdere rapportages wijzen op gebrekkige boekhouding en het verstrekken van privéleningen aan SBF en een aantal werknemers en adviseurs van FTX.<sup>148</sup>

De ondergang van FTX heeft een rimpeleffect gehad op diverse andere crypto-bedrijven.<sup>149</sup> Zo had cryptoleenbedrijf BlockFi een aanzienlijke blootstelling aan FTX.<sup>150</sup> Op 28 november 2022 heeft BlockFi een *Chapter 11 Proceedings* aangevraagd.<sup>151</sup> Ook had cryptoleenbedrijf Genesis Trading (Genesis) een deel van haar activa vastzitten bij FTX. Later kondigde het crypto-asset handelsplatform Gemini een vertraging aan bij opnames van haar *earn* product, waar-

143. C. Ostroff, 'Binance to Sell Holdings of FTX's Token as Relations Between Crypto Exchanges Fray', *The Wall Street Journal* 7 november 2022, wsj.com.

144. P. Kowsmann, C. Ostroff & B. Jin, 'Binance Walks Away From Deal to Rescue FTX', *The Wall Street Journal* 10 november 2022, wsj.com.

145. Een *Chapter 11 Proceedings* heeft als doel om een bedrijf te reorganiseren om zo een doorstart te maken. Zie informatie over de *Chapter 11 Proceedings* op de website van U.S. Courts onder 'Services & Forms', 'Bankruptcy', 'Bankruptcy Basics', en vervolgens onder 'Chapter 11': uscourts.gov. Zie nader over de aanvraag van de *Chapter 11 Proceedings* door FTX: J. Oliver, S. Chipolina & N. Asgari, 'Sam Bankman Fried's \$32bn FTX crypto empire files for bankruptcy', *Financial Times* 11 november 2022, ft.com.

146. 'FTX to start U.S. bankruptcy proceedings, CEO to exit', *Reuters* 11 november 2022, reuters.com.

147. G. Dean, 'FTX's new CEO blast over 'a complete failure of corporate controls' in a scathing bankruptcy filing', *Business Insider* 17 november 2022, businessinsider.nl.

148. R. Goswami, 'FTX used corporate funds to purchase employee homes, new filing shows', *CNBC* 17 november 2022, cnbc.com.

149. Zie voor een overzicht van bedrijven met een blootstelling aan FTX: E. Reguerra, 'The FTX contagion: Which companies were affected by the FTX collapse?', *CoinTelegraph* 17 november 2022, coingecko.com; N. Rieff, 'Which Companies Are Exposed to FTX?', *Investopedia* 17 november 2022, investopedia.com.

150. BlockFi, 'BlockFi Update', *BlockFi Blog* 14 november 2022, blockfi.com.

151. BlockFi, 'Important Client Update', *BlockFi Blog* 28 november 2022, blockfi.com.



bij Genesis uitleenpartner was.<sup>152</sup> Op 20 januari 2023 heeft ook Genesis een *Chapter 11 Proceedings* aangevraagd.<sup>153</sup> De effecten van de ondergang van FTX hebben ook Nederland bereikt. Zo kwam het crypto-asset handelsplatform Bitvavo in de problemen.<sup>154</sup> Bitvavo had voor haar *staking* product klantengeld uitgeleend aan Digital Currency Group (DCG), het moederbedrijf van Genesis. Hoewel het onduidelijk is of Bitvavo het uitgeleende bedrag van DCG zal terugkrijgen, geeft Bitvavo aan dat zij hiervoor garant staat en daarmee het risico voor haar klanten heeft overgenomen.<sup>155</sup>

Wellicht dat de vereisten die door MiCA worden geïntroduceerd het FTX debacle en het rimpeleffect daarvan op andere cryptobedrijven hadden kunnen voorkomen.<sup>156</sup> Nu deze vereisten nog niet van kracht zijn en niet alle cryptobedrijven hun boekhouding op orde hebben, bieden gefailleerde cryptobedrijven de curator een uitdagend werkveld.

## 6. Conclusie

Over de goederenrechtelijke kwalificatie van crypto-assets bestaat voorsnog veel onduidelijkheid. De vraag of crypto-assets *an sich* kwalificeren als vermogensrecht blijkt voor de afbakening van de taak van de curator echter niet cruciaal. Een houder van crypto-assets heeft immers een wilsrecht dat bestaat uit de optie om de crypto-assets bij een CASP om te wisselen voor fiduciaire valuta. Daarmee worden vermogensbestanddelen verkregen die te gelde kunnen worden gemaakt. Op grond van de inlichtingen- en medewerkingsplicht is de failliet verplicht de curator informatie te verstrekken over (de toegang tot) zijn crypto-assets. Voor zover de failliet hier niet aan voldoet, kan de curator aan

---

152. Gemini, 'An Important Message Regarding Gemini Earn', *Gemini Blog* 16 november 2022, gemini.com.

153. S. Alpher & D. Nelson, 'Genesis' Crypto Lending Businesses File for Bankruptcy Protection', *CoinDesk* 20 januari 2023, coindesk.com.

154. M. Rotteveel, 'Oprichters moeten financieel bijspringen bij cryptobeurs Bitvavo', *Financieel Dagblad* 23 december 2022, fd.nl; Bitvavo, 'Reactie Bitvavo FD publicatie 23 december 2022', *Bitvavo Blog* 23 december 2022, bitvavo.nl; Bitvavo, 'DCG Update Statement (23-12-2022)', *Bitvavo Blog* 23 december 2022, bitvavo.nl; Bitvavo, 'DCG Update Statement (15-12-2022)', *Bitvavo Blog* 15 december 2022, bitvavo.nl.

155. Bitvavo, 'DCG Update Statement (27-01-2023)', *Bitvavo Blog* 27 januari 2023, bitvavo.nl; Bitvavo, 'DCG Update Statement (20-01-2023)', *Bitvavo Blog* 20 januari 2023, bitvavo.nl; Bitvavo, 'DCG Update Statement (19-01-2023)', *Bitvavo Blog* 19 januari 2023, bitvavo.nl; Bitvavo, 'DCG Update Statement (10-01-2023)', *Bitvavo Blog* 10 januari 2023, bitvavo.nl; Bitvavo, 'DCG Update Statement (06-01-2023)', *Bitvavo Blog* 6 januari 2023, bitvavo.nl; Bitvavo, 'DCG Update Statement (02-01-2023)', *Bitvavo Blog* 2 januari 2023, bitvavo.nl.

156. Zie voor een analyse van de vraag in hoeverre MiCA het FTX debacle had kunnen voorkomen: Praag, van & Postma, *FR* 2022, afl. 12, p. 344-346.

Mr. M.J.W. van Ingen, mr. W.J.G. Smits, mr. M.A.R. Nannings

de hand van diverse aanwijzingen zelfstandig achterhalen of een failliet over crypto-assets beschikt, zoals een jaarrekening, aangifte inkomstenbelasting en bankrekeningafschriften. Ook is het voor de curator de moeite waard om op USB-sticks gelijkende zaken en papieren dan wel metalen dragers met daarop lange ketens van tekens en/of een sequentie van woorden niet zomaar weg te gooien. Wanneer de failliet rondom de faillietverklaring crypto-assets aan derden heeft verstuurd, kan het voor de curator een uitdaging zijn om deze transacties te traceren en waar nodig te redresseren. Wat betreft de rechtsgevolgen van dergelijke transacties kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie over girale betalingen rondom de faillietverklaring. Daar waar die crypto-assets worden aangetroffen zal het, gelet op de volatiliteit van de cryptomarkt, van belang zijn deze snel te gelde te maken.

# Staat de curator bij een volle boedel met lege handen? Over de taak van de curator bij een boedeloverschot

MR. N. HAASJES<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Wie hoopt door het faillissement van zijn schuldenaar schadeloos te worden gesteld, komt in de regel van een koude kermis thuis. Een concurrente faillissementsschuldeiser ontvangt gemiddeld nog geen 2% van zijn vordering.<sup>2</sup> In driekwart van de faillissementen vindt zelfs geen enkele uitdeling aan faillissementsschuldeisers plaats. In deze praktijk is een faillissement waarin voldoende te vereffenen vermogen aanwezig is om zowel de boedelschuldeisers als faillissementsschuldeisers volledig te voldoen een zeldzaamheid. Het is evenwel niet denkbeeldig. In recente jaren hebben zich enkele spraakmakende voorbeelden voorgedaan, zoals het in 2021 beëindigde faillissement van DSB Bank met een boedeloverschot van maar liefst € 650 miljoen.

De vraag rijst hoe een zodanig boedeloverschot dient te worden aangewend en wat de rol van de curator daarbij dient te zijn. Deze vraag speelde in het arrest HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, dat de aanleiding vormt voor deze bijdrage. Hier is kort gezegd overwogen dat indien sprake is van een boedeloverschot, de curator de vereffening niet mag voortzetten. Aan dat uitgangspunt doet niet af dat de curator rekening dient te houden met andere belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers. Zijn taak komt tot een einde zodra de vereffening voldoende heeft opgeleverd om alle geverifieerde schuldeisers te voldoen.<sup>3</sup> Bij een strikte lezing van dit arrest kan men tot geen andere conclusie komen dan dat de curator bij een boedeloverschot buiten spel wordt gezet.

Dit oogt op het eerste gezicht niet onbillijk. Als het doel van het faillissement is om het vermogen van de schuldenaar te vereffenen en te verdelen onder diens

- 
1. Mr. N. Haasjes is promovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen en wetenschappelijk medewerker bij Wijn & Stael Advocaten.
  2. Volgens de meest recente cijfers was het uitkeringspercentage aan concurrente en preferente schuldeisers (uitgezonderd fiscus en UWV) slechts 1,6%, zie CBS, *Faillissementen: oorzaken en schulden 2015*, p. 34.
  3. HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, NJ 2020/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 4.2.5.

prefaillissementsschuldeisers, wat heeft het voortzetten van een faillissement dat reeds zijn doel heeft bereikt dan voor nut? Pas bij nadere beschouwing vallen bij de bovenstaande strikte lezing vraagtekens te zetten, nu dit onder bepaalde omstandigheden onbillijke en onwenselijke consequenties heeft. Verkiest men een minder strikte lezing, die ruimte overlaat voor een taak van de curator als sprake is van een boedeloverschot, wat houdt deze taak dan in? Die vraag staat in deze bijdrage centraal.

Hiertoe behandel ik eerst in paragraaf 2 de rechtvaardiging voor het faillissement en de wijze waarop de taak van de curator door de jaren heen is veranderd. Vervolgens bespreek ik in paragraaf 3 de bovengenoemde uitspraak, waarbij ik tevens een uitstapje maak naar het Duitse insolventierecht. In paragraaf 4 verken ik de problematiek aan de hand van verscheidene gevallen en voorbeelden, waarin een strikte lezing van de rechtsregel van de Hoge Raad onwenselijk is en ik wel een taak voor de curator weggelegd zie. Tot slot vat ik in paragraaf 5 de beschreven taken van de curator samen en doe ik enkele aanbevelingen aan de wetgever.

## 2. Het faillissement en de taak van de curator

Het faillissement, als algemeen beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers, is een vergaande maatregel. De inbreuk die het maakt op de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar moet gerechtvaardigd kunnen worden. Deze rechtvaardiging wordt in de regel gevonden in de bescherming van de aanspraken van de gezamenlijke schuldeisers. Het faillissement maakt een wedloop onmogelijk, zodat een curator op ordentelijke wijze volgens de aan de wettelijke rangorde ten grondslag liggende gelijkheid van schuldeisers hun aanspraken kan voldoen door het vereffenen en verdelen van het vermogen van de schuldenaar. Hierin vindt de curator zijn bestaansrecht. Bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 lid 1 Fw) moet hij uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen behartigen, maar dient hij zich voornamelijk te laten leiden door het belang van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>4</sup>

Door de jaren heen is de wijze waarop de curator zijn taak dient uit te oefenen aan verandering onderhevig geweest. Zo dient hij volgens de Hoge Raad bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ook rekening te houden met belangen van maat-

---

4. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 155; vgl. HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235, r.o. 3.5.1.

Staat de curator bij een volle boedel met lege handen?

schappelijke aard. Tot deze belangen behoren in ieder geval de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid.<sup>5</sup> Ook de wetgever heeft bijgedragen aan de taakuitbreiding van de curator, eerst met antimisbruikwetgeving, op grond waarvan de curator malafide bestuurders van failliete rechtspersonen beter kon aanspreken,<sup>6</sup> en later door wettelijk vast te leggen dat de curator onderzoek dient te doen naar onregelmatigheden in faillissement.<sup>7</sup>

Wat houdt het echter in om ‘rekening te houden met maatschappelijke belangen’? Maatschappelijke belangen staan dikwijls haaks op het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Dient de curator ook dan bij zijn taakuitoefening maatschappelijke belangen in acht te nemen, of slechts indien zij niet strijdig zijn met het belang van de gezamenlijke schuldeisers? Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt slechts dat maatschappelijke belangen onder omstandigheden kunnen prevaleren boven het belang van *individuele* schuldeisers.<sup>8</sup> In de praktijk worden in de regel slechts maatschappelijke belangen in acht genomen, indien zij niet strijdig zijn met het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De verplichting om ‘rekening te houden met maatschappelijke belangen’ lijkt daarmee een loze term.<sup>9</sup>

Indien nu echter sprake is van een boedeloverschot, verandert het een en ander. Dan lijkt de curator bij uitstek de belangen van anderen dan de gezamenlijke schuldeisers te kunnen behartigen, aangezien de gezamenlijke schuldeisers daarvoor niet in hun uitkering worden gekort. Het behartigen van maatschappelijke belangen is dan niet strijdig met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Echter, wanneer sprake is van een boedeloverschot lijkt de hierboven genoemde rechtvaardiging voor het voortduren van het faillissement (de bescherming van de aanspraken van de gezamenlijke schuldeisers) weg te vallen – en daarmee tevens het bestaansrecht van de curator. Een ander belang dient dan het voortduren van het faillissement te rechtvaardigen.

---

5. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*), r.o. 3.5.

6. Zie C.M. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort (O&R nr. 115)* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2019/7.6.1.

7. Art. 68 lid 2 Fw. Zie uitgebreid over deze taak J.M.W. Pool, *De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden* (diss. Leiden), Leiden: E.M. Meijers Instituut 2022.

8. HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, NJ 2004/293, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Curatoren Mobell/Interplan*), r.o. 3.5.2.

9. J.M.W. Pool, ‘Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator’, *TvI* 2022/20, p. 138 en 140.

Overigens lijkt de taak van de curator bij een boedeloverschot ook ingeperkt. Zo betoogt Loesberg onder het ontslagrecht van voor 1 juli 2015 overtuigend dat de opzegging van arbeidsovereenkomsten door de curator kennelijk onredelijk is indien hij op dat moment zicht heeft op een boedeloverschot. Hij achtte het mogelijk dat dan aan de werknemers een afvloeiingsregeling kon worden toegekend, onder de voorwaarde dat de (niet-achtergestelde) faillissementsschuldeisers volledig konden worden voldaan.<sup>10</sup> Onder het huidige ontslagrecht bestaat de figuur van het kennelijk onredelijk ontslag niet meer. Tegenwoordig moet worden aangenomen dat de opzegging van arbeidsovereenkomsten door de curator telkens rechtmatig is, of nu zicht is op een boedeloverschot of niet. De door Loesberg voorgedragen oplossing lijkt daarmee geen mogelijkheid meer, zodat de werknemers er karig van afkomen indien hun arbeidsovereenkomst wordt opgezegd en vervolgens blijkt (of reeds sprake is) van een boedeloverschot. Zij lopen dan een eventuele vergoeding wegens schending van de aanzegplicht (art. 7:668 lid 3 BW) of een transitievergoeding (art. 7:673c lid 1 BW) mis. Daarnaast staat niet vast dat zij onder dezelfde (gunstige) contractuele voorwaarden bij een andere werkgever in dienst kunnen treden.

### 3. Vereffening van een boedeloverschot

#### 3.1. *Faillissement komt tot een einde*

Aan het arrest HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801 ging het volgende vooraf. In het faillissement van de besloten vennootschap VKH omvatte de boedel reeds geruime tijd voldoende baten om de geverifieerde schuldeisers en de boedelschulden te voldoen: er was sprake van een boedeloverschot. Alle drie aandeelhouders van VKH hadden een schuld jegens de vennootschap. De eerste twee aandeelhouders, vader en zoon, waren tevens bestuurder. De derde aandeelhouder was voormalig bestuurder. Ook een familielid van de aandeelhouder-bestuurders had een schuld jegens VKH. Slechts de voormalig bestuurder voldoet zijn schuld; de andere schuldenaars weigeren. De curator wil het faillissement voortzetten en alle activa te gelde maken, teneinde selectieve inning van debiteuren te voorkomen. Als het faillissement van een rechtspersoon op grond van art. 193 Fw eindigt, verkeert de boedel immers van rechtswege in staat van insolventie (art. 173 lid 1 Fw), zodat de rechtspersoon wordt ontbonden (art. 2:19 lid 1 onder c BW). Het boedeloverschot zou dan na faillissement worden vereffend door de aandeelhouder-bestuurders die weigeren te betalen, wat ‘verwikkelingen’ in de hand zou spelen.

---

10. E. Loesberg, annotatie bij Rb. Amsterdam 5 november 2003, *JOR* 2004/26.

Staat de curator bij een volle boedel met lege handen?

De bestuurders verzoeken de rechter-commissaris op grond van art. 69 Fw om de curator te bevelen over te gaan tot beëindiging van het faillissement. De rechter-commissaris beslist dat zij niet kunnen worden ontvangen in het verzoek, waarop zij op grond van art. 67 lid 1 Fw hoger beroep instellen bij de rechtbank. De zoon wordt niet-ontvankelijk verklaard, aangezien hij zelf failliet is verklaard; het hoger beroep van de vader wordt afgewezen. In cassatie overweegt de Hoge Raad allereerst dat het faillissement van de zoon slechts diens goederen, niet diens persoon betreft. De zoon blijft bevoegd om als bestuurder VKH te vertegenwoordigen, zodat zowel vader als zoon in hun hoedanigheid van bestuurder ontvankelijk zijn in hun verzoek.

Vervolgens komt de Hoge Raad tot de materiële kern van de zaak. Hij overweegt dat het faillissement op grond van art. 193 lid 1 Fw van rechtswege eindigt zodra aan de geverifieerde schuldeisers het volle bedrag van hun vorderingen is uitgekeerd. Dan is het doel van het faillissement immers bereikt. Met het einde van het faillissement eindigt tevens de beheers- en vereffeningstaak van de curator. Dat leidt ertoe dat:

*“indien de boedel toereikend is om de geverifieerde schuldeisers te voldoen, het de curator niet vrijstaat de vereffening voort te zetten en overige activa te gelde te maken ten behoeve van andere, niet geverifieerde schuldeisers of, in geval van een vennootschap, de aandeelhouders. Daaraan doet niet af dat de curator bij de wijze waarop hij zijn beheers- en vereffeningstaak uitoefent, ook rekening moet houden met andere bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel betrokken belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers. Die taak komt immers tot een einde zodra de vereffening voldoende heeft opgeleverd om alle geverifieerde schuldeisers te kunnen voldoen.”<sup>11</sup>*

Het verzoek van de aandeelhouder-bestuurders tot beëindiging van het faillissement had dus niet afgewezen mogen worden. Waar de rechtbank die afwijzing stelde op een vrees voor selectieve inning van debiteuren, welke vrees A-G Valk overigens ‘alleszins begrijpelijk’ noemde,<sup>12</sup> valt op dat de Hoge Raad hier geen woorden aan vuil maakt. De Hoge Raad pakt het principieel aan, waarbij hij wellicht iets te kort door de bocht is gegaan.

---

11. HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, NJ 2020/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 4.2.3-4.2.4.

12. Concl. A-G. W.J. Valk, voorafgaand aan HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, NJ 2020/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen, nr. 4.10.

Zo bekritiseert Nethe de overweging van de Hoge Raad dat het faillissement op grond van art. 193 Fw ‘van rechtswege’ een einde neemt. Ze betoogt dat ‘een einde nemen’ in deze zin niet inhoudt dat het faillissement geëindigd is, maar dat er een start is gemaakt met het beëindigen van het faillissement. De aanwezigheid van voldoende gelden om de geverifieerde schuldeisers te voldoen, maakt in haar ogen slechts een einde aan de materiële fase van de vereffening, niet aan de formele fase. Tijdens deze formele fase zijn nog taken voor de curator weggelegd: hij dient een aankondiging te doen van het einde van het faillissement (art. 193 lid 1 jo. art. 14 Fw), rekening en verantwoording af te leggen ten overstaan van de rechter-commissaris (art. 193 lid 2 Fw), de boeken en papieren af te geven aan de Boek 2 BW-vereffenaars (art. 193 lid 3 Fw) en het surplus over te maken van de faillissementsrekening naar de rekening van de rechtspersoon in liquidatie. Daarnaast acht zij het onwenselijk dat als ook de formele fase een einde zou nemen indien sprake is van een boedeloverschot, de rechtspersoon geen art. 69 Fw-verzoek meer zou kunnen indienen.<sup>13</sup>

Het door Nethe gemaakte onderscheid lijkt mij meer in lijn met (de bedoeling van) art. 193 Fw dan de uitleg die de Hoge Raad daar in het berechte geval aan geeft. Ook los van de uitleg van art. 193 Fw zijn bij de strikte rechtsregel van de Hoge Raad vraagtekens te zetten. Deze lijkt namelijk geen enkele ruimte te laten voor het volbrengen van andere doelen van het faillissement of het behartigen van andere belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers door de curator.

### 3.2. *Uitstapje naar Duitsland*

Net als bij zoveel insolventierechtelijke vraagstukken, kan ten aanzien van de vereffening van een boedeloverschot een uitstapje naar het Duitse insolventierecht interessante gezichtspunten opleveren. Ook in Duitsland is slechts in uitzonderingsgevallen sprake van een zodanige Überschuß.<sup>14</sup> Evenwel heeft de Duitse wetgever besloten het onderwerp in de Insolvenzordnung (InsO) te regelen. § 199 InsO maakt daartoe een onderscheid tussen twee scenario’s, afhankelijk van de vraag of de schuldenaar een natuurlijke persoon is of niet. Is de schuldenaar een natuurlijke persoon, dan dient de curator het overschot na uitdeling aan de in de slotuitdelingslijst opgenomen insolventieschuldeisers aan de schuldenaar terug te geven. Dit sluit aan bij het uitgangspunt dat de schuldenaar vermogensrechtelijk eigenaar blijft van zijn in de insolventieboedel vallende

---

13. M.Y. Nethe, annotatie bij HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, *Ondernemingsrecht* 2020/135, p. 758-760.

14. MüKoInsO/Kepekus/Schwarzer, 4. Aufl. 2019, InsO § 199 Rn. 1; Uhlenbruck/Wegener, 15. Aufl. 2019, InsO § 199 Rn. 1.



Staat de curator bij een volle boedel met lege handen?

vermogen.<sup>15</sup> Dit lijkt ook het meest op de rechtsregel die de Hoge Raad ten aanzien van de vereffening van een boedeloverschot heeft geformuleerd.

Bij rechtspersonen en vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid werkt het anders. Alle rechtspersonen en vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid worden namelijk reeds bij de opening van de insolventieprocedure ontbonden.<sup>16</sup> De Duitse wetgever achtte het onwenselijk dat er een ‘dubbele vereffening’ zou plaatsvinden, als na afloop van de insolventieprocedure nog de gewone vennootschapsrechtelijke vereffeningprocedure doorlopen zou moeten worden.<sup>17</sup> Om dat te voorkomen, dient de Duitse curator het aanwezige boedeloverschot na de slotuitdeling te verdelen onder eenieder die daar bij de vereffening buiten de insolventieprocedure aanspraak op zou kunnen maken. Dat zijn meestal, maar niet uitsluitend, aandeelhouders van de insolvente vennootschap, die niet in aanmerking komen voor een uitdeling als insolventieschuldeiser. De curator vereffent het overschot volgens de gewone vennootschapsrechtelijke vereffeningregels, of volgens andersluidende contractuele afspraken.<sup>18</sup>

De vereffening van het boedeloverschot door de curator in hoedanigheid heeft enkele voordelen. Allereerst vindt deze vereffening plaats binnen de insolventieprocedure zelf, zodat de curator onder toezicht staat van de insolventierechter (vgl. § 58 InsO), hij op grond van § 60 InsO aansprakelijk gehouden kan worden indien hij bij de vereffening schade veroorzaakt en zodat de schuldeisers onder wie het boedeloverschot wordt verdeeld kunnen opkomen tegen de hoogte van de vergoeding van de curator, als zij menen daardoor teveel in hun uitkering te worden gekort.<sup>19</sup> Daarnaast heeft de curator, indien hem duidelijk wordt dat sprake is van een boedeloverschot, de mogelijkheid om de liquidatie van het vermogen van de rechtspersoon of de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid door te zetten. Dat houdt in dat tevens de volledige *activazijde* van het vermogen van de schuldenaar wordt vereffend, zelfs als reeds voldoende actief aanwezig is voor de voldoening van de insolventieschuldeisers op de slotuitdelingslijst.<sup>20</sup> Daarmee kan hij bewerkstelligen dat de onderneming van de schuldenaar op grond van § 394 Familienverfahrensgesetz van rechtswege uit het handelsregister wordt verwijderd. Hij dient zich slechts te onthouden van volledige liquidatie

---

15. Uhlenbruck/Wegener, 15. Aufl. 2019, InsO § 199 Rn. 2.

16. Zie voor de onderscheiden rechtsvormen § 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG; § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG; §§ 131 Abs. 1 Nr. 3 en 161 Abs. 2 HGB; § 101 GenG; § 728 Abs. 1 BGB; § 9 Abs. 1 PartGG.

17. Amtl. Begr. BT-Drucksache 12/2443, p. 187.

18. Braun/Pehl, 9. Aufl. 2022, InsO § 199 Rn. 6.

19. Braun/Pehl, 9. Aufl. 2022, InsO § 199 Rn. 8; vgl. BGH 20.2.2014 – IX ZB 32/12, NZI 2014, 383.

20. Braun/Pehl, 9. Aufl. 2022, InsO § 199 Rn. 4.

als de belangen van schuldeisers zich daartegen verzetten.<sup>21</sup> Tot slot geldt een bijzondere regel ten aanzien van de persoonlijk aansprakelijke vennoot van een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid. Indien de curator besluit tot volledige liquidatie van de vennootschap, kan hij de vennoot niet op grond van § 93 InsO aanspreken voor een hoger bedrag dan hij nodig heeft voor integrale voldoening van de insolventieschuldeisers.<sup>22</sup> Voor zover een persoonlijk aansprakelijke vennoot meer heeft betaald dan achteraf gezien nodig bleek voor de integrale voldoening van de insolventieschuldeisers, dient hij uit het overschot volledig terugbetaald te worden, voordat de (andere) schuldeisers onder wie het overschot verdeeld wordt voldaan worden. Door meer dan noodzakelijk van de vennoot te vorderen, is de boedel namelijk ongerechtvaardigd verrijkt.<sup>23</sup>

Aan de vereffening van het boedeloverschot door de curator in hoedanigheid kleven ook nadelen. Zo dient hij er rekening mee te houden dat over de uitkering van het boedeloverschot vennootschapsbelasting geheven kan worden, in het bijzonder over uitkeringen aan aandeelhouders. Daarnaast rechtvaardigt de verdeling van het overschot door de curator tijdens de insolventieprocedure een verhoging van diens vergoeding.<sup>24</sup> Ondanks de proceseconomische voordelen, kan vereffening tijdens de insolventieprocedure onder omstandigheden dan ook meebrengen dat schuldeisers minder zullen ontvangen dan zij bij vereffening van het boedeloverschot buiten de insolventieprocedure zouden hebben ontvangen.

Opmerking verdient overigens dat een ‘boedeloverschot’ er in de Duitse praktijk anders uit ziet dan in de Nederlandse. In Nederland bestaat het grootste gedeelte van de niet-verifieerbare vorderingen doorgaans uit rentevorderingen over verifieerbare vorderingen. In Duitsland doen deze rentevorderingen mee in de slotuitdeling: op grond van § 39 Abs. 1 Nr. 1 InsO zijn zij achtergestelde insolventievorderingen. Spreken we van een Überschuß, dan is er dus voldoende vermogen aanwezig in de insolventieboedel om de rentevorderingen (en eventuele andere achtergestelde insolventievorderingen) in de slotuitdelingslijst op te nemen. Op dit punt put Pannevis inspiratie uit het Duitse stelsel. Hij vraagt zich af of het Duitse stelsel ten aanzien van de behandeling van rentevorderingen en andere niet-verifieerbare vorderingen niet boven het Nederlandse te verkiezen is. Hij stelt een systeem voor waarin vorderingen die nu wettelijk van verificatie zijn uitgesloten, in een dergelijke procedure waarin de vereffening

---

21. MüKoInsO/Kebeke/Schwarzer, 4. Aufl. 2019, InsO § 199 Rn. 3.

22. Vgl. OLG Hamm 30.3.2007 – 30 U 13/06, NZI 2007, 584.

23. Kübler/Prütting/Bork/Holzer, 93. EL September 2022, InsO § 199 Rn. 8.

24. Braun/Pehl, 9. Aufl. 2022, InsO § 199 Rn. 7, 9 en 10.

Staat de curator bij een volle boedel met lege handen?

van de rechtspersoon en het faillissement zijn samengevoegd, met een wettelijke achterstelling behandeld zouden kunnen worden, indien daarop een uitkering te verwachten is. Daarvoor is wel een wetwijziging noodzakelijk.<sup>25</sup> Dit lijkt mij inderdaad, ook om proceseconomische redenen, een boven het Nederlandse stelsel te verkiezen systeem.

#### 4. Ruimte voor een taak van de curator

##### 4.1. *Relevantie van de rechtsvorm van de schuldenaar*

In deze paragraaf behandel ik enkele gevallen waarin ik het verdedigbaar acht dat een taak voor de curator resteert ondanks de aanwezigheid van een boedeloverschot, of de door de curator te behartigen belangen het voortduren van een faillissement waarin sprake is van een boedeloverschot rechtvaardigen. Ook A-G Valk vindt het onder omstandigheden gerechtvaardigd om de vereffening van een boedeloverschot in faillissement voort te zetten. Daartoe ziet hij slechts aanleiding indien de failliete schuldenaar een rechtspersoon is. Anders dan voor een natuurlijke persoon, geldt voor een rechtspersoon immers niet dat een beëindiging van het faillissement ertoe leidt dat de persoon haar gewone positie in het maatschappelijke verkeer herkrijgt. Die positie is definitief passé, aldus A-G Valk.<sup>26</sup> Bij beëindiging van het faillissement op grond van art. 193 lid 1 Fw treedt immers een staat van insolventie in, waardoor de rechtspersoon-schuldenaar wordt ontbonden (art. 173 lid 1 Fw jo. art. 2:19 lid 1 onder c BW). De benadering van A-G Valk doet denken aan het zojuist besproken Duitse stelsel, waarin om proceseconomische redenen (het voorkomen van een ‘dubbele vereffening’) een onderscheid wordt gemaakt in de wijze waarop de vereffening van een boedeloverschot plaatsvindt, naargelang het een natuurlijke persoon of niet betreft.

In de positie die de schuldenaar na het faillissement in het maatschappelijke verkeer inneemt, kan mijns inziens inderdaad aanleiding gevonden worden voor een taak van de curator. Aan het onderscheid van A-G Valk zou ik de personenvennootschappen willen toevoegen, die dikwijls eenzelfde rol in het maatschappelijke verkeer vervullen als rechtspersonen. In de regel zullen ook zij na faillietverklaring worden ontbonden, maar na *VDV Totaalbouw/Bepro*<sup>27</sup> is

25. N.B. Pannevis, *Achtergestelde vorderingen* (O&R nr. 114) 2019/7.4.2.10.

26. Concl. A-G. W.L. Valk, voorafgaand aan HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, NJ 2020/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen, nr. 3.5-3.8.

27. HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, NJ 2017/8, m.nt. P.M. Veder (*VDV Totaalbouw/Bepro*).

het denkbaar dat het faillissement van een personenvennootschap niet tot het faillissement van een van haar vennoten leidt, zodat de vennootschap niet op grond van art. 7A:1683 onder 4° BW wordt ontbonden. Dat is relevant, aangezien daarvan in het bijzonder sprake kan zijn in geval van een boedeloverschot. Dan lijkt er immers weinig reden om de persoonlijk aansprakelijke vennoten failliet te verklaren (of de toepassing van de schuldsaneringsregeling op hen uit te spreken). De positie die de schuldenaar (na het faillissement) inneemt in het maatschappelijke verkeer kan niet telkens uit zijn rechtsvorm worden afgeleid, wat een onderscheid in rechtsvorm voor de vraag wat de taak van de curator dient te zijn minder praktisch maakt. Ook als dit wel praktisch zou zijn, dan lijkt mij overigens de vereffening van een boedeloverschot na faillissement door een ander dan de curator niet telkens bezwaarlijk. Tot slot meen ik dat er ook een taak voor de curator kan zijn weggelegd indien de positie van de schuldenaar in het maatschappelijke verkeer niet definitief passé is. Immers heeft het faillissement tegenwoordig niet meer slechts een vereffeningsfunctie en dient de curator met meer belangen rekening te houden dan slechts die van de gezamenlijke schuldeisers. Om deze redenen maak ik niet per se een onderscheid in rechtsvorm.

#### 4.2. *Faillissementsschuldeisers met zowel geverifieerde als niet-geverifieerde vorderingen*

Bij een strikte lezing van het meergenoemde arrest lijkt de curator, indien de boedel toereikend is om de geverifieerde schuldeisers te voldoen, niet vrij te zijn de vereffening voort te zetten ten behoeve van *andere*, niet-geverifieerde schuldeisers. Het gros van de niet-geverifieerde vorderingen bestaat in de regel echter uit rentevorderingen over geverifieerde vorderingen. De over faillissementsvorderingen verschuldigde rente levert op grond van art. 128 Fw namelijk een niet-verifieerbare vordering op.<sup>28</sup> Het uitgangspunt dat de geverifieerde schuldeisers andere schuldeisers zijn dan de niet-geverifieerde schuldeisers is dan ook niet zonder meer juist. Het is een juridische fictie: dezelfde persoon kan zowel de pet op hebben van geverifieerde als niet-geverifieerde schuldeiser. Ik zie niet in waarom het slechts in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is dat de voldoening van hun verifieerbare vorderingen op ordentelijke wijze geschiedt en niet tevens de voldoening van hun niet-verifieerbare vorderingen.<sup>29</sup>

28. Vgl. HR 14 december 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4920, NJ 1985/288, m.nt. W.C.L. van der Grinten (*Floritex*), r.o. 3.4. Overigens bestaat tegenwoordig discussie over het nut van art. 128 Fw, vgl. T.T. van Zanten, *Classificatie van verplichtingen in faillissement* (oratie Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 9.

29. Zo ook A. van Hees, 'De vereffening van het surplus bij een boedeloverschot in een faillissement. Noot bij HR (Civiele kamer) 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801', *TvI* 2021/18, p. 147.

Staat de curator bij een volle boedel met lege handen?

In de regel zal de vereffening van een boedeloverschot na faillissement geen probleem opleveren, maar onder omstandigheden kan het bezwaarlijk zijn om dit aan de bestuurder (of een andere postfaillissementsvereffenaar dan de curator) over te laten. Een omstandigheid waarin dit onwenselijk kan zijn, is wanneer de faillissementstoestand niet het gevolg is geweest van betalingsonmacht, maar van betalingsonwil. Ook als de schuldenaar voldoende vermogen heeft om zijn opeisbare schulden te voldoen, maar dit simpelweg weigert, kan hij immers in de toestand van te hebben opgehouden te betalen verkeren en failliet worden verklaard.<sup>30</sup> Indien geen sprake is van betalingsonmacht, zal zich tevens sneller een boedeloverschot aandienen. Gedacht kan ook worden aan de situatie waarin sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur en er slechts een boedeloverschot is vanwege een geslaagd beroep van de curator op art. 2:9 BW.<sup>31</sup> Hoe dan ook, er kan gereede twijfel zijn over de wijze waarop de vereffening van het boedeloverschot door de bestuurder van de rechtspersoon in liquidatie zal geschieden. Om te bewerkstelligen dat de niet-geverifieerde schuldeisers dan met inachtneming van de wettelijke rangorde worden voldaan, dienen zij onmiddellijk na het einde van het faillissement van de vennootschap het faillissement van de vennootschap in liquidatie aan te vragen. In dit tweede faillissement kunnen zij opkomen voor hun in het eerste faillissement niet-geverifieerde vordering. Een bijzonder omslachtige gang van zaken.

Voor de vereffening van een boedeloverschot tijdens faillissement zoals in het Duitse systeem zie ik geen ruimte onder het geldende Nederlandse recht, hoezeer dit ook wenselijk moge zijn. Dat druist in tegen het gehele systeem van verificatie in faillissement. Dat betekent echter niet dat de curator met lege handen staat. Hij kan namelijk zeker maatregelen nemen om te verzekeren dat het boedeloverschot na faillissement op ordentelijke wijze wordt vereffend. Op zijn minst kan de curator de hem bekende niet-geverifieerde schuldeisers inlichten over het naderende einde van het faillissement, zodat zij zo spoedig mogelijk kunnen opkomen voor hun rechten. In een tweede faillissement zou hij dan vervolgens wederom als curator kunnen worden aangesteld, om de afgebroken vereffening op te pakken waar hij gebleven was. Hij kan die omslachtige gang van zaken echter tevens voorkomen, zonder dat hij daarbij het faillissement onnodig laat voortduren. De rechter kan op grond van art. 2:23 lid 1 BW een ander dan de voormalige bestuurder (of een in de statuten aangewezen vereffenaar) tot postfaillissements-

---

30. Zie HR 15 mei 1925, *NJ* 1925, p. 995; vgl. concl. A-G Hartlief, voorafgaand aan ECLI:NL:HR:2016:1513, *RvdW* 2016/833, nr. 2.8.

31. De aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW beperkt zich immers niet tot de hoogte van een boedeltekort, in tegenstelling tot de aansprakelijkheid op grond van art. 2:138 of 2:248 BW.

vereffenaar benoemen.<sup>32</sup> Indien reden is om te twijfelen aan de wijze waarop de bestuurder het boedeloverschot na faillissement zal vereffenen, dan kan de curator nog voordat het faillissement op grond van art. 193 Fw een einde neemt, zich tot de rechter wenden met een verzoek om hem als postfaillissementsvereffenaar te benoemen. Daarbij zou hij tevens in de hoedanigheid van toekomstige postfaillissementsvereffenaar reeds tijdens het faillissement een voorstel in de zin van art. 2:23a lid 4 BW aan de bekende niet-geverifieerde schuldeisers kunnen doen voor de exacte wijze waarop het boedeloverschot na het faillissement zal worden vereffend.<sup>33</sup> Op die manier is voor het einde van het faillissement voor iedereen reeds duidelijk exact hoe het overschot zal worden verdeeld.

#### 4.3. Bestrijding van onregelmatigheden

Aan de uitspraak in kwestie ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de curator het beheer en de vereffening van de failliete boedel slechts in het belang van de gezamenlijke schuldeisers verricht. Zoals besproken, is dit niet meer het geval. Naast een vereffeningsfunctie heeft het faillissement tegenwoordig tevens een ‘opruimfunctie’, welke functie door de Hoge Raad reeds impliciet is erkend.<sup>34</sup> Daartoe overwoog hij in *Boersen q.q./Bpf* dat een schuldeiser met het bewerkstelligen van de ontbinding van zijn rechtspersoon-schuldenaar een voldoende gerechtvaardigd belang bij zijn faillissementsaanvraag kan hebben.<sup>35</sup> Voor een schuldeiser heeft de faillietverklaring van zijn rechtspersoon-schuldenaar dus tevens nut indien in dat faillissement geen uitdeling valt te verwachten. Het ontgaat mij waarom dit nut afwezig zou zijn indien de schuldeiser wel verwacht volledig of deels voldaan te worden. Ook dan wordt immers slechts het faillissement uitgesproken indien de schuldenaar als deelnemer aan het maatschappelijk verkeer niet aan zijn verplichtingen voldoet. Dat alle crediteuren in dat faillissement voldaan (blijken te kunnen) worden, betekent niet per se dat de failliete rechtspersoon maatschappelijk relevant is.

Ook de wetgever meent dat de curator zijn taak niet slechts in het belang van de gezamenlijke schuldeisers vervult. Dit volgt onder meer uit de in 2017 in

---

32. Deze mogelijkheid bestaat kennelijk tevens indien het faillissement eindigt op grond van art. 193 lid 1 Fw, zo volgt impliciet uit HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, *NJ* 2020/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 4.2.6.

33. Dit is niet strijdig met art. 2:23a lid 5 BW, nu het een afspraak over de vereffening *na* faillissement betreft.

34. F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269, *NJ* 2018/154 (*Boersen q.q./Bpf*), nr. 6.

35. HR 22 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3269, *NJ* 2018/154, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Boersen q.q./Bpf*), r.o. 3.4.3.

Staat de curator bij een volle boedel met lege handen?

art. 68 lid 2 Fw vastgelegde fraudesignalerende rol van de curator bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De signalering van faillissementsfraude is uitdrukkelijk niet slechts in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Zo is het doel van een civielrechtelijk bestuursverbod, een van de sancties bij faillissementsfraude, niet slechts om een eventuele benadeling van schuldeisers door het handelen van malafide bestuurder tegen te gaan, maar tevens om te voorkomen dat frauduleuze bestuurders hun activiteiten via allerlei omwegen en met nieuwe rechtspersonen ongehinderd kunnen voortzetten. Faillissementsfraude ondermijnt het vertrouwen in het handelsverkeer, verstoort de concurrentieverhouding en zorgt voor grote financiële schade, aldus de wetgever.<sup>36</sup> De fraudesignalerende taak van de curator dient dan ook tevens een breder, maatschappelijk belang.

Indien sprake is van een boedeloverschot, is de kans dat onregelmatigheden hebben plaatsgevonden doorgaans kleiner dan wanneer sprake is van een boedeltekort. Ook bij een boedeloverschot kan echter sprake zijn van onregelmatigheden. Niet alle onregelmatigheden die zich voordoen leiden namelijk steeds tot een boedeltekort. Dat komt onder meer tot uiting in de gronden voor toewijzing van een civielrechtelijk bestuursverbod: ook indien sprake is van een boedeloverschot kan een bestuursverbod in beginsel worden opgelegd op de b t/m e-gronden uit art. 106a lid 1 Fw.<sup>37</sup> Als niet alle onregelmatigheden belemmeren dat de faillissementsschuldeisers integraal voldaan worden, waarom zou de integrale voldoening van de faillissementsschuldeisers dan in algemene zin een onderzoek naar onregelmatigheden overbodig maken? Het valt slecht in te zien waarom dit onderzoek enkel zou mogen plaatsvinden als de faillissementsschuldeisers door het verrichten hiervan in hun uitkering gekort worden en niet tevens indien zij hierdoor geen nadeel ondervinden. Ziet de curator aanleiding voor een dergelijk onderzoek naar onregelmatigheden, dan is het wenselijk dat hij dit onderzoek kan uitvoeren.<sup>38</sup> Indien de curator eerst aanleiding ziet voor een onderzoek naar onregelmatigheden nadat blijkt van een boedeloverschot, is het verrichten van dit onderzoek lastiger te legitimeren. Slechts indien sprake is van voldoende ernstige onregelmatigheden kan mijns inziens dan een dergelijk onderzoek plaatshebben. Voor zover (te verwachten is dat) de kosten van het

---

36. *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 1 (MvT).

37. Toewijzing op de a-grond lijkt mij niet mogelijk of in ieder geval lastig, aangezien een bestuurder op grond van art. 2:138 en 2:248 BW slechts aansprakelijk is voor een boedeltekort.

38. Vgl. Rb. Rotterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4902, *JOR* 2017/278 m.nt. A.J. Tekstra, waarin zelfs vóór de invoering van art. 68 lid 2 onder a Fw in soortgelijke zin is overwogen.



onderzoek het surplus zullen overstijgen, zal daarbij tevens de vereffeningstaak van de curator voortduren.

#### 4.4. *Objectiefrechtelijke verplichtingen*

Op de curator rusten niet slechts verplichtingen uit verbintenissen. Op hem rusten tevens objectiefrechtelijke verplichtingen, die rechtstreeks ontstaan uit het objectieve recht. Ook aan die verplichtingen heeft hij zich te houden, ongeacht de stand van de boedel.<sup>39</sup> Onder meer heeft hij zaken van derden die niet tot de boedel behoren aan die derden terug te geven, dient hij zaken die wel tot de boedel behoren van percelen van derden te verwijderen en dient hij op hem in zijn hoedanigheid rustende milieurechtelijke verplichtingen na te komen. Die nakoming vormt in de regel slechts een probleem indien sprake is van een boedeltekort, aangezien dan de vraag speelt of de curator de objectiefrechtelijke verplichtingen ten koste van de boedel dient te voldoen.

Die vraag lijkt bevestigend te moeten worden beantwoord.<sup>40</sup> Zo volgt ook uit het recente arrest *Ridderkerkse Taxi Centrale*, waarin is overwogen dat de curator uit het publiekrecht voortvloeiende milieuverplichtingen ten koste van de boedel dient te voldoen.<sup>41</sup> Men kan zich overigens afvragen of de Hoge Raad daarbij wel een rechtspolitieke keuze heeft gemaakt, nu de kwalificatie als boedelschuld van schulden die voortvloeien uit de niet-naleving van publiekrechtelijke verplichtingen afhankelijk lijkt te zijn gesteld van de ‘toevalligheid’ wie de normadressaat van de publiekrechtelijke verplichting is.<sup>42</sup> Dat roept interessante vragen op, bijvoorbeeld indien de failliet erfpachter is van een stuk verontreinigd grond. Op de curator in hoedanigheid rust dan als ‘drijver’ van de onderneming van de failliet een reinigingsverplichting, maar als hij de erfpacht tussentijds kan opzeggen en dit ook doet, wordt de erfverpachter (weer) normadressaat. Reinigingskosten kunnen zeer hoog oplopen,<sup>43</sup> zodat gebruikmaken

---

39. Vgl. T.T. van Zanten, *Classificatie van verplichtingen in faillissement* (oratie Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 20.

40. Vgl. T.T. van Zanten, *Classificatie van verplichtingen in faillissement* (oratie Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 18-22. Als enige uitzondering noemt Van Zanten de superboedelschuld uit HR 5 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Ontvanger/Hamm q.q.*).

41. HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, NJ 2021/233, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Ridderkerkse Taxi Centrale*), r.o. 2.6.1-2.6.5.

42. Zie uitgebreid G.A.J. Boekraad, ‘Classificatie van publiekrechtelijke verplichtingen in faillissement: de Hoge Raad op een nieuw dwaalspoor. Noot bij HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833 (Ridderkerkse Taxi Centrale)’, *TvI* 2022/10.

43. Daardoor kan het zelfs voorkomen dat, indien de erfverpachter geen canon meer ontvangt, het niet in diens belang is om zijnerzijds de erfpacht op te zeggen op grond van art. 5:87 lid 2



Staat de curator bij een volle boedel met lege handen?

van een tussentijdse opzegmogelijkheid om te voorkomen dat de reiniging ten laste van de boedel geschiedt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers lijkt. Mag de curator zich echter zomaar van zijn status als normadressaat ontdoen? Zo ja, verandert dat antwoord als sprake is van een boedeloverschot en de boedel voldoende vermogen bevat om de reinigingskosten te dekken?

In de rede ligt dat het naleven van objectiefrechtelijke verplichtingen geen probleem vormt indien sprake is van een boedeloverschot. Echter, van niet alle objectiefrechtelijke verplichtingen levert de niet-naleving een boedelschuld op en niet alle objectiefrechtelijke verplichtingen ontstaan uitsluitend voordat blijkt van een boedeloverschot. Neem bijvoorbeeld de Algemene verordening persoonsgegevens (AVG). Tijdens het faillissement is de ‘verwerkingsverantwoordelijke’ onder de AVG de curator, ook ten aanzien van de door de failliet voor de faillietverklaring verwerkte gegevens.<sup>44</sup> De verplichtingen die voortvloeien uit de AVG rusten dan ook op de curator in zijn hoedanigheid. Dit zijn niet louter verplichtingen jegens schuldeisers. Hij dient bijvoorbeeld op grond van art. 17 lid 1 AVG op verzoek van een betrokkene inzage te geven in diens persoonsgegevens of deze te wissen, of hij dient op grond van art. 33 AVG een datalek te melden bij de Autoriteit persoonsgegevens.<sup>45</sup> Stel dat een zodanig datalek plaatsvindt nadat blijkt dat voldoende vermogen aanwezig is voor integrale voldoening van de geverifieerde schuldeisers, maar nog voor het ‘formele’ einde van het faillissement. Ook dan rust op de curator toch zeker tot dit formele einde de verplichting om het datalek bij de Autoriteit persoonsgegevens te melden. Het zou maatschappelijk zeer onwenselijk zijn indien niemand in de tussentijd zou toezien op de naleving van de objectiefrechtelijke verplichtingen van de schuldenaar.

Sterker nog, indien een objectiefrechtelijke verplichting op enig moment voor de slotuitdeling opduikt, kan dat een gegronde reden zijn om die uitdeling uit te stellen. Indien immers kosten gepaard gaan met de naleving van die verplichting, dan komen die kosten ten laste van de boedel, zodat de naleving van die verplichting zelfs kan beïnvloeden of daadwerkelijk sprake is van een boedeloverschot. De taak van de curator duurt dan voort, hoewel op zich voldoende actief aanwezig is voor een uitdeling aan de faillissementsschuldeisers. Indien het waarschijnlijk is dat na de nakoming van de verplichting geen boedeloverschot meer zal resteren, duurt de taak van de curator mijns inziens zelfs in volle om-

---

BW, vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 oktober 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:8502, r.o. 3.10.

44. Zie uitgebreid F.M.J. Verstijlen, ‘De curator en de AVG’, *TvI* 2018/50.

45. Art. 6 lid 2 Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming.

vang voort, zodat hij tevens de vereffening van de activazijde van het vermogen van de failliet kan voortzetten.

## 5. Conclusie

In deze bijdrage heb ik onderzocht of er na HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801 nog een taak voor de curator is weggelegd in een faillissement met een boedeloverschot. Voor het vereffenen en verdelen van dit overschot gedurende het faillissement zie ik onder het geldende recht geen ruimte, hoezeer dat ook wenselijk moge zijn. Ik heb betoogd dat er desondanks een meer of minder beperkte rol voor de curator kan zijn weggelegd. Dat zal niet steeds het geval zijn, maar indien het in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers om de vereffening van het overschot na faillissement niet aan de bestuurders van de failliet over te laten, heeft de curator mijns inziens de taak om te verzekeren dat de vereffening na faillissement ordentelijk zal geschieden. Daartoe kan hij zich nog voor het einde van het faillissement tot de rechter wenden met het verzoek om hem op grond van art. 2:23 lid 1 BW als postfaillissementsvereffenaar te benoemen. Daarnaast zou hij, indien benoemd, nog tijdens het faillissement een voorstel in de zin van art. 2:23a lid 4 BW over de vereffening na faillissement aan de hem bekende niet-geverifieerde schuldeisers kunnen doen. Ook als met het faillissement een ander doel wordt bereikt dan slechts de voldoening van de gezamenlijke schuldeisers, is een taak voor de curator weggelegd. Zo rust de taak om te bezien of er onregelmatigheden zijn tevens op de curator indien sprake is van een boedeloverschot. Dat onderzoek zou zelfs ondanks dit overschot het voortduren van het faillissement kunnen rechtvaardigen. Dat geldt ook voor op de curator in hoedanigheid rustende objectiefrechtelijke verplichtingen: daaraan dient hij te voldoen, ongeacht de stand van de boedel.

Hoewel een boedeloverschot in de insolventierechtpraktijk een zeldzaamheid is en hoogstwaarschijnlijk zal blijven, is het wenselijk dat de wetgever zich over de kwestie uitlaat. De Duitse wetgever heeft zich in 1999 evenmin door de zeldzaamheid van een Überschuß laten weerhouden de vereffening hiervan in de Insolvenzordnung te regelen. De Nederlandse wetgever hoeft het wiel dan ook niet zelf uit te vinden. Zowel het Duitse stelsel als het daardoor geïnspireerde in paragraaf 3.2 besproken stelsel van Pannevis bieden aanknopingspunten. Besluit de wetgever de vereffening van een boedeloverschot te regelen, dan verdient het aanbeveling om daarbij uitzonderingen op te nemen op art. 7:668 lid 3 BW en art. 7:673c lid 1 BW, om de toekenning van een vergoeding wegens schending van de aanzegplicht en een transitievergoeding voor werknemers te faciliteren. Indien een volledige regeling voor de vereffening van een boedeloverschot een te vergaande maatregel is, zou de wetgever ook art. 128 Fw kritisch kunnen her-

Staat de curator bij een volle boedel met lege handen?

overwegen, nu toelating van rentevorderingen in het faillissement sinds *Credit Suisse/Jongepier q.q.*<sup>46</sup> niet meer in strijd lijkt met het fixatiebeginsel.<sup>47</sup> In ieder geval neemt de behoefte toe dat de wetgever de taak van de curator en de daarbij te maken belangenafwegingen op enige wijze nader uiteenzet, nu de curator zowel bij rechtspraak als wet steeds meer maatschappelijke taken krijgt toebedeeld. Tot die tijd staat de curator bij een volle boedel gelukkig niet met lege handen.

---

46. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

47. T.T. van Zanten, *Classificatie van verplichtingen in faillissement* (oratie Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 9.



## De bestuurder... een weekdier?<sup>1</sup>

MR. S.A.H.J. WARRINGA, MR. M.K. TIEMENSMA<sup>2</sup>

### 1. Inleiding

Sinds Maarten Kroeze op 28 oktober 2005 in zijn rede “Bange Bestuurders” aandacht besteedde aan de beïnvloeding van bestuurders door angst voor aansprakelijkheid en reputatieverlies, is er aandacht ontstaan voor de keerzijde van bestuurdersaansprakelijkheid, te weten het perspectief van de bestuurder. Een ontwikkeling die zich heeft gekenmerkt door onder meer het interessante proefschrift van Thy Pham uit 2017.<sup>3</sup> Ook is er meer aandacht gekomen voor de zogenaamde hindsight bias,<sup>4</sup> waar onder meer Niek Strohmaier aandacht aan heeft geschonken.<sup>5</sup>

Toch lijkt de keerzijde van het perspectief van de curator richting bestuurders een stiefmoederlijk bestaan te leiden. Er wordt nauwelijks aandacht besteed in de literatuur over de balans – of beter gezegd onbalans – in machtsverhouding tussen curator en bestuurder, de rol van de rechter-commissaris in het speelveld van bestuurdersaansprakelijkheid en de effecten van een faillissement op bestuurders.

In dit artikel willen wij een eerste verkennende aanzet doen tot een hopelijk zich verbredende discussie over de wenselijkheid van een humanere benadering van bestuurdersaansprakelijkheid. Daarbij zullen wij ingaan op een aantal los van elkaar staande onderwerpen, zoals doorlooptijd en procesmachtiging ex art. 68 lid 3 Fw. Geen discussie zonder duidelijke stellingnames: wij zullen in dit stuk

- 
1. Weekdieren vormen het hoofdbestanddeel van de maaltijd van een octopus. De titel van deze bijdrage verwijst losjes naar het boek S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *De curator, een octopus (Onderneming en recht nr. 6)*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
  2. Mr. S.A.H.J. Warringa en mr. M.K. Tiemensma zijn advocaten bij Ten Holter Noordam advocaten te Rotterdam.
  3. N.T. Pham, *Directors' liability, A legal and empirical study*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
  4. Zie bijvoorbeeld: L. Hox, ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?’, *TvI* 2018/42.
  5. N. Strohmaier, H. Pluut, K. van den Bos, J. Adriaanse & R. Vriesendorp, ‘Hindsight bias and outcome bias in judging directors’ liability and the role of free will beliefs’, *Journal of Applied Social Psychology*, 51(3), 141-158.

tot de conclusie komen dat er de nodige argumenten zijn om te stellen dat de bestuurder in de tentakels van een curator inderdaad vaak een weekdier is.

## 2. Doorlooptijd

Indicatief geldt dat een faillissement een doorlooptijd kent van 1,5 tot 4 jaar, waarbij wordt gerekend vanaf de datum van de faillissementsuitspraak door de rechtbank tot aan de beëindiging van het faillissement.<sup>6</sup> De wet kent geen richtlijnen of beperkingen aangaande de maximale doorlooptijd van een faillissement, waardoor een curator vanuit het wettelijk kader bezien dan ook niet verplicht is een faillissement binnen een bepaalde tijd af te wikkelen.

Een van de onderdelen van de taak van een curator is het uitvoeren van een onderzoek naar de oorzaken van het faillissement, het rechtmatigheidsonderzoek. De eerste periode na uitspraak van een faillissement, houdt een curator zich in de regel nog niet met een rechtmatigheidsonderzoek bezig. Dat onderzoek start in de regel na een aantal weken tot maanden. Een rechtmatigheidsonderzoek is vormvrij.<sup>7</sup> De curator kan de keuze maken om zelf onderzoek te doen en zich daartoe te beperken. De curator kan ook de keuze maken om een derde een onderzoek in zijn opdracht te laten doen. Afhankelijk van de uitkomsten van het rechtmatigheidsonderzoek, kan een curator een bestuurder aansprakelijk stellen, hetgeen tot een procedure kan leiden. Naast dat de curator niet verplicht is een faillissement binnen een bepaalde termijn te beëindigen, bestaat er ook geen verplichting om het rechtmatigheidsonderzoek en een eventueel daaropvolgende procedure binnen een bepaalde termijn te starten.<sup>8</sup> Wél zijn er verschillende (wettelijke en niet wettelijke) regels die maken dat een curator op een bepaald moment een aansprakelijkstelling aan de bestuurder dient te sturen.

---

6. Dit is gebaseerd op een onderzoek uit 2016: 'Faillissementen, oorzaken en schulden', Centraal Bureau voor de Statistiek 2016.

7. In 2008 heeft Rutger Schimmelpenninck een onderzoeksprotocol voor complexe faillissementen ontwikkeld. Dat protocol wordt in de praktijk door curatoren gebruikt, maar zo niet vaker niet gebruikt als leidraad voor een onderzoek. Ook derden die zich bezig houden in opdracht van de curator naar de oorzaken van een faillissement, laten zich zelden leiden door het onderzoeksprotocol zoals dat door Schimmelpenninck is ontwikkeld. Zie ook noot 5.

8. In het faillissement van Imtech zijn de curatoren bijvoorbeeld pas na zeven jaar faillissementsonderzoek een aansprakelijkheidsprocedure tegen het voormalige bestuur en de commissarissen van Imtech gestart: <https://fd.nl/bedrijfsleven/1466542/curatoren-beginnen-rechtszaak-tegen-imtech-bestuurders>.

### *Verjaring*

De belangrijkste wettelijke regel waarmee een curator te maken heeft bij het aansprakelijk stellen van een bestuurder is de verjaringstermijn van een dergelijke vordering. De verjaringstermijn voor een vordering ex art. 2:248 BW en art. 6:162 BW bedraagt in beginsel vijf jaar na datum faillissement. De verjaringstermijn voor een vordering ex art. 2:9 BW begint echter te lopen wanneer zich het onbehoorlijk bestuur heeft voorgedaan. Het is zodoende goed mogelijk dat de ook hier van toepassing zijnde verjaringstermijn van vijf jaar zich veel eerder manifesteert dan vijf jaar na het faillissement. Echter, op grond van art. 3:320 jo. 3:321 lid 1 sub d BW loopt de verjaringstermijn van art. 2:9 BW door, als de bestuurder nog in functie is, om te eindigen op het moment dat zes maanden zijn verstreken na het aftreden van de bestuurder.

Op basis van het huidige verjaringsregime, heeft een curator derhalve na datum faillissement ruime mogelijkheden voor het tijdig aansprakelijk stellen van de bestuurders, waarbij het voor bestuurders zinvol is om zich zo kort mogelijk na het faillissement uit te schrijven als bestuurder, indachtig de in de vorige alinea genoemde verjaringstermijn van art. 2:9 BW. Verjaringstermijnen kunnen uiteraard ook worden gestuit, waardoor een nieuwe verjaringstermijn van vijf jaar begint te lopen.<sup>9</sup> Daar wordt door curatoren vaak gebruik van gemaakt. We onthouden ons van een oordeel daarover: de noodzaak tot stuiting kan vele achterliggende oorzaken kennen. We vragen ons wel af wat een juiste balans is in het speelveld van het zwaard van Damocles voor de bestuurders, afgezet tegen de ruime mogelijkheden tot stuiting van verjaring van de curator. Praktische noodzaak, hangende onderzoeken bijvoorbeeld, kan het stuiten van verjaringen begrijpelijk maken, maar we pleiten ervoor om paal en perk te stellen stuitingen van verjaringen sec in te zetten om een gebrek aan urgentie met de mantel der liefde te bedekken. Wij zien daar ook een rol weggelegd voor de toezichthouder binnen faillissementen: de rechter-commissaris. Die zou in onze beleving een actieve rol moeten vervullen als een curator er niet in slaagt zonder stuiting van verjaring tot een oordeelsvorming omtrent bestuurdersaansprakelijkheid te komen en actie te ondernemen.<sup>10</sup> Die rol past mooi binnen de sleutel van art. 64 Fw: de rechter-commissaris houdt toezicht op beheer en vereffening van de

---

9. Uitzondering vormt in het bestuurdersaansprakelijkheidspectrum de verjaring in het kader van de actio Pauliana, die een korter (drie jaar) en dwingend regime kent (zie art. 3:52 lid 1 onder c BW). Zie ook HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:153.

10. Dit in aanvulling op art. 2:138/248 lid 4 BW: “De rechter kan het bedrag waarvoor de bestuurders aansprakelijk zijn verminderen indien hem dit bovenmatig voorkomt, gelet op (...) de wijze waarop dit is afgewikkeld”, hetgeen immers pas een rol speelt in het kader van matiging in geval van een 2:138/248 BW aansprakelijkheid.

failliete boedel, waarbij mede van belang is of de curator zijn rol behoorlijk vervult.<sup>11</sup>

### *Curatorenhandleiding*

Daarnaast is de curator ook gebonden aan niet wettelijke regels, zoals door de rechtbank opgestelde regels, bijvoorbeeld de Curatorenhandleiding waar de Rechtbank Rotterdam gebruik van maakt.<sup>12</sup>

Deze handleiding omvat een regeling waarin van de curator wordt verwacht dat deze in een vroeg stadium, bij voorkeur in het tweede openbaar verslag, in een bericht aan de rechter-commissaris de voorlopige bevindingen met betrekking tot de oorzaken van het faillissement deelt.

Vervolgens moet de curator uiterlijk in/bij het derde faillissementsverslag een definitief standpunt innemen over (i) bestuurdersaansprakelijkheid en (ii) eventuele paulianeuze acties. Ook dient de curator de rechter-commissaris dan te hebben ingelicht over de concrete maatregelen die hij voornemens is te nemen. Dit betekent dat een curator al na zeven maanden een definitief standpunt over bestuurdersaansprakelijk dient te hebben ingenomen.

Een mooi streven. Het ongebruikt laten verstrijken van deze termijn kent echter geen gevolgen. Bovendien wordt er zelden vanuit het toezicht perspectief hard gestuurd op het daadwerkelijk innemen van het betreffende standpunt binnen de hiervoor genoemde termijn.

Hox brengt naar voren dat uit de Curatorenhandleiding Rechtbank Rotterdam een duidelijk tijdspad naar voren komt dat een curator “verplicht” om binnen één jaar een standpunt in te nemen. Hij meent dat dit tijdspad ook een rol kan spelen bij matiging ex art. 2:138/248 lid 4 BW.<sup>13</sup> Wij zouden dat toejuichen, maar hebben daar tegelijkertijd de nodige twijfels bij. De Curatorenhandleiding Rechtbank Rotterdam kent geen vergelijkbare evenknie bij andere rechtbanken. Zou de werking desalniettemin verder gaan dan alleen het arrondissement

- 
11. MvT, Van der Feltz II, p.2. Terzijde, mooi zijn de vragen die hier zijn opgenomen: “*Ja, de ééne rechter-commissaris zal een scherper, de andere een minder scherp toezicht houden. Hoe zal de wet dit kunnen voorkomen? Weet men een middel, om alle rechters-commissarissen tot gelijke opvatting hunner taak te nopen en hen een gelijk toezicht te doen houden?*”
  12. Deze curatorenhandleiding van de Rechtbank Rotterdam is een kleine tien jaar geleden ingevoerd en wordt gemiddeld eens per anderhalf jaar geüpdate.
  13. L. Hox, ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?’, *TvI* 2018/42.



De bestuurder... een weekdier?

Rotterdam? Uitspraken waarbij onder verwijzing naar de Curatorenhandleiding Rechtbank Rotterdam een matiging van aansprakelijkheid is toegewezen, zijn ons niet bekend.

#### *INSOLAD Praktijkregels*

Een andere niet wettelijke regeling, waar de curator aan is gebonden, zijn de INSOLAD Praktijkregels.<sup>14</sup> Praktijkregel 5 bevat enige bepalingen omtrent bestuurdersaansprakelijkheid. Opvallend is dat daarin geen regels zijn opgenomen die maken dat de curator de nodige voortvarendheid aan de dag moet leggen in het nemen van een besluit of hij tot aansprakelijkstelling (c.q. procederen) zal overgaan of niet. Terwijl praktijkregel 5 wél enige andere bepalingen omvat om enige balans te brengen in de machtsverhouding tussen curator en bestuurder. Zo vermeldt praktijkregel 5 de volgende aspecten, waarmee een curator rekening dient te houden:

- Er dient bij een curator sprake te zijn van objectiviteit in zijn oordeelsvorming.
- De curator geeft voordat hij tot een aansprakelijkstelling overgaat het bestuur de mogelijkheid haar visie te geven op de gang van zaken.
- De curator is terughoudend in het doen van uitspraken in het openbaar ten aanzien van mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid.
- Het bestuur wordt alleen aansprakelijk gesteld wanneer de curator ervan overtuigd is dat het bestuur ook aansprakelijk is.
- In geval van een aansprakelijkstelling dient er meer aan de hand te zijn dan slechts schending van de publicatieverplichting van art. 2:138/248 BW.

Terzijde merken wij op dat met enige regelmaat blijkt dat curatoren zelfs deze meest rudimentaire aspecten, zoals vermeld in praktijkregel 5, naast zich neerleggen. Met name de mogelijkheid van het geven van de visie op de gang van zaken, voordat tot aansprakelijkstelling wordt overgegaan, wordt nogal eens genegeerd. Dat leidt voor zover ons bekend is zelden tot aansprakelijkheid van de curator.<sup>15</sup>

Opvallend is dat daar waar de wet bepalingen kent omtrent verjaring en de Curatorenhandleiding van de Rechtbank Rotterdam richtlijnen geeft om zo spoedig

---

14. Officieel zijn alleen curatoren die zijn aangesloten bij INSOLAD gebonden aan deze praktijkregels.

15. Zie de volgende uitspraak, waarin door bestuurders is gesteld dat de curator geen hoor en wederhoor heeft toegepast, maar dit niet tot aansprakelijkheid van de curator heeft geleid: Rb. Limburg 12 oktober 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:9078.

mogelijk tot duidelijkheid te komen of er in de visie van de curator sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid, de INSOLAD praktijkregels hieromtrent geen enkele bepaling of richtsnoer omvatten die de curator de verplichting geeft prudent, maar met gezwinde spoed, duidelijkheid te verstrekken aan het bestuur of er sprake is van aansprakelijkheid en in dat kader ook met enige urgentie te handelen. Daar waar bijvoorbeeld tijdigheid in de communicatie vanuit de curator met de rechter-commissaris wel verwacht wordt, zie praktijkregel 15.2. Ook de noodzaak transparantie aan de hand te leggen in zijn oordeelsvorming en het proces dat daartoe heeft geleid, uiteindelijk ook jegens het bestuur, maakt geen onderdeel uit van de INSOLAD praktijkregels. Dat zou moeten veranderen.

Een curator dient rekening te houden met de bestuurder(s). Voor veel bestuurders is een faillissement en de onzekerheid daaromheen een aangrijpende tijd. Daarbij komt de black box van de periode dat de curator onderzoek doet naar het handelen van de bestuurders en de daar eventueel op volgende procedure. Dat een bestuurdersaansprakelijkheidsonderzoek de nodige tijd in beslag neemt, is logisch. Wanneer een dergelijk onderzoek met enige urgentie – uiterlijk binnen een half jaar na het uitspreken van een faillissement wordt gestart, zo bepleiten wij – hoeft een bestuurder niet jaren in onzekerheid te verkeren.

*Remedie: de klachtplicht?*

De tijd die een procedure in beslag neemt, kan lastig door een curator worden veranderd. De tijd voorafgaand aan een de start van een procedure is wél een periode die afhankelijk is van de curator zelf. Zoals hiervoor uiteengezet vormen verjaringstermijnen geen belangrijke drijfveer voor een curator om binnen een redelijke termijn tot actie over te gaan. Een verjaringstermijn – voor in ieder geval een vordering op grond van art. 2:9, 2:248 en 6:162 BW – kan namelijk zonder toestemming of toezicht van/door een rechter-commissaris worden gestuit.

Naleving van (lokale, waarbij wij nadrukkelijk pleiten voor uniformering binnen de afdelingen toezicht van de Nederlandse rechtbanken, rechtszekerheid en voorspelbaarheid) richtlijnen van rechtbanken kunnen er echter wél aan bijdragen dat een curator een motiverende reden heeft om binnen een bepaalde tijd tot actie over te gaan. Een andere factor die zou kunnen bijdragen aan het (tijdig) actie ondernemen door een curator is de klachtplicht ex art. 6:89 BW.

In jurisprudentie en literatuur is het nodige overwogen en geschreven over toepasselijkheid van de klachtplicht op bestuurdersaansprakelijkheidsvorderin-

gen.<sup>16</sup> In een uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 19 juni 2013 is – voor zover wij hebben kunnen nagaan – toepasselijkheid van de klachtplicht in een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure voor het eerst aan bod gekomen.<sup>17</sup> In deze uitspraak oordeelde de rechtbank dat de klachtplicht toepasselijk is op een vordering door de curator gegrond op art. 2:9 BW. In latere jurisprudentie is deze beslissing ook herhaald.<sup>18</sup>

Binnen de rechtspraak bestaat echter verdeeldheid over de toepasselijkheid van de klachtplicht. Zo zijn er uitspraken waarin juist wordt geoordeeld dat de klachtplicht niet van toepassing is op een bestuurdersaansprakelijkheidsvordering door de curator.<sup>19</sup> De toelichting hierop is in het kort dat de verplichting van een bestuurder om zijn bestuurstaak behoorlijk te vervullen niet kan worden gezien als een verbintenis waarop art. 6:74-6:94 BW van toepassing is.

Toepasselijkheid van de klachtplicht op in ieder geval een vordering ex art. 2:9 BW leidt ertoe dat een curator verplicht wordt om binnen bekwame tijd te 'klagen' over de mogelijk onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurders. Het sturen van een aansprakelijkstelling aan de betreffende bestuurder waarin de vermeende vordering wordt genoemd, wordt als voldoende klagen gezien. Toepasselijkheid van de klachtplicht kan een grote sturende factor zijn voor de doorlooptijd van een faillissement, waarbij wordt gedoeld op de voortvarend-

- 
16. Zie in literatuur onder meer: J.B. Huizink, 'Bij bestuurdersaansprakelijkheid hoort geen klachtplicht', *O&F* 2018-3, p. 5-13; S.A.L.L. Caris & D.J.M. Kulk, 'Interne bestuurdersaansprakelijkheid en de klachtplicht: de uitzondering op de regel of de regel op de uitzondering?', *MvO* 2018, afl. 8-9; R.P.J.L. Tjittes, *Een klachtplicht bij interne bestuurdersaansprakelijkheid?*, in: G. van Solinge, J. van Bekkum, N. Kreileman & B.A. Schuijling (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 473-488; M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, *De curator en interne bestuurdersaansprakelijkheid*, in: P.H.W. Schreurs, J.J. Reiziger, E.A.H. ten Berge, F.F.A. Smetsers, E.J.R. Verwey & A.M.T. Weersink (red.), *De gereedheidskist van de curator: Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 12; A.J.P. Schild, *De klachtplicht en bestuurdersaansprakelijkheid, bien étonnés de se trouver ensemble?*, in: E.B. Rank-Berenschot, L. Strikwerda, L. Timmerman, & P. Vlas (red.), *Alles afgewogen: privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan mr. C.L. de Vries Lentsch-Kostense ter gelegenheid van haar afscheid als Plaatsvervangend Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 59-66.; A.J. Rijsterborgh & Z.D. Veldhoen, 'De onwenselijkheid van de toepassing van de klachtplicht uit art. 6:89 BW op vorderingen ex art. 2:9 BW: een dogmatisch en praktisch perspectief', *MvV* 2015, p. 101-103.
17. Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225 (*Landis*).
18. Rb. Midden Nederland 3 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6198.
19. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:523; Rb. Zeeland-West-Brabant 14 september 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:5790; Rb. Zeeland-West-Brabant 4 juli 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:3892; Rb. Zeeland-West-Brabant 5 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:9203.

heid van een curator in zijn rechtmatigheidsonderzoek en een eventueel daaropvolgende bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure.

Het van toepassing verklaren van de klachtplicht op (alle) bestuurdersaansprakelijkheidsvorderingen kan wellicht als de motiverende factor voor een curator worden gezien om tijdig over te gaan tot het aansprakelijk stellen van een bestuurder. Het geeft in ieder geval een bestuurder enige zekerheid omtrent een redelijke doorlooptijd van een rechtmatigheidsonderzoek, aansprakelijkstelling en starten van een procedure in het krachtenveld van disbalans tussen een curator en bestuurder. Alhoewel dogmatisch wellicht lastig in de wet in te passen op aansprakelijkheidsgronden van art. 2:138/248 BW en 6:162 BW, zou bijvoorbeeld aanpassing van de INSOLAD praktijkregels (alhoewel deze strikt genomen alleen van toepassing zijn op curatoren die lid zijn van INSOLAD) richtinggevend kunnen zijn.

### **3. Communicatie en voorspelbaarheid**

In 2019 pleitten mrs. Frima en De Vos, (destijds) rechters-commissarissen bij de Rechtbank Rotterdam respectievelijk Rechtbank Amsterdam, voor aanpassing van art. 68 lid 3 Fw. Zij maakten zich hard voor het standaard laten horen van een bestuurder, alvorens de rechter-commissaris een beslissing neemt ex art. 68 lid 3 Fw of er toestemming wordt verleend voor procederen of niet. Zij schreven onder meer:

*“Met een aanpassing van art. 68 lid 3 Fw, in die zin dat een wederpartij eerst gehoord dient te worden alvorens een rechter-commissaris beslist op een verzoek van de curator om een procedure te entameren, worden de belangen van alle betrokkenen beter geborgd. De rechter-commissaris kan (nog) beter geïnformeerd dan thans een beslissing op het toestemmingsverzoek nemen, en de potentiële wederpartij weet dat bij de beslissing ook zijn standpunt is meegenomen.”*

Bij de Rechtbank Rotterdam is – waarschijnlijk om de conclusies uit voormeld artikel handen en voeten te kunnen geven – een “vragenlijst machtiging procedure” ingevoerd (de meest recente en tot op heden enige versie is gedateerd 29 april 2020, hierna: de “vragenlijst”). De vragenlijst, bijgevoegd bij dit artikel, omvat allerhande vragen die een curator dient te beantwoorden wanneer een machtigingsverzoek ex art. 68 lid 3 Fw aan de rechter-commissaris wordt gedaan.

### De bestuurder... een weekdier?

Deze vragenlijst kan (ook) worden gezien als een nadere invulling van het vereiste zoals dat is opgenomen in de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling (2021). In art. 3.2 onder d is daarin opgenomen:

*“Indien het verzoek strekt tot het verkrijgen van een machtiging om te procederen inzake bestuurdersaansprakelijkheid, legt de curator een schriftelijk standpunt van iedere aangesproken bestuurder over en vermeldt hij of de aangesproken bestuurder verhaal biedt.”*

In het artikel van Frima en De Vos wordt ook ingegaan op verhaalsmogelijkheden, alsmede maximale kosten en kosten-baten analyse. Dit zijn ook aspecten die terugkomen in de vragenlijst machtiging procedure.

In de praktijk blijkt dat als deze elementen al een rol spelen bij de afweging goedkeuring te verlenen voor het starten van een procedure, deze aspecten in ieder geval geen onderdeel uit maken van het standaard horen van de wederpartij van de curator.

Wellicht lijkt dat wat vreemd, het horen van een wederpartij van de curator omtrent (onder meer) verhaalsmogelijkheden.<sup>20</sup> Maar zo vreemd is dat niet, nu in het kader van een gedegen beeldvorming rondom het verstrekken van goedkeuring voor het starten van een procedure juist het verhaal cruciaal zou moeten zijn. Immers, er wordt per saldo geprocedeerd op kosten van de betreffende crediteuren die, mocht er geen verhaal blijken te zijn, ten nadele van hun eigen uitkering de curator zien acteren.

Van een curator mag een grote mate van zorgvuldigheid worden verwacht om tot het starten van een procedure over gaan. In dat kader lijkt het dan ook niet meer dan voor de hand liggend dat een rechter-commissaris zich aan de hand van gedegen informatie, inclusief die rondom verhaalsmogelijkheden, een compleet beeld zal vormen. De curator zal de rechter-commissaris van de nodige informatie dienen te voorzien, inclusief de informatie die hij zal verkrijgen van de Belastingdienst in het kader van een verhaalsonderzoek maar een check bij de bestuurder lijkt ook op zijn plaats.<sup>21</sup>

Een juiste afweging door een rechter-commissaris, die voorspelbaar is, transparant en recht doet aan de mogelijkheid voor een bestuurder om een eigen

---

20. Zie in dat kader de beperkingen zoals die voortvloeien uit HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2997.

21. Zie ook HR 20 september 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0338, NJ 1992/552 (*Tripels/Masson*).

visie te verschaffen aan de rechter-commissaris vóórdat het besluit tot het opstellen van een dagvaarding, of - nog verregaander - tot het betrekken van de bestuurder in een procedure is gegeven, is wenselijk. Immers, ook een rechter-commissaris zal zich een bepaald beeld hebben gevormd van het bestuur van een vennootschap. Nu de informatieverstrekking in de regel een eenzijdige zal zijn (te weten van de curator aan de rechter-commissaris), zal de beeldvorming van een rechter-commissaris er onvermijdelijk ook een zijn, die gekleurd is door een zekere bias. De mogelijkheid van het tijdig, volledig en transparant schetsen van een eigen visie op feiten door de bestuurder, is dan ook noodzakelijk om een bestuurder de kans te geven gemaakte beeldvorming te nuanceren.

In het kader van dit artikel is een korte inventarisatie gedaan bij curatoren verbonden aan andere rechtbanken dan Rotterdam, te weten Amsterdam, Den Haag en Midden-Nederland. Bij die rechtbanken lijkt geen gebruik te worden gemaakt van een soortgelijke vragenlijst. Bovendien komt er een wisselend beeld naar voren over hoe rechter-commissarissen omgaan met het verlenen van goedkeuring aan de curator om tot procederen over te gaan en de wens tot verkrijging van de benodigde informatie om daaromtrent een gedegen afweging te maken.

Wij pleiten voor een uniform beleid binnen de afdelingen toezicht faillissementen waarbij, naast het gebruiken van de vragenlijst, het horen van de bestuurders alvorens overwogen wordt of een procesmachtiging wordt verleend, standaard praktijk wordt.

#### **4. Equality of arms**

Het beginsel van ‘equality of arms’ is vastgelegd in art. 6 EVRM. In het kort houdt het in dat een partij recht heeft op een eerlijk proces. Uiteraard speelt dit beginsel ook een rol in faillissementen.

In de verhouding tussen een curator en een bestuurder speelt het beginsel van equality of arms bijvoorbeeld een rol in de beschikking over (i) administratieve bescheiden die de curator onder zich houdt ten opzichte van een bestuurder, maar ook (ii) in de financiële middelen om een procedure te voeren.

##### *(i) Administratieve bescheiden*

Daar waar het gaat om informatie waar een bestuurder over dient te kunnen beschikken in het kader van verweer tegen aantijgingen van de curator, is een aantal uitspraken uit het recentere verleden relevant. Rechtbank Haarlem oor-

De bestuurder... een weekdier?

deelde<sup>22</sup> in een geschil daaromtrent met tussen bestuurders en curatoren van KPNQwest als volgt:

*“De rechtbank is van oordeel dat wanneer bestuurders en commissarissen van een gefailleerde vennootschap op grond van art. 2:138 respectievelijk 2:149 BW worden aangesproken op kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en in het bijzonder vanwege schending van de administratieplicht, zij over de administratie van die vennootschap moeten kunnen beschikken om op basis daarvan verantwoording over het gevoerde beleid en het toezicht daarop te kunnen afleggen en zich op adequate wijze te kunnen verweren tegen de verwijten van de curatoren.”*

Uit kort daarna gewezen andere uitspraken, volgt eenzelfde beeld.<sup>23</sup> Met een verwijzing naar art. 6 EVRM geldt dat bestuurders die worden aangesproken door een curator, recht hebben en houden op inzage in de administratie van de failliete vennootschap.<sup>24</sup>

*(ii) Financiële middelen*

Waar het voor bestuurders vaak misgaat en het beginsel van equality of arms lijkt te worden doorbroken, is in geval van beslaglegging door een curator op actief van de bestuurder, of op mogelijke uitkeringen onder een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering.

Indien een bestuurder door een curator aansprakelijk wordt gesteld, zal de bestuurder in beginsel verweer willen voeren. Een curator gaat in de regel over tot het leggen van conservatoir beslag ter zekerstelling van zijn (vermeende) vordering op de bestuurder. Dit beslag kan zich onder meer uitstrekken tot de bankrekeningen van de bestuurder, maar ook tot onroerend goed dat op naam staat van de bestuurder of op toekomstige uitkeringen onder een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering.

Door de gelegde beslagen is het mogelijk dat de bestuurder niet langer over middelen beschikt om deugdelijk verweer te voeren tegen de aansprakelijkstelling.

22. Rb. Haarlem, 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX9895.

23. Rb. 's-Hertogenbosch 14 november 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY7562, *JOR* 2013/68 en Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:703, *JOR* 2014/285.

24. In dezelfde zin, zie onder meer A. Goossens en M. Kalff, *FIP* 2015, 37 en J.J. Reiziger & A. van der Schee, *De curator en informatie. Insolad Jaarboek*, Deventer: Kluwer 2013, p. 39 e.v.; Rb. Rotterdam 28 december 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:11471, r.o. 3.6.

Dit in tegenstelling tot de curator die beschikt over de boedel van gefailleerde en ook een garantstelling op basis van de Garantstellingsregeling Curatoren 2012 kan aanvragen ter bekostiging van een procedure. De vraag rijst of er hierdoor sprake kan zijn van strijd met de equality of arms.

Er zijn verschillende uitspraken gepubliceerd over casussen waarin een curator beslag had gelegd op toekomstige uitkeringen onder de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering en door de bestuurder om opheffing van dit beslag werd verzocht in het kader van de mogelijkheid tot het voeren van deugdelijk verweer.<sup>25</sup>

In deze (gepubliceerde) uitspraken is vooral de belangenafweging relevant bij het oordeel over het opheffen van het beslag. Zo wordt meegewogen dat een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering juist is afgesloten voor eventuele persoonlijke aansprakelijkheidsprocedures. Ook wordt meegewogen of de bestuurder in staat is deugdelijk verweer te voeren zonder gebruikmaking van de verzekering. Met andere woorden of de bestuurder zelf over voldoende financiële middelen beschikt.<sup>26</sup> Wanneer een bestuurder onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt niet zelf in staat te zijn de kosten voor verweer te voldoen, zal een verzoek tot opheffing niet slagen.<sup>27</sup>

De belangen die hier tegenover elkaar staan, betreffen het belang van de curator bij verhaal tegenover het belang van de bestuurder om zich op een deugdelijke wijze te kunnen verweren. Het beginsel van equality of arms speelt niet alleen bij beslag op een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering een rol, maar bijvoorbeeld ook bij beslag op de bankrekeningen van de aansprakelijkgestelde bestuurder. Ook in dat geval kan worden gezegd dat een curator een belangenafweging moet maken en daarbij rekening moet houden met het gegeven dat een bestuurder ook verweer moet kunnen voeren. Ook hierbij is van belang of een bestuurder niet over andere, dan de beslagen rekeningen, financiële middelen beschikt om deugdelijk verweer te voeren.

In geval van beslag ten laste van een bestuurder onder een D&O-verzekeraar, zullen de gevolgen voor een bestuurder, ook al beschikt deze zelf niet over voldoende fondsen om een kort geding op te starten te overzien zijn. De verzekeraar zal dan tegen de achtergrond van het “non peius” beginsel zelf een kort

---

25. Zie bijv. Hof Amsterdam 9 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG4513, r.o. 2.8

26. Rb. Rotterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7614, *JOR* 2015/312, m.nt. M.L.S. Kalf, r.o. 4.8-4.9.

27. Hof Amsterdam 9 september 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG4513, r.o. 2.10.



De bestuurder... een weekdier?

geding starten tegen de curator om in ieder geval in staat gesteld te worden voldoende fondsen onder de verzekering ter beschikking te kunnen stellen aan de bestuurder om zich in het kader van de bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering te kunnen verweren.

Problemen nemen in omvang toe, wanneer de bestuurder over onvoldoende fondsen beschikt om in een kort geding de beslaglegging aan te vechten omdat hij anders niet over middelen beschikt zich te verweren tegen de curator. Hij dreigt dan in een catch 22 situatie te belanden.

Van equality of arms kan in een dergelijk geval niet worden gesproken. Een bestuurder zal dan ook de beschikking moeten krijgen over een zodanig “beslagvrij” bedrag, waaraan een curator desgevraagd zal dienen mee te werken, dat hij in staat is zich afdoende te verweren. Hierbij kan worden aangesloten bij de (gepubliceerde) uitspraken inzake beslag op een bestuurdersaansprakelijkheidsverzekering en de belangenafweging die in dat geval wordt gemaakt.

## **5. Art. 2:248 lid 4 BW**

Indien een vordering van de curator jegens een bestuurder ex art. 2:248 BW door de rechter wordt toegewezen, kan de vordering van de curator worden gematigd. In lid 4 van het artikel is vastgelegd dat een rechter in verschillende omstandigheden het bedrag waarvoor de bestuurder aansprakelijk is kan verminderen. De in lid 4 genoemde gronden zijn limitatief, hetgeen recent door de Hoge Raad is bevestigd.<sup>28</sup> De gronden voor matiging zijn derhalve (i) de aard en de ernst van de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur, (ii) de andere oorzaken van het faillissement en (iii) de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Deze laatste (iii) grondslag is in het kader van dit artikel interessant.

Bij een veroordeling van de bestuurder in het boedeltekort op grond van art. 2:248 BW dient namelijk ook te worden gekeken naar de wijze waarop het faillissement is afgewikkeld. Indien het boedeltekort de rechter bovenmatig voorkomt, gelet op de wijze van afwikkeling, kan dit bedrag worden gematigd. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan verkopen door de curator waarbij geen maximale opbrengst is bewerkstelligd, hetgeen tot een groter boedeltekort heeft geleid.<sup>29</sup> Een wijze van afwikkeling van het faillissement die tot een toename van het boedeltekort leidt, kan dan ook leiden tot een matiging van

28. HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, *NJ* 2022/184.

29. Zie bijv. Concl. A-G B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2022:47, bij HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, *NJ* 2022/184.

de vordering.<sup>30</sup> In jurisprudentie is dit nader uitgewerkt, waarbij een beroep op matiging slaagt wanneer de toename van het boedeltekort bijvoorbeeld is veroorzaakt door het door de curator op ongunstige wijze te gelde maken van het actief van de gefailleerde vennootschap of door het ten onrechte erkennen van vordering. Er is echter weinig jurisprudentie waarbij een beroep op matiging op grond van de wijze van afwikkeling van het faillissement slaagt.

Het recente arrest van de Hoge Raad heeft ook nogmaals bevestigd dat de grondslagen in art. 2:248 lid 4 BW limitatief zijn en dat een beroep op matiging derhalve alleen slaagt wanneer de oorzaak hiervan in één van de factoren uit lid 4 te vinden is.<sup>31</sup> Een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure waarin A-G Drijber begin december 2022 een conclusie heeft geschreven, laat wederom zien dat de matigingsgronden limitatief en beperkt worden uitgelegd.<sup>32</sup> In deze procedure heeft het hof een beroep op matiging toegewezen, waarbij het hof verschillende omstandigheden in aanmerking heeft genomen, zoals de geringe beloning van de bestuurder, beperkte winstgevendheid van de activiteit en dat concrete aanwijzingen ontbreken dat de bestuurders zich daadwerkelijk persoonlijk op grove/ontoelaatbare wijze hebben verrijkt. De curator is in cassatie gegaan tegen dit arrest en heeft zijn grieven gericht tegen de door het hof toegewezen matiging van 10%, waarbij hij onder meer stelt dat het hof heeft miskend dat de opsomming van de matigingsfactoren in art. 2:248 lid 4 BW limitatief is. De A-G concludeert dat deze grieven slagen. Volgens de A-G heeft het hof miskend dat art. 2:248 lid 4 BW een limitatief karakter kent, nu het hof omstandigheden aan het matigingsoordeel ten grondslag heeft gelegd die niet onder de matigingsfactoren uit art. 2:248 lid 4 vallen. De hiervoor genoemde omstandigheden kunnen volgens de A-G derhalve niet allemaal onder de limitatieve matigingsgronden worden geschaard.<sup>33</sup>

Al met al geven de matigingsgronden van art. 2:248 lid 4 BW weinig bewegingsruimte voor de bestuurders. De matigingsgronden zijn limitatief en jurisprudentie laat zien dat er sprake is van strikte toepassing. Een ruimere/ruimhartigere toepassing van deze matigingsfactoren kan meer mogelijkheden geven aan bestuurders die aansprakelijk worden gesteld ex art. 2:248 BW. Is er echter

---

30. Zie ook: Rb. Midden-Nederland 16 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5964; Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3225.

31. HR 13 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:691, *NJ* 2022/184.

32. Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NLPHR:2022:1136.

33. Zie opm. 4.9-4.16, Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NLPHR:2022:1136.

De bestuurder... een weekdier?

sprake van een van de matigingsgronden, dan – zo volgt uit recente rechtspraak – zijn rechters bereid om matiging ook in de praktijk te brengen.<sup>34</sup>

## 6. Tot slot

Hiervoor zijn wij ingegaan op een aantal onderwerpen die passen in de discussie rondom een humanere benadering van bestuurdersaansprakelijkheid. De doorlooptijd van een faillissement en meer specifiek een bestuurdersaansprakelijkheidsprocedure in faillissement is besproken, waarbij ook eventuele oplossingen voor de versnelling en verduidelijking van een dergelijke procedure voor een bestuurder zijn genoemd. De communicatie en voorspelbaarheid zijn als onderwerp aan de orde gekomen, waarbij de procesmachtiging ex art. 68 lid 3 Fw is besproken. Het opvragen van de administratie en ook de financiële middelen voor het voeren van een procedure zijn aan de hand van equality of arms besproken. Als laatste onderwerp is kort de matiging van een aansprakelijkheid van een bestuurder ex art. 2:248 BW behandeld.

Op basis van het voorgaande is onze overweging dat de ruimte die een curator heeft om bestuurders aan te spreken en in het ongewisse te laten omtrent zijn vervolgstappen, een duidelijker kader verdient. Dit kader zou nader geschetst kunnen worden in handleidingen voor curatoren, die het verdienen een uniforme tekst en werking te hebben binnen Nederland. Ook bestuurders hebben recht op voorspelbaarheid en transparantie. Ook zij hebben recht op een “level playing field”.

De balans curator ⇔ bestuurder is vanwege onvoldoende aandacht in het verleden voor deze situatie zoek. Er zijn goede stappen gezet om die balans te vinden, maar deze stappen kunnen nader worden uitgewerkt, zoals wij in dit artikel betogen.

---

34. Zie onder meer: Hof 's-Hertogenbosch 6 december 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:4179; Rb. Oost-Brabant 26 oktober 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:4668; *HERO* 2023 / B-004, M.K. Tiemensma, e-ISSN 2667-3568, M.A.D. Lex.



BIJLAGE 1 – Machtigingsverzoek ex artikel 68, lid 3 Fw, voeren procedure

|                                |  |
|--------------------------------|--|
| Faillissementsnaam:            |  |
| Faillissementsnummer:          |  |
| Uitgesproken op:               |  |
| Samenhangende faillissementen: |  |
| Rechter-commissaris:           |  |
| Curator:                       |  |
| Naam wederpartij:              |  |
| Bijstand advocaat door:        |  |

**A. Dispuut**

1. Omschrijving geschil:

2. Omvang geschil:

3. Ondernomen acties:

4. Standpunt wederpartij:

5. Aantal keren overleg met wederpartij en uitkomsten daarvan:

6. Standpunt grootste schuldeiser (of – voorlopige – schuldeiserscommissie):

## **B. Financieel**

1. Uitkomst verhaalonderzoek:

2. In geval van GSR, wat is het plafond:

3. Kosten begroting procedure:

4. Kosten beslaglegging:

5. Kosten-baten analyse:

## **C. Alternatieve geschil oplossing**

1. Welke opties zijn beschikbaar:

2. Welke zijn er besproken:

3. Kosten begroting alternatief:

4. Bij afwijzing; om welke reden(en):

5. Kosten-baten analyse:

**D. Proces advies**

1. Second opinion:

2. Nadere toelichting indien niet een advocaat van een ander kantoor dan dat van de curator:

3. Naam procesadvocaat:

4. Nadere toelichting indien niet een advocaat van een ander kantoor dan dat van de curator:

**E. Dit formulier dient wel / niet vertrouwelijk te worden behandeld**

1. Reden(en) van vertrouwelijkheid:

**F. Indien niet alle vragen zijn beantwoord**

1. Reden(en) daartoe:

Datum verzoek:

## **Rights are lost by abuse<sup>1</sup>**

En dus een schone taak voor INSOLAD ten behoeve van curatoren en andere gelaedeerden bij milieuschade

*MR. DRS. S.B. JONASSE, MR. R.C.M. VAN MOORSEL<sup>2</sup>*

### **1. Inleiding**

Schade door milieuverontreiniging is voor de omgeving zeer ingrijpend. Het duurt vaak lang voordat men het aangetaste kan (proberen te) herstellen en voordat de schade aan de gelaedeerden is vergoed. Dit artikel gaat over een bijkomende, ernstige situatie: de rechtspersoon die de schade heeft veroorzaakt is failliet waardoor degenen die fysiek en / of in hun leefomgeving schade hebben ondervonden van de milieuverontreiniging in de praktijk zelden de schade vergoed zullen zien. In deze bijdrage doen wij een suggestie hoe dat te veranderen door middel van een alternatieve wijze van de afwikkeling van het faillissement door de curator.

Het is op zichzelf genomen al onwenselijk dat een normale schuldeiser in faillissement vrijwel niets van zijn vordering terugziet, maar voor een schuldeiser die een vordering heeft op grond van door hem geleden schade komt daar nog iets bij. Hij is namelijk onvrijwillig schuldeiser. Nooit heeft hij gewild dat tegenover hem een onrechtmatige daad zou worden gepleegd en dat hij de daardoor opgelopen schade zou moeten proberen te verhalen op de gefailleerde dader. Spiegelbeeldig: een contractuele schuldeiser is ooit willens en wetens een rechtsbetrekking met zijn wederpartij aangegaan. Voor een dergelijke schuldeiser is het natuurlijk ook niet prettig om na faillissement met een onvoldane vordering thuis te zitten, maar deze heeft zich op zijn minst van die mogelijkheid kunnen vergewissen.<sup>3</sup> Tussen deze twee types schuldeisers wordt geen onderscheid gemaakt in de huidige faillissementsprocedure. De problematiek doet zich ook

- 
1. Bewerking door de auteur van legal maxim "Rights are lost by disuse", gerapporteerd in Henry Louis Mencken, *A new dictionary of quotations on historical principles from ancient and modern sources* (1946), p. 1044.
  2. Dit artikel is geschreven door mr. R.C.M. van Moorsel, advocaat bij Corporate & Recovery, legal en voormalig curator, en mr. drs. S.B. Jonasse, docent-onderzoeker aan de afdeling Privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.
  3. Met zo nodig een Beklamel-achtige aanspraak in specifieke gevallen.

voor bij andere vormen van onvrijwillige schade. De door ons geschetste oplossing aan het eind van dit artikel zou ook daarvoor kunnen worden aangewend. De toepassing van ons voorstel is dus (potentieel) ruimer dan milieuschade alleen.<sup>4</sup>

Dat er niets te verdelen valt onder de normale schuldeisers en ook de overheden er veel te bekaaid afkomen komt door een aantal factoren, waarvan de eerste hier al kort besproken wordt. In een faillissement innen de separatisten, veelal de banken, het gros zo niet al het geld waardoor er niets te verdelen valt.<sup>5</sup> Wij zullen in dit artikel bespreken dat vooral de *aandeelhouders* van de banken voordeel trekken uit de praktijk om zekerheden te verschaffen. Daarnaast is van belang dat banken zeer professionele vrijwillige schuldeisers zijn die van alle externen het beste inzicht hebben in de financiële status en de activiteiten van de gefailleerde rechtspersoon. Zij hebben daarmee ook, als geen andere externe partij, de macht om (monetair) bij te sturen. Deze macht ligt niet in de la, maar op tafel. Dat maakt het verschil in uitkeringspercentages tussen onvrijwillige schuldeisers en separatisten des te schrijnender en zet het faillissementsrechtelijke beginsel van “gelijke verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers” verder onder druk. De professionaliteit, het inzicht en de daaruit voortvloeiende macht van de banken vloeit voort uit het feit dat het “zijn” van vrijwillig schuldeiser hun *core business* is. Een deel van het bankbedrijf bestaat naast het optimaliseren van de opbrengst uit het overtuigen van “degenen die erover gaan” van het grote belang van het separatisme. Met als risico dat in maatschappelijk opzicht over het doel heen wordt geschoten. Dit doet zich het meest pregnant voor ten opzichte *onvrijwillige* schuldeisers.

In bredere zin kan worden gesignaleerd dat de tendens ten gunste van het separatisme in gang is gezet, bestendig, en geïntensiveerd door de vele uitspraken van de Hoge Raad. Het is tijd dat deze ontwikkeling wordt omgekeerd. Dat is gemakkelijker gezegd dan gedaan, want de belangen zijn zeer groot en degenen die erin zijn geslaagd om er goed uit te springen zijn begrijpelijkerwijs niet voornemens om de voorsprong uit handen te geven.

In paragraaf 2 beschrijven wij, mede onder verwijzing naar nationale en internationale literatuur, hoe vrijwillige schuldeisers van onvrijwillige schuldeisers verschillen en waarom dit onderscheid een aparte behandeling rechtvaardigt.

---

4. Voor de leesbaarheid zullen wij dat niet telkens herhalen.

5. Zie onder meer het artikel van de bankjuristen Messelink, Verhoeven en Tuijl, *Wolters Kluwer 2022*, mr. K.A. Messelink, mr. M.L. Tuijl, mr. R.H.W.A. Verhoeven, bijdrage in: B. Rikkers e.a. (red.), *Het Verdelingsvraagstuk. Insolad Jaarboek 2022*, p. 259-293.



Daarna staan we in paragraaf 3 nader stil bij de grote verschillen in de uitkeringspercentages tussen typen faillissementsschuldeisers en de oorzaken daarvan. Vervolgens wordt in paragraaf 4 een alternatieve rangorde van schuldeisers voorgesteld met als doel het verschil in uitkeringspercentages te herstellen tussen zij die gekozen hebben en zij die geen keus hadden, en hoe degenen die geen keus hadden - inclusief de curatoren - zekerheid kunnen krijgen dat zij schadeloos worden gesteld voor milieuschade. Tot slot wordt in paragraaf 5 geconcludeerd dat het hoog tijd is om het wettelijke bestel van de huidige faillissementsprocedure in dit soort situaties te wijzigen, waarin het de taak van de curator wordt om bij de afwikkeling van het faillissement eerst de onvrijwillige schuldeisers te voldoen, en waarom INSOLAD zich daarvoor goed kan, en inmiddels wel moet, inzetten.

## **2. Degenen die konden kiezen vs. degenen die geen keus hadden**

### *2.1. Inleiding*

De positie van een onvrijwillige schuldeiser is anders dan die van de vrijwillige schuldeiser. Daar liggen drie redenen aan ten grondslag. Ten eerste is het zo dat een vrijwillige schuldeiser zijn wederpartij kiest evenals de inhoud waar hij over contracteert. De onvrijwillige schuldeiser doet dat niet. Hij kiest noch voor zijn wederpartij, noch voor “de inhoud” van de schade die hem is aangedaan. Ten tweede geldt dat een vrijwillige schuldeiser onderzoek kan doen naar zijn wederpartij. Hij kan bijvoorbeeld in zijn overweging meenemen wat de kredietwaardigheid van zijn wederpartij is – denk in het kader van concerns aan eventueel door de moederverenootschap afgegeven 403-verklaringen – en wat de kans is dat er iets misgaat in de uitvoering van de overeenkomst. Op basis van dat onderzoek kan een vrijwillige schuldeiser besluiten om een vorm van zekerheid af te dwingen en dat is dan ook precies wat separatisten doen. Een onvrijwillige schuldeiser heeft naar zijn aard geen onderzoek gedaan naar de wederpartij waar hij zich onvrijwillig mee geconfronteerd ziet en kan dus ook geen zekerheden afdwingen. Ten derde hoopt de vrijwillige schuldeiser, als alles volgens plan verloopt, winst te behalen uit de overeenkomst die hij gesloten heeft. Hij hoopt op een win-winsituatie. Die vlieger gaat voor een onvrijwillige schuldeiser niet op; hij kan hoogstens gecompenseerd worden voor de schade die hem is aangedaan, maar zal hoogstwaarschijnlijk liever hebben dat de onrechtmatige daad die hem is aangedaan in zijn geheel niet voorgevallen zou zijn. Een vrijwillige schuldeiser kiest zijn wederpartij en de inhoud van de overeenkomst, kan daarvoor onderzoek doen en zekerheid afdwingen, en hoopt uit de overeenkomst voordeel te behalen. Zijn tegenhanger is dat onvrijwillig, heeft geen onderzoek

kunnen doen of zekerheid kunnen bedwingen, en ligt voor hem geen potentieel voordeel in het verschiet.

## 2.2. *Onvrijwillige schuldeisers in faillissement*

Op dit moment wordt in de Faillissementswet geen onderscheid gemaakt tussen vrijwillige en onvrijwillige schuldeisers. Als een onderneming activiteiten heeft ontplooid leidend tot milieuschade bij derden en deze onderneming failliet, zullen de gelaedeerden als concurrent schuldeiser achter in de rij staan of soms zelfs nog een positie *in* de rij moeten bevechten en daarvoor een discussie moeten aangaan over wanneer de schade is ontstaan. In praktisch opzicht is de uitkomst vaak hetzelfde, de gelaedeerden krijgen niets. Daar komt bij dat, afgezien van de afwikkeling van het actief, de mogelijkheden van de gelaedeerden om de betrokkenen die wel een keus hadden aan te spreken, tijdrovend en lastig zijn.<sup>6</sup>

De partijen die intensiever dan de gelaedeerden betrokken zijn bij deze onderneming, zoals bijvoorbeeld banken of belangrijke leveranciers van grondstoffen, hebben vaak wel een sterke faillissementspositie. Zij zijn vaak separatist en kunnen hun rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is. Kort gezegd komt het neer op het volgende. Als een onderneming (door banken gefinancierde) activiteiten ontplooit die milieuschade bij derden veroorzaakt heeft, die daar part noch deel aan hadden, en deze onderneming failliet gaat, dan zien de banken veel van hun geleende geld terug. Zij die hun leven en/of fysieke leefomgeving aangetast hebben zien worden, staan met lege of vrijwel lege handen. Dat is onrechtvaardig.

De huidige faillissementsrechtelijke verdeling onder schuldeisers gaat namelijk volledig voorbij aan een elementair deel van het schuldeiserschap – is de schuldeiser dat vrijwillig, of juist niet? Scherper gesteld: waarom laten wij het nog toe dat de “dikke bult” van degenen die geen keus hadden, zoveel groter is dan degenen die “eigen schuld” hadden?

Een goed (en pijnlijk) voorbeeld van onvrijwillige schuldeisers komt voor in de arresten van het gerechtshof Den Haag in de Shell/Nigeria-zaak.<sup>7</sup> In die zaak

---

6. Ook daarin verschillen de onvrijwillige schuldeisers van de separatisten. Zo is volgens Meselink, Verhoeven en Tuijl juist de snelheid de reden waarom Nederland zo extreem hoog scoorde bij het onderzoek van de World Bank naar recovery rates.

7. Arresten van hof Den Haag 29 januari 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:132 – 134. NB. De vorderingen werden materieel naar Nigeriaans recht beoordeeld.

ging het mede om aansprakelijkheid voor door Shell veroorzaakte milieuschade ten gevolge van olie lekkages. De schuldeisers bestonden uit de lokale Nigeriaanse gemeenschappen die getroffen waren door voornoemde olie lekkages. Zij waren dus schuldeisers op onvrijwillige basis. Een van de rechtsvragen was of naast Shell Nigeria ook de moedervereniging daarvan, Shell Nederland, aansprakelijk gehouden kon worden voor de veroorzaakte milieuschade. Het antwoord van het hof Den Haag was daarop ontkennend. Deze casus heeft de Nederlandse pennen in beweging gekregen. Wij bespreken vier artikelen die, los van die specifieke zaak, interessant zijn voor het debat vrijwillig / onvrijwillig.

#### *Van Dam*

Van Dam maakt een onderscheid tussen vrijwillige schuldeisers en onvrijwillige schuldeisers. Vrijwillige schuldeisers kunnen risico's voorzien, beperken, voorkomen en de gevolgen ervan spreiden. Dat kunnen onvrijwillige schuldeisers niet.<sup>8</sup> Van Dam is mede daarom van mening dat enige risico-externalisatie in geval van vrijwillige schuldeisers in beginsel geoorloofd is, maar dat dat anders ligt bij onvrijwillige schuldeisers. Als de schade die derden lijden door het onrechtmatige gedrag van de dochter personenschade, zaakschade of milieuschade betreft, is een dergelijke externalisatie nog minder snel geoorloofd. De bescherming die de moeder heeft tegenover onvrijwillige schuldeisers strekt te ver, want leidt ertoe dat de moeder wel de lusten van de dochter geniet maar niet de lasten hoeft te dragen. Moeders zouden dus aansprakelijk gehouden moeten worden voor onrechtmatige gedragingen van hun dochter(s). Verder stelt van Dam dat concerns heden ten dage sterk verticaal georganiseerd zijn en dat daarbinnen de grenzen van rechtspersoonlijkheid en eigendom illusoir zijn.

#### *De Kluiver*

De Kluiver ziet als achterliggende principiële discussie van de Shell/Nigeria-zaken de vraag of onvrijwillige schuldeisers niet disproportioneel benadeeld worden door de beperkte aansprakelijkheid van de moeder.<sup>9</sup> Het onderscheid tussen onvrijwillige schuldeisers en vrijwillige schuldeisers ligt ook voor hem in het feit dat eerstgenoemde geen kans heeft gehad om een risicoafweging te maken. Centraal staat welke risicoverdeling rechtseconomisch passend is. Daarvoor is de volgende vraag leidend: komen de kosten van een activiteit voor rekening

---

8. C. van Dam, Doorbraak in de aansprakelijkheid van moederverenigingen, in: G. van Solinge e.a., *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2020-2021 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 172)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

9. H.J. de Kluiver, Kroniek van het Ondernemingsrecht, *NJB* 2021/1216 20 april 2021, p. 10.

van de partij die daar ook profijt van heeft, of worden de kosten afgewenteld op derden, en als dat zo is, bestaat voor dit laatste een rechtvaardiging omdat daarmee het belang van de samenleving als geheel wordt gediend?<sup>10</sup> De Kluiver geeft geen rechtstreeks antwoord op deze vraag, maar lijkt wel te menen dat onvrijwillige schuldeisers wat meer bescherming zouden mogen genieten. Bijvoorbeeld in de vorm van een terugbetalingsverplichting voor aandeelhouders van dividenduitkeringen gedaan in een periode dat derden wezenlijk geschaad zijn door onrechtmatig handelen van de dochter.

### *Smeehuijzen*

Smeehuijzen ziet serieuze argumenten voor een risicoaansprakelijkheid van moeders voor de onrechtmatige gedragingen van hun dochters.<sup>11</sup> Hij acht van belang dat vrijwillige schuldeisers, anders dan onvrijwillige schuldeisers, met de beperkte aansprakelijkheid van de dochter hebben ingestemd en bovendien vrijwillige schuldeisers hun relatie met de dochter aangaan in de verwachting daaruit voordeel te putten terwijl de onrechtmatige daad nooit een ander perspectief dan nadeel en schade biedt. Voorts wijst hij erop dat economisch belang en zeggenschap – tekenend voor veel concernverhoudingen – ook kenmerkende elementen zijn van de verhoudingen waarvoor in boek 6 BW risicoaansprakelijkheden zijn opgenomen. Denk aan risicoaansprakelijkheid van ouders, werkgevers, opdrachtgevers, roerende zaken, opstallen, gevaarlijke stoffen, stortplaatsen en dieren. Aan die risicoaansprakelijkheden ligt de profijttheorie ten grondslag. Analoog redenerend kan men dan zeggen dat, nu de moeder de lasten heeft van de dochter, zij ook de lasten moet dragen.

### *Van der Langen en Lafarre*

Van der Langen en Lafarre stellen de vraag of in dergelijke gevallen niet sprake is van een systeemfout in het regulatieve kader voor het adresseren van maatschappelijk ongewenst gedrag van multinationals die gebruik maken van een zelfgekozen concernstructuur: wanneer is afwenteling van het ondernemingsrisico op onvrijwillige schuldeisers van dochters gerechtvaardigd?<sup>12</sup> In hun ogen

- 
10. H.J. de Kluiver, het einde van de rechtspersoonlijkheid: een rechtseconomisch perspectief, in: G. van Solinge e.a., *Relativering van rechtspersoonlijkheid. Voordrachten en discussieverslag van het gelijknamige congres van het Van der Heijden Instituut op 11 en 12 november 2011 (Serie Van der Heijden Instituut nr. 114)*, Deventer: Kluwer 2012.
  11. J. L. Smeehuijzen, Aansprakelijkheid van de moeder bij onrechtmatige daden van de dochter, *NJB* 2021/2813, 1 november 2021.
  12. G.J.H. van der Sangen & A.J.F. Lafarre, Transnationale ondernemingen en concernaansprakelijkheid (I), *WPNR*, 9 oktober 2021.

moeten onvrijwillige schuldeisers van vrijwillige schuldeisers worden onderscheiden, omdat het eerste type schuldeiser in tegenstelling tot het tweede type geen zekerheden kan bedingen. Verder zien zij dat de huidige doorbraakdoctrine van de Hoge Raad te beperkt lijkt te zijn daar waar de schuldeiser een onvrijwillige schuldeiser is. Die beperkingen liggen in de wetenschap van en voorafgaande beleidsbemoediging met de dochter en de vereiste insolventie daarvan. Zij opperen grofweg twee alternatieven. De eerste is dat de Kelderluik-criteria<sup>13</sup> rechtstreeks zouden moeten worden toegepast op de moeder voor eigen concernrechtelijke gevaarstelling. De tweede oplossing zou zijn dat de eigen aansprakelijkheid van de moeder wordt ingekleurd door internationale normen van *corporate social responsibility* en universele grondrechten in geval van schending van milieu- en mensenrechten.

### 2.3. *Uitstap naar de Verenigde Staten*

Tot zover “Nederland”. Een kort uitstapje naar de Verenigde Staten leert dat het denken over dit onderscheid niet met dit artikel of de Shell/Nigeria-zaken zijn begin kent, maar al langer bezig is. Zo heeft de federale overheid van de Verenigde Staten met de Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act (CERCLA) uit 1980 een risicoaansprakelijkheid geïntroduceerd voor eigenaren en *operators* van verontreinigde locaties.<sup>14</sup> De aansprakelijkheid ziet op de saneringskosten van die verontreinigde locaties.<sup>15</sup> Rechter in de meeste staten van de VS interpreteerden CERCLA aldus dat de woorden eigenaar en *operator* ook refereren aan daaraan verbonden vennootschappen. Dat had een *de facto* concernrisicoaansprakelijkheid tot gevolg voor het saneren van verontreinigde locaties. Hierdoor verloor “*subsidiarization*” ten behoeve van risicobeperking veel van zijn waarde.<sup>16</sup> Met de *United States v. Bestfoods* uitspraak<sup>17</sup> van de *US Supreme Court* uit 1998 is enigszins een halt toegevoerd aan de concernrisicoaansprakelijkheid onder CERCLA, maar feit blijft dat in dergelijke zaken rechters eerder geneigd zijn om doorbraak van aansprakelijk-

---

13. Voor de criteria, zie C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag, Boom juridische uitgevers 2020, p. 71.

14. Art. 107(a) (1) en (2) CERCLA (42 USCA paragraaf 9607(a) (1) en (2)).

15. Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act of 1980, Pub. L. No. 96-510, 94 Stat. 2767 (codified as amended at 42 U.S.C. §§ 9601-9675 (2000)). NB. Saillant detail is dat gas en –oliebedrijven zijn uitgezonderd van dergelijke verplichtingen.

16. Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts*, Yale L.J. (1991), p. 1928.

17. *United States v. Bestfoods*, 52 US 51 (1998); 118 S. Ct. 1876 (1998).

heid aan te nemen dan onder de traditionele *veil piercing doctrines*.<sup>18</sup> Deze wet en de daarbij horende jurisprudentie roept weliswaar geen nieuwe rangorde van schuldeisers in het leven bij een faillissement, maar biedt onvrijwillige schuldeisers wel de mogelijkheid om schade te verhalen op aan de gefailleerde onderneming verbonden vennootschappen. Daarmee wordt tegemoetgekomen aan het onderscheid tussen de typen schuldeisers.

Verder wordt in de academische wereld van de VS al vrij lang een debat gevoerd over het onderscheid tussen vrijwillige en onvrijwillige schuldeisers en hoe de rechtspraak of wetgever met dat onderscheid zou moeten omgaan. Het bekendste voorbeeld van dit onderscheid is in 1991 door Hansmann en Kraakman weergegeven in hun artikel *Towards unlimited shareholder liability for corporate torts*.<sup>19</sup> Zij stellen dat de beperkte aansprakelijkheid van de moeder-vennootschap voor onrechtmatige daads-schulden van haar dochtervennootschappen leidt tot het nemen van buitensporige risico's en risico-externalisatie. Zij beargumenteren dat er mede daarom geen steekhoudende redenen bestaan voor het behoud van beperkte aansprakelijkheid ten opzichte van onvrijwillige schuldeisers. Zij zijn voorstander van onbeperkte (pro rata) aansprakelijkheid voor aandeelhouders.<sup>20</sup> Sindsdien woedt in de VS, in tegenstelling tot in Nederland, een soms felle discussie over dit onderscheid.

Wij noemen – afgezien van de verschillende *soorten* gevolgen die aan een onderscheid kan worden verbonden – drie van de meest gebezigde argumenten vóór onbeperkte aansprakelijkheid van aandeelhouders ten opzichte van onvrijwillige schuldeisers. De eerste is dat een onvrijwillige schuldeiser nooit de kans heeft gehad om zich rekenschap te geven van en dus te onderhandelen over het beperkte verhaal dat zijn schuldenaar biedt.<sup>21</sup> Dit in tegenstelling tot een contract-schuldeiser die, in ieder geval theoretisch bezien, een geïnformeerde beslissing kan maken over de eventuele risico's die betrokken zijn bij het (contractueel) in zee gaan met zijn wederpartij.<sup>22</sup> De consensus in de literatuur is dat het ontbreken van de kans om de wederpartij te onderzoeken – een kans die

---

18. M. Dearborn, *Enterprise liability: reviewing and revitalizing liability for corporate groups*, 97 Calif. L. Rev. 195 (2009).

19. H. Hansmann & R. Kraakman, *Towards unlimited shareholder liability for corporate torts*, Yale Law Review (1991).

20. H. Hansmann & R. Kraakman, *Towards unlimited shareholder liability for corporate torts*, Yale Law Review (1991), p. 1879 – 1881.

21. F. Easterbrook, D. Fischel, *Limited liability and the corporation*. University of Chicago Law Review 52, p. 89 117 (1985); C.S. Krendel & J.R. Krendel, *Piercing the corporate veil: focusing the inquiry*, 55 Den. L.J. (1978), p. 34.

22. Robert W. Hamilton, *The Corporate Entity*, 49 Tex. L. Rev. (1971), p. 984.

contract-schuldeisers wel hebben – tot gevolg zou moeten hebben dat een onvrijwillige schuldeiser een minder zware bewijslast zou moeten dragen.<sup>23</sup> Het facet bewijslast is vooral bemoedigend voor situaties buiten faillissement, maar het lost de onrechtvaardigheid tijdens faillissement niet op.

Een tweede argument is dat, in geval van onvrijwillige schuldeisers, de beperkte aansprakelijkheid van de moeder vennootschap en de drempel om die te doorbreken een perverse prikkel oplevert en als zodanig ongewenste risico-externalisatie creëert.<sup>24</sup> Beperkte aansprakelijkheid kan, doordat de kosten in geval van een onrechtmatige daad vaak niet door de moeder vennootschap gedragen worden, ondernemingen aanzetten om grote potentieel schadelijke risico's te nemen; de mogelijke kosten van deze risico's worden immers toch door derden, degenen die een onrechtmatige daad treft, gedragen.<sup>25</sup> Dit creëert een (perverse) prikkel voor moeder vennootschappen om (1) te weinig uit te geven aan voorzorgsmaatregelen om potentiële ongelukken en daarbij behorende schade te voorkomen en (2) mogelijk zelfs excessieve risico's te nemen. Tegelijkertijd vervult de beperkte aansprakelijkheid van de moeder vennootschap de rol van een aansprakelijkheidsverzekering voor de moeder vennootschap; de moeder vennootschap zal eventueel door de dochter vennootschap aangerichte schade niet hoeven te vergoeden. Voor de benadeelde onvrijwillige schuldeiser wordt die rol niet vervuld, want hij blijft met de schade zitten.

Ten derde zijn degenen die schade voor de kiezen krijgen rechtseconomisch gezien niet de meest efficiënte dragers daarvan.<sup>26</sup> Ondernemingen en hun aandeelhouders zijn het beste in staat om voor beperkte kosten eventuele bedrijfsrisico's in te perken. Zij hebben daarvoor de kennis en de middelen. In dat licht is het niet vreemd om het verhaalsrisico van de onwetende derde, de onvrijwillige schuldeiser, naar de goed geïnformeerde en geëquipeerde onderneming

- 
23. D. Barber, *Piercing the corporate veil*, 17(1) Willamette L. Rev. (1980), p. 383-384; H.W. Ballantine, *Ballantine on Corporations*, revised edn (Chicago, Callaghan and Company, 1946), p. 315-316; R.W. Hamilton, *The corporate entity*, Tex. L. Rev. (1971), p. 984-985; R.W. Hamilton, *Corporations Including Partnerships and Limited Partnerships. Cases and Materials*, 5<sup>th</sup> edn (St Paul, Mn., West Publishing Co. (1994)), p. 281-282. H. Hansmann & R. Kraakman, *Towards unlimited shareholder liability for corporate torts*, Yale Law Review (1991).
  24. Robert B. Thompson, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76 Cornell law review (1991), p. 1040.
  25. F. Easterbrook, D. Fischel, Limited liability and the corporation. University of Chicago Law Review 52, p. 103 (1985) & David W. Leebron, *Limited Liability, Tort Victims, and Creditors*, 91 Colum. L. Rev., p. 1568 (1991).
  26. H. Hansmann & R. Kraakman, *Towards unlimited shareholder liability for corporate torts*, Yale Law Review, p. 1916 – 1919 (1991).



over te hevelen. Op grond van deze argumenten en meer, zo is de mening van de meerderheid van auteurs, zou voor een onvrijwillige schuldeiser doorbraak van aansprakelijkheid beter toegankelijk moeten zijn dan voor zijn contractuele tegenhanger.<sup>27</sup>

#### 2.4. *Verhouding tot geseceureerde schuldeisers*

In het hiervoor weergegeven debat komt eveneens de rangorde van de schuldeisers in faillissement niet aan bod, maar het toont wel aan, net als het CERCLA-voorbeeld, dat onderscheid tussen typen schuldeisers bestaat en ondervangen zou moeten worden. Hoewel de discussie ten bate van onvrijwillige schuldeisers zich vooral toespitst op concernverhoudingen, zijn de aanwezige parallellen met geseceureerde financiers indringender te noemen dan men op het eerste gezicht zou verwachten.

Denk onder meer aan wat de geseceureerde financier in het verleden heeft verdiend of dacht te verdienen aan het krediet of de leveranties (dat kan ook meer zijn dan wat aandeelhouders hebben ontvangen). Denk ook aan de mate waarin een geseceureerde financier direct of indirect zeggenschap kán uitoefenen en/of heeft uitgeoefend (al dan niet door het dreigen het krediet op te zeggen als er niet beter voor de belangen van de separatist wordt gezorgd - en dus slechter voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers -). Bij wijze van voorbeeld wijzen wij op een zaak waarbij een door een bank gestuurde / aangestuurde interim-manager vooral goed heeft gezorgd voor zijn eigen belangen en die van de bank. Wij citeren in de volgende voetnoot<sup>28</sup> een deel van het veroordelend strafvonnis.

---

27. H. Hansmann & R. Kraakman, *Towards unlimited shareholder liability for corporate torts*, Yale Law Review (1991); M. Dearborn, *Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups*, 97 California Law Review. 195 (2009); Blumberg on Corporate Groups (2d ed. 2005); R. B. Thompson, *Piercing the Veil Within Corporate Groups: Corporate Shareholders as Mere Investors*, 13 CONN. J. INT'L L. 379 (1999); N.A. Mendelson, *A Control-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts*, 102 COLUM. L. REV. 1203 (2002); K D. Wuepper, *Piercing the Corporate Veil: A Comparison of Contract Versus Tort Claimants Under Oregon Law*, 78 OR. L. REV. 347 (1999); David W. Leebron, *Limited Liability, Tort Victims, and Creditors*, 91 Colum. L. Rev. (1991); S.M. Bainbridge & M.T. Henderson, *Limited Liability: a Legal and Economic Analysis* (Cheltenham, UK & Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2016); D. Milton, *Piercing the Corporate Veil, Financial Responsibility and the Limits of Limited Liability*, 56 Emory Law Journal 1305 (2007).

28. Rb Amsterdam 1 juni 2022, ECLI:NL:RAMS:2012:BX9883, onder r.o. 11.2 "(...) De gebruikmaking van de diensten van verdachte werd veelal dwingend geadviseerd door de huisbankier of kredietverzekeraar van de noodlijdende bedrijven. Hierdoor en door zijn overrompelende optreden en snelle analyses nam hij na binnenkomst al snel een sleutelpositie in. Hiervan heeft hij listig gebruik gemaakt. Met zijn jarenlange ervaring als adviseur van



Het betreft een vrij extreme en oudere zaak, maar het civielrechtelijk instrumentarium waar de macht en invloed uit voortvloeit is sindsdien niet verzwakt maar juist versterkt<sup>29</sup>. Daarom moet men er rekening mee houden dat het spel inmiddels subtieler, maar niet minder krachtig gespeeld kan worden.

### 3. Discrepanctie tussen uitbetaling separatisten en concurrente schuldeisers

#### 3.1. Inleiding

Het verschil tussen wat een separatist en wat een concurrent schuldeiser in een faillissement krijgt uitgekeerd is groot. Een concurrent schuldeiser ziet bij Nederlandse faillissementen gemiddeld genomen hooguit 1% van zijn vordering terug. Dat percentage is gebaseerd op een CBS-berekening uit 2015, zodat inmiddels vanwege de lijn van de hieronder te bespreken jurisprudentie de kans aanmerkelijk is dat het dichterbij 0% ligt dan bij de 1%. Een separatist ziet daarentegen gemiddeld tussen de 60% en 70% van zijn vordering terug.<sup>30</sup> Dat percentage volgt uit meerdere publicaties van bankjuristen in het vorige INSO-LAD Jaarboek daarbij verwijzend naar uitkomsten van EBA enquêtes / onderzoeken onder banken. Helaas wordt bij die publicaties niet de gelegenheid te baat genomen om aan te geven wat het gezamenlijk *daadwerkelijke* percentage recovery-rate is: het is goed mogelijk dat dit niet wordt gepubliceerd omdat het om concurrentiegevoelige informatie kan gaan. Dit neemt niet weg dat, uitgaande van de premisse dat men bij de publicatie in de INSOLAD-bundel er absoluut geen belang bij had om een te hoog percentage te schetsen - een recovery

---

bedrijven die in slecht weer verkeren, zijn snelheid van handelen en door selectief te communiceren over de door hem ontworpen plannen, was hij de enige die volledig overzicht had over hetgeen vervolgens plaatsvond in en rond de betrokken vennootschappen. De rechtbank rekent het verdachte aan dat hij van deze aldus ingenomen positie op grove wijze misbruik heeft gemaakt door de voor hem relevante relaties te bevoordelen. [...] Hoewel verdachte was aangesteld als adviseur van het noodlijdende bedrijf, stelde hij zonder enige schroom zijn eigen belang en de belangen van andere partijen voorop. [...] Verdachte heeft op geen enkele wijze acht geslagen op de belangen van andere crediteuren en betrokken partijen, waaronder de werknemers van de betreffende bedrijven.”

29. Wij merken op dat deze versterking verder accelereert als het voorstel voor de EU Insolvency Directive in de huidige vorm zou worden aangenomen. Daarin worden de bestuurders aansprakelijk jegens de in-the-money schuldeisers als de bestuurders niet tijdig een aanvraag/aangifte doen voor een insolventieprocedure. Met de dreiging van deze aansprakelijkheid zijn bestuurders haast wel gedwongen om juist die – en niet andere – belangen in hun beslissingen te laten meewegen.

30. Zie onder meer het artikel van de bankjuristen Messelink, Verhoeven en Tuijl, *Wolters Kluwer 2022* mr. K.A. Messelink, mr. M.L. Tuijl, mr. R.H.W.A. Verhoeven, bijdrage in: B. Rikkert e.a. (red.), *Het Verdelingsvraagstuk. Insolad Jaarboek 2022*, p. 259-293.

rate van 63,3% onzes inziens moet worden beschouwd als een absolute ondergrens, nog zonder dat daarbij rekening is gehouden van de positieve effecten van de forsere rente die de banken kunnen innen bij het gehele contingent van bedrijven in moeilijkheden.

Een dergelijk hoog percentage strookt niet met het belangrijke uitgangspunt in het faillissementsrecht dat “gelijke verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers” voorstaat. Er valt de laatste decennia echter bijna nooit iets te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. De verhouding tussen wat separatisten ontvangen en wat de concurrente schuldeisers ontvangen, is geheel uit balans. Het is niet de stokoude Faillissementswet die deze scheve verhoudingen heeft veroorzaakt, maar de uitspraken van de Hoge Raad over de reikwijdte van de zekerheden.<sup>31</sup> In deze paragraaf worden achtereenvolgens het probleem van de daadwerkelijke grootte van de scheve verhoudingen, de oorzaak daarvan en de noodzaak van een alternatief behandeld.

### 3.2. *Hoe is het verschil tussen uitkeringspercentages ontstaan en/of vergroot?*

Het verschil in uitkeringspercentages tussen separatisten en andere schuldeisers heeft een aantal aanwijsbare oorzaken. De eerste is de door de Hoge Raad in een reeks arresten gekozen ronduit separatistenvriendelijke lijn. De tweede is dat er minder waardevolle “eigen” eigendommen op de balans staan van ondernemingen. De derde reden is dat in bepaalde specifieke gevallen de boedelschulden zijn toegenomen door uitspraken van de Hoge Raad. Deze redenen worden hierna behandeld.

---

31. Zie HR 17 februari 1995, NJ 1996, 471 m.nt. WMK (Mulder qq/CLBN), HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628 (Gispen qq/IFN), HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF3917, JOR 2010/22, m.nt. Faber, NJ 2009/416, m.nt. PvS (Dekker q.q./Lutèce), HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947 (Dix q.q./ING Bank), HR 21-06-2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7199, m.nt. H.J. Snijders (Eringa qq/ABNAMRO), HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:319, NJ 2014/264 (Feenstra q.q./ING), HR 21 maart 2014 ECLI:NL:HR:2014:682, JOR 2014, 151, m.nt. Schuijling (Coface/Intergamma), HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (Rabobank/Reuser), HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789 (Crien/Bontrup). Zie voor verdere duiding, Insolventie zonder fixatie; over het verdelen van een bewegende taart. *Insolad jaarboek 2022*, Het verdelingsvraagstuk. L.F.M. van Lakwijk, O.B.J. Poorthuis en M.J.W. van Ingen, p. 120 en 123.

### 3.2.1. *Separatistvriendelijke uitspraken van de Hoge Raad*

Bij een aanzienlijk aantal van deze arresten had de Hoge Raad de keus om een afweging te maken ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, in plaats van ten behoeve van één schuldeiser, een (commerciële) bank. De afwegingen en de gemaakte keuzes vallen vrijwel altijd in het voordeel van de bank uit. Dat de Hoge Raad gekozen heeft om de sterkste schuldeiser nog sterker te maken in plaats van om de gezamenlijke schuldeisers tegemoet te komen, is om meerdere redenen niet goed te begrijpen.<sup>32</sup>

Banken zijn zuiver commerciële ondernemingen, waarvan men zich kan afvragen of er voldoende reden is om al hetgeen zij innen, feitelijk ten laste te laten gaan van de algemene middelen die een maatschappelijk doel vertegenwoordigen zoals de betalingen aan het UWV en het innen van Belastingen. Scherp komt dit tot uitdrukking bij de uitspraken van de Hoge Raad over bodemverhuurconstructies waarbij in de nacht voor het faillissement de banken alle bodemzaken zoals machines in bezit nemen, hetgeen volgens de Hoge Raad toch niet paulianeus zou zijn.<sup>33</sup> Nota bene werd zelfs de huurvordering die uit dit soort constructies ontstaat door de Hoge Raad verrekenbaar geacht: dit in tegenstelling tot het standaardarrest over huurvorderingen Tiethoff/NMB.<sup>34</sup>

Het is daarnaast de vraag of een wat meer evenwichtig systeem een impact heeft op de bank zelf, of alleen maar – economisch - enig merkbaar effect kan sorteren voor de aandeelhouders van banken. Wij vermoeden dat het slechts bij dat laatste zal blijven. Op de langere duur kan dat misschien wel enig gevolg hebben voor de beurskoers van de banken, maar niet (en zeker niet één op één) voor de

---

32. In *Wolters Kluwer 2022 Framing in het Insolventierecht, Insolad Jaarboek 2022*, p. 259-293. mr. ir. B.P.C. van Weert merkt op dat het percentage recovery rate van de concurrenten van 4% naar 1% is gedaald, wat hij economisch irrelevant acht. Wij denken niet dat hij daarmee wil zeggen dat hij achteruitgang van de recovery rate met eenzelfde percentage van de gecureerden ook irrelevant zou vinden, maar dat omdat de concurrente crediteuren in een verder verleden al heel weinig kregen, hun verdere daling eigenlijk verwaarloosbaar is.

33. Door ingrijpen van het Ministerie van Financiën is de praktijk bemoeilijkt (art. 22bis Invoeringswet) wat nog altijd de vraag onbeantwoord laat waarom de omzetting van een bezitloos pandrecht in een vuistpand volgens de Hoge Raad niet een handeling is gericht op een rechtsgevolg en daarmee dus geen (vernietigbare) rechtshandeling.

34. HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7199, m.nt. H.J. Sniijders (Eringa qq/ABNAMRO) ten aanzien van de toelaatbaarheid van bodemverhuurconstructies zelf, en als “kers op de taart” is later uitgemaakt dat zelfs de huurvordering van na faillissement bij een bodemverhuurconstructie, verrekenbaar is. HR 21 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:995 (Houtman qq/Rabobank) in afwijking van het standaardarrest Tiethoff qq/NMB (HR 22 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0995).

normale functie van de banken zelf. Dat is een belangrijk onderscheid want het belang van zekerheden voor de bank, en de “gevolgen van het omvallen van banken” worden vaak aangehaald als stootwil tegen de maatschappelijk wenselijke bescherming van *andere* partijen rondom insolventie. Zie als voorbeeld het antwoord van de Minister van Justitie en Veiligheid bij de discussie over de sterke banken die meteen volgde op het debat over de WHOA.<sup>35</sup> Bovendien zijn – als deze voor de discussie conveniërende “omvallende-banken vrees” op enig moment toch realistischer zou worden - sinds de kredietcrisis meerdere wettelijke instrumenten in werking gesteld om banken te redden onder meer ten koste van hun (vrijwillige) aandeelhouders en obligatiehouders. Maar goed, de vraag is: wie redt de onvrijwillige schuldeisers bij bedrijfsfaillissementen?

Waar de uitspraken van de Hoge Raad evenzeer te weinig oog voor hebben is dat de bank niet alleen faillissementsrechtelijk de sterkste schuldeiser is, maar ook vaak betrokken is bij belangrijke investeringsbeslissingen en ook via de mutaties op de bankrekeningen het beste inzicht van alle schuldeisers heeft in een eventueel dreigend faillissement. Sterker nog: door de intrekking van het krediet op een goed moment te timen, kán de schade van de bank (ten koste van derden) verder geminimaliseerd worden doordat er bijvoorbeeld toevallig net is uitgeleverd aan klanten waardoor de debiteureninning inclusief marge naar binnenstroomt en/of op een moment dat een belangrijke ongedekte leverancier net alles heeft geleverd aan het bedrijf in moeilijkheden. Wij zeggen daarmee niet dat deze middelen (vaak of regelmatig) worden aangegrepen, maar noemen het ter illustratie van het verschil tussen dit type vrijwillige schuldeiser vs. onvrijwillige schuldeisers.

Dit alles nog afgezien van het feit dat het eerder regel is dan uitzondering dat een DGA borg staat voor dezelfde schuld, en dus een volledig natuurlijk en direct belang heeft om goed te zorgen voor een maximale zekerheidsdekking en uitwinning van die zekerheden. Hetzelfde geldt voor hoofdelijk verbonden groepsmaatschappijen.

Men kan het de banken zelf niet verwijten, maar bij elkaar genomen beschikt de bank over zoveel directe en indirecte machtsmiddelen dat niet de banken maar juist de andere schuldeisers effectief de gefailleerde onderneming financieren. De banken krijgen immers hun inleg geheel of grotendeels terug en de andere

---

35. Minister Dekker bij de discussie die volgde op de amendementen van de WHOA. “*Of je verzwakt de positie van banken enorm, en we willen ook niet terug naar het scenario van 2008 waarin de banken omvielen omdat er allerlei slechte leningen in zaten.*” 2 juni 2020, Tweede Kamer der Staten-Generaal, Kamerstukken 35225, nr. 20.

schuldeisers niet; zij blijven uiteindelijk met het volledige verlies opgezadeld (met als bijgevolg dat wat zij niet ontvangen ook niet kunnen gebruiken om in te lopen op hun eigen bankschuld, en dus meer en ook langer rente moeten betalen aan hun eigen banken). Bij veel faillissementen komen in eerste instantie de overheden tekort omdat deze hoger gerangschikt zijn bij de uitkeringen in faillissementen, welke last bij “de Nederlander” terecht komt doordat er meer belasting geïnd moet worden.

De voorgaande punten zijn op zichzelf genomen al cru, maar het verschil tussen wat banken in de regel aan een faillissement overhouden en wat de gezamenlijke (concurrente) schuldeisers daaraan overhouden, is des te schrijnender als men in ogenschouw neemt dat de winsten van de Nederlandse banken in 2021 een recordhoogte bereikten sinds de kredietcrisis (over 2021 werd in totaal meer dan 13,8 miljard winst geboekt, waarvan 66% uit netto rente-inkomsten<sup>36</sup>).

Men kan zonder enige overdrijving stellen dat er voldoende “*giving back*” geld beschikbaar is voor (de gevolgen van de gefinancierde activiteiten ten opzichte van) degenen die geen keus hadden. Toegegeven: 2021 was een zeer goed jaar voor banken, maar ook in het verleden zijn zij vrijwel altijd in staat geweest om vele miljarden uit te keren aan de aandeelhouders. Het feit dat vooral de aandeelhouders van de banken dankbaar mogen zijn voor de separatistenvriendelijke lijn van de Hoge Raad, zet de expliciete stelling van de Hoge Raad dat de wetgever aan zet is om dit op te lossen<sup>37</sup> in een minder sterk daglicht (eerlijk gezegd vonden wij het al niet zo ontzettend sterk).

Een facet wat onderbelicht is dat de totale schuldenlast in faillissementen niet overweldigend is ten opzichte van wat er als winsten wordt uitgekeerd. De in 2020 afgewikkelde bedrijfsfaillissementen kenden ooit een *totale* schuldenlast van 1.65 miljard euro met een totale bankschuld van 255 miljoen euro<sup>38</sup> (dat eerste fluctueert behoorlijk want in 2015 was de totale schuldenlast 4.9 miljard euro, meer dan aannemelijk is dat de totale bankschuld mee fluctueert). Bij deze

---

36. <https://esb.nu/kort/20070998/winst-nederlandse-banken-in-2021-op-recordniveau-sinds-kredietcrisis>. Het is relevant dat het merendeel van de inkomsten uit rente-inkomsten bestaat (provisies komen daar nog bij), omdat dat een indicatie is dat leningen het hoofdonderdeel van de inkomsten de bank is. En leningen worden veelal gedekt met afdoende zekerheden. Kortom, zo lang het goed gaat, doet de bank het goed en als het fout gaat kan de hypotheek / het pandrecht worden uitgewonnen en is er alsnog geen man overboord. Vermelding verdient ook dat ca. 35% van het leningenboek bestaat uit leningen voor bedrijven.

37. HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4134, NJ 2013/156 (*Van Leuveren qq/ING*).

38. Wij danken door Raimond Dufour van CODA-advocaten voor zijn analyse.

cijfers is dus nog geen rekening gehouden met het geld wat er door vooral de geseceerde partijen is geïnd / teruggehaald (gemiddeld minimaal 63.3%).

Toegegeven: deels zijn de uitkeringen van de banken aan hun aandeelhouders vs. de netto-tekorten bij faillissementen appels met peren, maar wij vinden dat er bij de discussies over de verdeling bij uitkeringen in faillissementen - en zeker tussen degenen die geen keus hadden en degenen die wel een keus hadden - breed mag en zelfs moet worden gekeken. Milieuovertredingen en de gevolgen voor degenen die geen keus hadden beperken zich immers (ook) niet tot het eigen perceel van de overtreder.

### 3.2.2. *Bedrijven hebben minder waardevolle “eigen” eigendommen op de balans*

Een tweede reden dat veel concurrente schuldeisers er vaak bekaaid vanaf komen in een faillissementsprocedure, is dat veel bedrijven minder “echt” eigen vermogen op de balans hebben staan<sup>39</sup> dan vroeger (zeker ten opzichte van de schuldenlast). Dit resulteert in een kleinere taart voor de schuldeisers, waarvan het geheel of leeuwendeel toch al door de separatisten wordt geïnd. De oorzaak hiervoor lijkt, zo vermoeden wij, dat ondernemingen steeds meer huren en leasen, dan dat zij eigendom hebben, en dat er geen effectieve restricties zijn bij het plaatsen van meer risicovolle activiteiten in de ene groepsvennootschap, en de meer waardevolle activa in de andere.

### 3.2.3. *Toename boedelschulden door nieuwe boedelschuldeisers*

De derde reden die wij noemen waarom men niet toekomt aan het betalen van concurrente schuldeisers kan niet aan separatisten worden “verweten”, maar betreft het uitdijen van de kring van boedelschuldeisers door de uitspraken van de Hoge Raad.

In het geval van bijvoorbeeld milieurechtschendingen, noemen wij het arrest Ridderkerkse Taxicentrale van de Hoge Raad. Dit arrest en de noot van Wessels daarbij<sup>40</sup> laten duidelijk zien hoe de rechtspraak een ander spoor volgt dan wat curatoren logisch vinden. Het ging “mis” toen de ABRvS aannam dat de curator bestuursrechtelijk als “overtreder” werd aangemerkt doordat deze niet de door

---

39. Veel “goodwill” is lastig te verzilveren bij bedrijven in moeilijkheden.

40. Hoge Raad 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, *JOR* 2021/250 met annotatie van Wessels, B.

de gefailleerde in huur genomen grond saneerde. In vrijwel alle gevallen is er geen geld en kan de curator dus ook geen kant op met de handhavingsclaim om de grond te saneren. De Hoge Raad greep evenwel niet in en de handhavingskosten rustten daarmee op de curator “in diens hoedanigheid” en werden daarmee concurrente boedelschuld (voor de minder goed ingevoerden: dit betekent dus niet dat de curator daarmee in privé aansprakelijk is, maar echt gezellig is het niet). De curator was “in diens hoedanigheid” aansprakelijk omdat de schulden “immers”, aldus de Hoge Raad, een gevolg zijn van het handelen of nalaten van de curator in diens hoedanigheid geldende verplichting. Daar kan men anders over denken maar kennelijk is dit dan de wijze waarop de Hoge Raad ook de positie van de (andere) concurrerende boedelschuldeisers beziet en de positie van de schuldeisers die een lagere aanspraak hebben zoals de concurrente schuldeisers. Hun positie verslechtert navenant. Omdat ook concurrente boedelschuldeisers ternauwernood zicht hebben op een uitkering, is een eventuele “promotie” in rang tot concurrente *boedelschuldeiser* overigens ook geen oplossing voor de onvrijwillige gelaedeerde.<sup>41</sup> Verder is het “promoveren” van handhavingsclaims tot concurrente boedelschuld geen oplossing voor de vervuiling die juist geheel (/vrijwel geheel) vóór het faillissement plaatsvindt: evenmin kan er enige preventieve werking vanuit gaan.

### 3.3. *Alternatieve oplossingen tot het vergroten van de taart voor de gelaedeerden op basis van het huidige recht*

Uit de cumulatie van de voorgaande hindernissen volgt dat er iets bijzonders moet gebeuren om de problemen van de gelaedeerden op te lossen als de verzekeraar geen toereikende dekking biedt of wanneer uitkering van de dekking wordt geïnd door de bank op grond van het pandrecht. Voordat wij toekomen aan het beschrijven van de door ons voorgestelde oplossing, wordt kort stilgestaan bij enkele andere manieren om onvrijwillige concurrente schuldeisers / gelaedeerden tegemoet te komen. Dat zijn ongerechtvaardigde verrijking en groepsaansprakelijkheid op basis van art. 6:166 BW.

---

41. Er is jurisprudentie dat een verhuurder die geconfronteerd wordt met milieuverontreiniging op basis van de huurovereenkomst kan vorderen dat de verontreiniging wordt opgeruimd. Rechtbank Noord-Holland zp Haarlem 19 januari 2022, rolnr. HA ZA 20-680, ECLI:NL:RBNHO:2022:243 *JOR* 2022/157 Noot mr. L.E. van Leeuwen. Aangezien dit is gelinkt aan de wettelijke status van huur binnen de faillissementswet, is daarmee nog niet gezegd dat verontreinigde *derden* eenzelfde “status” krijgen, voor wat dat ook uitmaakt want ook concurrente boedelschuldeisers zijn zoals gezegd een niet benijdenswaardige groep.

3.3.1. *Ongerechtvaardigde verrijking als mogelijke tegemoetkoming voor gelaedeerden*

Het zou een mogelijkheid kunnen zijn voor hen die schade hebben geleden door de aantasting van hun fysieke leefomgeving om de banken aansprakelijk te stellen met een beroep op ongerechtvaardigde verrijking. Arresten die aanknoping bieden zijn het arrest Setz/Brunings<sup>42</sup> en het arrest van Hees q.q./Y.<sup>43</sup> Het tweede arrest ging over een door de curator ingestelde verrijkingsoverdracht tegen een partij die als inlegger van een zogenaamde ‘Ponzi scheme’ daarvan had geprofiteerd. De vordering werd toegewezen. In dit geval is de verrijking beter zichtbaar dan in de casus die centraal staat in dit artikel. Zo zou de bank kunnen betogen zij door het faillissement niet verrijkt is, want zij heeft hoogstens de hele vordering met rente terug. Wij kunnen ons goed indenken dat het verkrijgen van meer, in plaats van minder of niets bij een insolvente debiteur juridisch nog altijd als verrijking wordt gezien. Ook dan is de relatie tussen de verrijking en de verarming in de praktijk heel lastig om aan te tonen door de gelaedeerden.

3.3.2. *Groepsaansprakelijkheid als mogelijk tegemoetkoming voor gelaedeerden*

Het zou ook een mogelijkheid zijn om de te verdelen taart voor de schuldeisers te vergroten door partijen aansprakelijk te stellen op grond van groepsaansprakelijkheid (art. 6:166 BW). Dit is recent met voorlopig succes geprobeerd in een zaak die ging over diverse onregelmatigheden rondom de Stichting Administratiekantoor EBI.<sup>44</sup> Deze fungeerde als beheerder en doorgeefluik van gelden van investeerders die in Braziliaans vastgoed wilden beleggen. Aanzienlijke geldbedragen onder beheer van de Stichting zijn door haar voormalige bestuurder onttrokken en bij aan de bestuurder gelieerde (rechts)personen terechtgekomen. Het hof acht het eerste vereiste van art. 6:166 BW bewezen en laat de Stichting toe om bewijs te leveren dat aan de overige vereisten ook is voldaan. Te betogen

---

42. HR 27 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7249, NJ 1997/719, m.nt. Jac Hijma (*Setz/Brunings*). In dit arrest werd aangenomen dat de tweede koper van een stuk land tegen een lagere prijs, rekening zou moeten houden met de aanbataling van de eerste koper die niet heeft afgenomen. De tweede koper had het stuk land namelijk gekocht voor de werkelijke waarde minus de aanbatalingen die de eerste koper al had gedaan. De eerste koper vorderde met succes het door hem reeds aanbetaalde van de tweede koper terug op grond van ongerechtvaardigde verrijking

43. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5986; NJ 2012/495, m.nt. F.M.J. Verstijlen; RI 2012/18; JOR 2011/388, m.nt. S.R. Damminga en C. Rijckenberg, RI 2012/18 (Van Hees q.q./Y.).

44. Gerechtshof Den Haag 8 maart 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:399.



valt dat een soortgelijke constructie van toepassing kan zijn in het geval dat de gefailleerde onderneming met financiële hulp van bijvoorbeeld de banken en/of andere vennootschappen milieuovertredingen heeft begaan die geleid hebben tot schade bij derden. Nadeel is dat ook deze optie de rangorde van schuldeisers niet verandert en geen oplossing biedt voor het probleem van de gelaedeerden. Zeker niet als de aangesproken groepsvennootschappen wankelen naar aanleiding van het faillissement van de vervuilende deelneming.

Afgezien van hiervoor genoemde vorderingen kan een individuele schuldeiser ook trachten om een doorbraak van aansprakelijkheid te bewerkstelligen en de moedervenootschap van de gefailleerde onderneming aansprakelijk stellen voor een door haar geschonden zorgplicht. Dit biedt ook geen soelaas, want de eventuele “opbrengsten” komen slechts aan één partij en niet de gezamenlijke schuldeisers ten goede.

#### **4. Wetsvoorstel privaatrechtelijk schadeverhaal bij (naderende) insolventie / slag om de schone grond**

##### *4.1. De uitkomsten van het huidige systeem nopen tot een systeemwijziging*

Het enige positieve dat uit de ontwikkeling in uitkeringspercentages en het gebrek aan een passende oplossing te halen valt, is dat het eindresultaat inmiddels zodanig uit balans is dat er geen discussie behoeft te worden gevoerd *of* er een aparte wettelijke regeling moet komen voor grote maatschappelijke problemen zoals milieuschade bij faillissementen, maar alleen over *hoe* een dergelijke regeling er uit zou moeten komen te zien. Houd bijvoorbeeld in gedachten wat de gevolgen zouden zijn als NAM zou omvallen voordat alle huidige en toekomstige schadegevallen zijn hersteld. Of longziekten / overlijden ten gevolge van luchtverontreiniging. Ook over dit soort, breed genomen, “vervuilings”-gevallen gaat dit artikel, waarbij zoals gezegd het verschil tussen vrijwillig vs. onvrijwillig en de oplossing daarvoor (later) ook bij andere dogmatisch vergelijkbare vraagstukken kan worden toegepast.

Het wettelijk systeem waar de curatoren gebruikelijk mee werken, voldoet niet meer, omdat de tegenstellingen te schrijnend zijn. Een vooraf-verdeling is op zijn plaats, waarbij degenen die de gemaakte vervuiling moeten opruimen en de gelaedeerden, in ieder geval een aanspraak en voorrang dienen te krijgen ten laste van degenen die wel een keus hadden en nog beschermd zijn door zekerheids- en andere aanspraken op de activa. Deze vooraf-verdeling heet hierna een mini-concursus.

#### 4.2. *Voorstel: de collectieve vordering tot herstel*

Voorgaande discussie is ontstaan door de wanverhouding tussen de meest bevoorrechte vrijwillige schuldeisers en onvrijwillige schuldeisers bij faillissementen. Het probleem zou veel minder groot zijn als wij in Nederland integraal afscheid zouden nemen van zekerheidsrechten en voorrechten. Met andere woorden: we kiezen voor de gezamenlijkheid van schuldeisers *sec*. De kans dat voor dat utopische scenario wordt gekozen lijkt ons niet aannemelijk, ondanks de schoonheid en de kracht van de eenvoud. Evenmin zien wij toekomst in symbolische rangverschuivingen als oplossing van dit probleem.

Het vergoeden van de schade van degenen die geen keus hadden door degenen die wel konden kiezen, kan onzes inziens met het volgende raamwerk tot stand worden gebracht. De gelaedeerden verkrijgen collectief een bijzonder wettelijk verhaalsrecht op alle activa<sup>45</sup> van de onderneming ten belope van de volledig door de gelaedeerden geleden schade (de “Vordering”). Het uitgangspunt in het BW dat een schuldenaar instaat met zijn gehele vermogen instaat voor zijn schulden (3:276 BW) wordt gecompleteerd met de regel dat het vermogen van de schuldenaar *in eerste instantie instaat* voor de schulden van degenen die geen keus hadden, en dat wat resteert overblijft voor de overige schuldeisers. Hierna wordt nader toegelicht hoe de Vordering versterkt wordt, en afgewikkeld.

#### 4.3. *Vordering wordt versterkt met wettelijk voorrecht en overname van separatisme*

De keus om alle activa dekkend te laten zijn voor de Vordering<sup>46</sup> wordt mede ondersteund vanuit de grondgedachte dat alle activa van de onderneming op de een of andere wijze hebben bijgedragen aan de schade van degenen die geen keus hadden.<sup>47</sup> De gelaedeerden verkrijgen een wettelijk voorrecht, welk voorrecht ook voortgaat op de aanspraken van de separatisten. Het collectief van gelaedeerden verkrijgt daarbij ook het recht op separatisme en parate executie. Deze rechten en voorrechten gaan ook boven de bekende voorrechten die de Belastingdienst en het UWV kunnen inroepen (de werknemers zelf behouden wel de

---

45. Onder activa vallen ook huur- en leaseconstructies waar een eigendomselement in zit.

46. Ook de eventuele aanspraken jegens de verzekeraar en jegens bestuurders komen in eerste instantie tot aan de gelaedeerden. Wij zullen dit niet eerdere keer herhalen.

47. Dit is geen nieuwe grondgedachte, zie de realiteit dat ook activa die niet gefinancierd zijn door een financier vrijwel altijd door *catch-all* clausules dienen als onderpand van activiteiten en activa die wel gefinancierd zijn door die financier.

rechtstreekse dekking van het UWV) nu de overheid minder belast zal worden met onverhaalbare saneringskosten.

Relevant is verder dat alle eventuele regres (- en subrogatie)vorderingen geen invloed mogen hebben op de afwikkeling ten behoeve van de gelaedeerden: stille cessie en bezwaren ten behoeve van derden kunnen evenmin aan de gelaedeerden worden tegengeworpen. De gelaedeerden kunnen vervreemding / bezwaring van de kredieten en de zekerheden naast zich neerleggen: zij kunnen voor de inning van de Vordering de hele keten aanspreken en de keten-partners moeten het onderling samen oplossen.

#### 4.4. *Inning voor de gelaedeerden door de curator*

De curator treedt op als vertegenwoordiger van de gezamenlijke gelaedeerden met gebruikmaking van de bovengenoemde rechten, verkoopt de activa en int de ontvangsten van degenen die wel een keus hadden en de betalingen van de schadeverzekeraar (met uitzondering van de letselschade, die gaat rechtstreeks naar de gelaedeerden). Eerst zal natuurlijk de uitkering van de verzekering – met uitzondering van letselschadeverzekeringen – worden aangesproken, voordat verhaal wordt genomen ten laste van degenen die wel een keus hadden.<sup>48</sup> Op het surplus van wat er na het te gelde maken van de activa, de sanering en de verhaalsacties jegens de aandeelhouders / bestuurders en de afdrachten aan de Staat als saneerder (die daarin gewoon meedeelt met de andere gelaedeerden), de curator en de gelaedeerden overblijft in deze mini-concurfus, verkrijgen de separatisten en leveranciers onder eigendomsvoorbehoud een bevoorrechte aanspraak op “hun” activum (voor zover zij separatist waren zonder omslag van de overige faillissementskosten<sup>49</sup>). Mocht het verhaal op de verzekering en de activa tekortschieten, maar er toch middelen in de boedel komen dan dienen die middelen als eerste worden aangewend om de Vordering volledig te voldoen.

Indien er buiten een faillissement een dergelijke (vervuilende) onderneming is / wordt afgewikkeld zonder dat alle gelaedeerden en de saneringskosten zijn ver-

---

48. In de regel zullen eventuele milieu-gerelateerde procedures voor de curator worden gevoerd door gespecialiseerde externe kantoren die vrij staan en welke advocaten alsook hun kantoren bovendien voor niet meer dan 5% van hun praktijk afhankelijk zijn van werkzaamheden voor het soort wederpartijen (zoals verzekeraars, bestuurders, financiers) die tegenover de curator staan. Met dit percentage van 5% voor de focus van de externe kantoren, wordt het *level playing field* verbeterd voor kantoren van buiten de insolventie-industrie en wordt tevens bevorderd dat de sterkere marktpartijen niet in staat zijn om door een commerciële positie invloed uit te oefenen.

49. NB. Dat geldt uiteraard niet voor bodemzaken.

goed, kan op vordering van één of meer gelaedeerden of het OM het faillissement worden uitgesproken, waarbij met een op de pauliana gelijkende regeling alsnog tot dezelfde uitkomst moet worden gekomen zoals die wij hierboven beschrijven.

Onder het voorstel is de nieuwe rangorde van schuldeisers als volgt: uren curator voor zover redelijkerwijs gerelateerd aan de milieuschade. Daarna worden de gelaedeerden tezamen met de Staat voor de saneringskosten voldaan. Na de afwikkeling daarvan herneemt het normale faillissementsleven zijn loop. De separatisten herkrijgen wat er over is van (de waarde van) hun zekerheden en de normale faillissementsafwikkeling vindt plaats. De keus voor de preferentie voor de milieu-uren van de curator is om te vermijden dat monetaire overwegingen zouden leiden tot een suboptimale behandeling van de rechten van de gelaedeerden.<sup>50</sup> De rol van de curator in dit soort zaken vereist dat de kans dat hij wordt betaald voor die milieu-inzet zo groot mogelijk is. Immers kan de curator – net zo min als een vuilnisman een hem onwelgevallige vuilniszak kan weigeren – een aanstelling niet echt weigeren én dient de mini-concursus bovendien de curator te beschermen tegen de disputen met derden.

#### 4.5. *Normatieve en effectieve voordelen van het voorstel*

Het opbouwen van een eerlijker systeem ten behoeve van de gelaedeerden maakt het ingewikkelder dan het huidige systeem waarbij bijna alles wordt geïnd door de financiers en feitelijk vrijwel alles door hen wordt behouden. Wij beseffen dat niet iedereen meteen staat te juichen, hoe mooi het ook is om een bijdrage te mogen leveren aan een oplossing. De angst dat de mogelijk vervuilende industrieën lastiger gefinancierd kunnen worden door de banken en aandeelhouders is aanwezig, maar het is de vraag of deze angst zwaarder moet wegen dan het in stand houden van de niet te billijken uitkomsten voor zij die geen keus hebben gehad. Wat ons betreft niet. Als dat effect zich voordoet wordt bovendien versneld ruimte gecreëerd voor bedrijven of bedrijfsactiviteiten die niet teren op de omgeving. Veel, of alle, andere vragen die opkomen kunnen ook makkelijk worden beantwoord door de vraag te stellen: is het antwoord op die vraag belangrijker dan het oplossen van het probleem voor degenen die geen keus hadden?

Mocht het voorstel (indien het onderdeel gaat vormen van het parlementaire debat) niet kunnen rekenen op voldoende draagvlak in de Kamers, dan stellen wij voor het systeem te wijzigen in die zin dat indien een specifieke separatist

---

50. Eigenlijk hetzelfde argument dat banken continue gebruiken om hun ijzersterke zekerheden en separatisme te behouden – “geen sterke zekerheden, dan geen optimaal krediet” – maar dan nu voor een meer maatschappelijk doel dan de commerciële kredietverlening.

erin slaagt te bewijzen dat hij niet wist en onmogelijk kon weten van enige verontreiniging, deze op gelijke voet mag meedelen in de pool van de gelaedeerden in “zijn” activum. Wij vinden een dergelijke gelijkschakeling (tussen vrijwillig/onvrijwillig) dogmatisch niet rechtvaardig, maar hopelijk dan toch voldoende intens om er maatschappelijk mee te winnen.

## 5. Conclusie

*“Dat de positie van beide typen crediteuren [onvrijwillig vs. vrijwillig, SJ en RvM] zeer verschillend is, behoeft nauwelijks toelichting.”* schreef Bartman in *Ondernemingsrecht* naar aanleiding van het klimaatvonnis Shell.<sup>51</sup>

Dit artikel gaat over de situatie dat er een extreem element aan de ellende wordt toegevoegd: het faillissement van de veroorzaker. De huidige rangorde van schuldeisers in faillissement leidt tot onwenselijke uitkomsten. De machtige, vermogende, goed geëquipeerde partijen gaan er met het leeuwendeel van het geld vandoor en de gelaedeerde blijft achter met een onverhaalbare vordering. Gelet op het krachtenveld zou het goed zijn dat er iets zeer wezenlijks verandert in het verdelingsvraagstuk – waardoor ons voorstel niet nodig zou zijn - maar de kans op een zodanig grote koerswijziging is niet groot te achten. Deze realiteit noodzaakt tot een aanpassing om degenen die geen keus hadden, te beschermen.

Dan komt nu de vraag aan de orde wie zich daarvoor gaat inzetten. Als lid van INSOLAD vind ik [RvM] dat INSOLAD een trackrecord heeft dat vatbaar is voor optimalisatie als het gaat om het beschermen van degenen die het meest bescherming nodig hebben. Op cruciale momenten zijn er door INSOLAD-keuzes gemaakt die in het nadeel van onbeschermde schuldeisers of de meest kwetsbare werknemers uitvielen. Ik zou dus denken dat, vanwege de aanzienlijke ruimte om het beter te doen, INSOLAD zich in dit tijdsgewricht ferm gaat inspannen om dit maatschappelijke voorstel een stap verder te brengen.

En in het ruime bestand aan insolventie-organisaties dat ons land rijk is, is er vast wel een andere organisatie die zich wil inzetten voor de belangen van banken en hun aandeelhouders.

---

51. S.M. Bartman, ‘Een concernrechtelijke beschouwing naar aanleiding van het Shell-klimaatvonnis’, *Ondernemingsrecht*, 2022/73 daarbij vermeldend dat hij adviseur is van de Vereniging Milieudefensie die partij is in die procedure (maar) daarbij ook refererend aan een andere bron: M.G. Faure, ‘Remedies voor de beperkte aansprakelijkheid van de rechtspersoon bij milieuschade vanuit rechtseconomisch perspectief’, in: M.A. Verbrugh e.a. (red.), *Einde-loos getob, Liber Amicorum Kid Schwarz (IVOR nr. 125)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 317 (321).

