

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

F.B. BOSVELT EN I.C. LOK¹

1. Inleiding

Bij de afwikkeling van een faillissement spelen de belangen van de gefailleerde vaker een rol dan men in eerste instantie zou denken. Vaak loopt het belang van de gefailleerde parallel met dat van zijn schuldeisers. Soms lopen de belangen uiteen of zijn deze tegenstrijdig. Denk bijvoorbeeld eens aan de volgende vragen:

- Moet de curator een beroep op verjaring doen als blijkt dat vorderingen van schuldeisers zijn verjaard?
- Onder welke omstandigheden kan de curator het woonhuis van de gefailleerde verkopen?
- Kan de curator de huurovereenkomst van het woonhuis van de gefailleerde opzeggen?
- Mag de curator een schikking met een op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijke bestuurder treffen voor de hoogte van het boedeltekort als de toegebrachte schade veel groter is? Of moet de curator in dit soort situaties ook rekening houden met het belang van (de aandeelhouder van) de gefailleerde?
- Mag de curator duurovereenkomsten aangaan als die voor de gefailleerde ook na het faillissement (bezwarende) gevolgen hebben?
- De gefailleerde heeft een pand in eigendom waarop een koopoptie rust. Mag de curator het pand aan een willekeurige derde verkopen voor een hogere prijs met als gevolg een schadevergoedingsvordering van degene met de koopoptie?

In deze bijdrage lichten wij toe hoe en binnen welk normenkader het belang van de gefailleerde een rol speelt. Om de belangen van de gefailleerde in faillissement beter te duiden, maken wij de vergelijking met het belang van de geëxecuteerde binnen het beslag- en executierecht. Vervolgens geven wij een nadere toelichting op een aantal specifieke thema's die in faillissement kunnen spelen. Per thema bespreken wij hoe het belang van de gefailleerde (of zijn aandeelhouder) zich tot de belangen van zijn schuldeisers verhoudt en hoe de curator kan of moet handelen in de situatie dat deze belangen botsen.

1. Ferdinand Bosvelt en Inge Lok zijn beide advocaat bij Wijn & Stael Advocaten NV.

2. Normenkader

Op grond van artikel 68 Fw is de curator belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Dit doet de curator ten bate van de gezamenlijke crediteuren. De wetgever heeft bij de invoering van de Faillissementswet onder ogen gezien dat de gefailleerde een groot belang heeft bij goed beheer van zijn boedel. Zo volgt uit de memorie van toelichting:

*“Aan den gefailleerde mag het recht van verzet niet onthouden worden, omdat elke handeling van den curator zijne zaak geldt; het is zijn boedel die vereffend wordt ter voldoening van zijner schuldeischers; al mag hij zelf niet beheeren, het is voor hem niettemin van het grootste belang dat er goed beheerd worde.”*²

Uit de memorie van toelichting volgt ook dat de curator niet alleen de belangen van de schuldeisers heeft te behartigen, maar evenzeer die van de gefailleerde. Dit is overigens niet een bijzondere, zelfstandige verplichting van de curator, maar een verplichting die in primis op de schuldeisers rust:

*“Evenals op iederen beslaglegger rust toch op hen [de schuldeisers, FB en IL] de verplichting bij de executie de belangen van den schuldenaar te ontzien. Zij kunnen executeeren, te eigen bate executeeren, maar behooren daarbij, voor zooverre zich dit met eene billijke uitoefening hunner rechten verdraagt, met de belangen van den schuldenaar rekening te houden.”*³

De curator is diegene die in plaats van de individuele schuldeisers hun bevoegdheden uitoefent. Dit is een bevoegdheid ‘sui generis’. Vriesendorp heeft opgemerkt dat het probleem van deze typering is dat dit nauwelijks richting geeft om belangenconflicten op te lossen als de Faillissementswet geen duidelijkheid biedt.⁴ Het is dan ook de vraag hoe de curator deze door de wetgever aan hem opgedragen taak in de praktijk dient uit te voeren.

In sommige gevallen geeft de wet duidelijkheid over de afweging van het belang van de gezamenlijke schuldeisers ten opzichte van dat van de gefailleerde. Deze wettelijke gevallen lichten wij nader toe in het volgende hoofdstuk. In andere gevallen is sprake van een open norm. In het arrest *Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.* heeft de Hoge Raad overwogen dat de curator bij

2. Van der Feltz II, p. 9.

3. Van der Feltz I, p. 372.

4. R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2013, p. 180.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

de uitoefening van zijn taak ook met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening moet houden.⁵ Maar wat is gerechtvaardigd?

Een begrenzing – als geen specifieke wettelijke regeling geldt – is de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid en meer in het bijzonder het leerstuk van misbruik van bevoegdheid.⁶ Een curator kan immers, net als een individuele schuldeiser, zijn bevoegdheden niet gebruiken, voor zover hij deze zou misbruiken. In de hoofdstukken 4 tot en met 7 lichten wij aan de hand van een aantal specifieke thema's deze open norm nader toe.

3. Wettelijk geregelde gevallen

De wettelijk geregelde gevallen, waarin het belang van de gezamenlijke schuldeisers ten opzichte van dat van de gefailleerde is afgewogen, zijn onder te verdelen in twee categorieën.

De eerste categorie bestaat uit de bijzondere bevoegdheden en dwangmiddelen die de curator tot zijn beschikking heeft zoals de postblokkade, inlichtingenplicht, inbewaringstelling en binnentreden. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om toe te lichten welke belangenafweging in deze situaties wordt gemaakt. Wij volstaan met de opmerking dat evident is dat de bevoegdheden van de curator soms haaks staan op bepaalde belangen van de gefailleerde.

De tweede categorie bestaat uit de wettelijke bepalingen waarin bepaalde belangen van de gefailleerde in het bijzonder worden beschermd. Zo is bijvoorbeeld in artikel 21 Fw geregeld welke goederen buiten het faillissement blijven. De voor de praktijk meest relevante uitzondering is het inkomen van de gefailleerde voor zover de rechter-commissaris dat bepaalt. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever bij de in artikel 21 Fw genoemde uitzonderingen op artikel 20 Fw overigens niet alleen het belang van de gefailleerde zelf voor ogen had:

“De humaniteit eischt, dat de schuldenaar bij alle noodzakelijke gestrengheid toch menselijk worde behandeld; het welbegrepen belang van de schuldeischers wordt gediend, indien men den schuldenaar de mogelijkheid laat zijn eigen kost te verdienen en later nog weer eens tot welstand te komen; het belang der maatschappij vordert dat de schuldenaar niet armlastig worde of in verzoeking kome op oneerlijke wijze zich een levensonderhoud te verschaffen.”⁷

5. HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (*Vehuwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

6. Misbruik van bevoegdheid is een species van het leerstuk van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, vgl. E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid* (Monografieën BW A4), Deventer: Kluwer 2013, p. 25.

7. Van der Feltz I, p. 348.

Ook het maatschappelijke belang en het belang van de schuldeisers spelen hier dus een rol.

Verder is in artikel 22a Fw een regeling opgenomen die de curator beperkt in het afkopen of doen wijzigen van de begunstiging van een levensverzekering, indien dat voor de verzekeringnemer of begunstigde onredelijk benadelend is. Binnen het beslag- en executierecht is een vergelijkbare regeling opgenomen in artikel 479p Rv. Uit de memorie van toelichting bij artikel 22a Fw blijkt dat het criterium van onredelijke benadeling is ontleend aan artikel 474bb Rv.⁸ De minister heeft hierover het volgende opgemerkt:

“Onredelijke benadeling bij de uitwinning zal kunnen worden aangenomen indien het een levensverzekering met verzorgingskarakter betreft. Hierbij staat primair het belang van de begunstigde voorop. Daarbij is onder meer van belang of een dergelijke voorziening nog noodzakelijk is naast eventueel reeds elders bestaande aanspraken,

[...]

Verder kan de uitwinning van een levensverzekering onredelijk benadelend zijn indien de executant ook verhaal kan nemen op andere vermogensbestanddelen waarvan de executie voor de verzekeringnemer minder bezwarend is.”⁹

Voorts is in artikel 37b Fw opgenomen dat nutsbedrijven hun diensten niet mogen opschorten voor zover levering voor de voortzetting van de failliete onderneming of de eerste levensbehoeften van de gefailleerde noodzakelijk is. Voor de invoering van artikel 37b Fw is door de Hoge Raad al in het arrest *Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.* bepaald dat een nutsbedrijf niet mag afsluiten als de eerste levensbehoeften van de failliet en zijn gezin zouden worden getroffen.¹⁰ Artikel 37b is derhalve een gedeeltelijke codificatie van dit arrest. Het belang van de gefailleerde (zijn eerste levensbehoeften) moet echter wel wijken als het nutsbedrijf kan opschorten op andere gronden dan het niet nakomen van een voor de faillietverklaring ontstane verbintenis tot betaling van een geldsom. Bij schending van andere contractuele verplichtingen of bijvoorbeeld fraude met de meter, is opschorting of ontbinding wél geoorloofd.¹¹

8. *Kamerstukken II* 1994/95, 22969, 20, p. 6.

9. *Kamerstukken II* 1994/95, 23429, 8, p. 5.

10. HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

11. T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (Recht en Praktijk, nr. InsR3), Deventer: Kluwer 2012, p. 343 en *Kamerstukken II* 1992/93, 22969, 3, p. 47.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

Het belang van de gefailleerde is daarnaast te zien in artikel 99 Fw. Daarin is geregeld dat de curator post die niet op de boedel betrekking heeft direct door moet sturen naar de gefailleerde.

Verder heeft de gefailleerde de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op het beheer van zijn boedel. De gefailleerde kan conform artikel 69 Fw bij de rechter-commissaris tegen iedere handeling van de curator opkomen of een bevel uitlokken dat de curator een bepaalde handeling verricht of juist nalaat.¹² Dat de gefailleerde invloed heeft op de afwikkeling van het faillissement, volgt ook uit de Recofa-richtlijnen. Zo is bijvoorbeeld op het modelformulier voor een toestemmingsverzoek voor onderhandse verkoop de vraag opgenomen hoe (de bestuurder van) de gefailleerde tegenover het (hoogste) bod staat.¹³ Ook bestaat de invloed van de gefailleerde uit het feit dat hij (een deel van) een vordering of voorrang op grond van artikel 126 Fw kan betwisten. Daarmee bewerkstelligt de gefailleerde dat de schuldeiser geen executoriale titel verkrijgt.

De bescherming van de belangen van de gefailleerde ligt ook besloten in het uitgangspunt dat een faillissement twee fasen kent. De staat van insolventie treedt pas in als de verificatievergadering eindigt zonder akkoord (artikel 173 lid 1 Fw). Het belang van de gefailleerde om bijvoorbeeld zijn onderneming of andere voor hem waardevolle activa te kunnen behouden – bij een geslaagd akkoord – wordt hierdoor beschermd. De praktijk is echter dat een curator doorgaans zo spoedig mogelijk alle activa te gelde maakt. De Hoge Raad heeft hierover in het arrest *Nieuwe Plancius* geoordeeld dat dit niet in strijd is met artikel 101, 173 en 175 Fw.¹⁴ Met de invoering van de Wet modernisering faillissementsprocedure is artikel 101 lid 1 Fw gewijzigd.¹⁵ Volgens de tekst van het oude artikel 101 Fw was verkoop door de curator (voor de insolventie) slechts toegestaan “indien en voorzover de vervreemding noodzakelijk is ter bestrijding der kosten van het faillissement, of de goederen niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven”. Het nieuwe artikel 101 lid 1 Fw luidt: “De curator is bevoegd om goederen te vervreemden.” Uit de memorie van toelichting volgt dat de wijziging in artikel 101 Fw een codificatie van de bestaande praktijk betreft. Expliciet is opgenomen dat de curator met de

12. Uit HR 10 mei 1985, *NJ* 1985/792 volgt dat artikel 69 Fw niet is bedoeld om de gefailleerde gelegenheid te geven op eenvoudige wijze aan hem persoonlijk toekomende rechten geldend te maken. De Hoge Raad heeft een uitzondering gemaakt voor de persoonlijke rechten van de gefailleerde als bedoeld in artikel 21 onder 3e Fw en daarmee gelijk te stellen rechten.

13. Artikel 3.2 sub b Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling en bijlage d.

14. HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938/9 (*Nieuwe Plancius*).

15. Inwerkingtreding per 1 januari 2019, zie *Stb.* 2018, 348.

benodigde zorgvuldigheid heeft te handelen, zowel jegens de schuldeisers als jegens de gefailleerde, en dat dit onder omstandigheden met zich kan brengen dat een curator voordat hij verkoopt, eerst beziet of er redelijke alternatieven zijn die maken dat de verkoop nog even kan worden uitgesteld.¹⁶

Het faillissement is een algeheel gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de gefailleerde ten behoeve van zijner gezamenlijke schuldeisers.¹⁷ Een bespreking van de wijze waarop in het beslag- en executierecht de belangen van de geëxecuteerde een rol spelen ligt daarom voor de hand. Dat doen wij in het volgende hoofdstuk. Constateringen die wij daarbij doen, kunnen ook relevant zijn bij belangenafwegingen in een faillissement.

4. Relevante aspecten van het beslag- en executierecht

Binnen het beslag- en executierecht geldt het uitgangspunt dat een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar kan verhalen, tenzij de wet of overeenkomst anders bepaalt (artikel 3:276 BW). Naast de beperking van wet of overeenkomst, is een beperking ook aan de orde als sprake is van misbruik van bevoegdheid (artikel 3:13 BW). Van der Putten en Van Zanten duiden het leerstuk van misbruik van beslagrecht treffend als het ‘veiligheids-ventiel’ van het burgerlijk recht.¹⁸

Misbruik van beslagrecht kan in twee fasen aan de orde zijn, namelijk ten eerste bij de beslaglegging en ten tweede bij de executie. Voor de vergelijking met het handelen van de curator is bespreking van de eerste fase van het beslag niet zinvol. Het faillissement is immers van rechtswege een beslag op het gehele vermogen. De vergelijking met de belangen van de executant in de tweede fase, het uitwinnen van het beslag, is wel interessant. Wij lichten dit verder toe. Regelmatig wordt de vraag gesteld of beslag kan worden gelegd op goederen die bij executie naar verwachting – na aftrek van de kosten – niet tot ‘netto-opbrengst’ leiden. Over het algemeen wordt aangenomen dat dit wél kan. De rechtvaardiging is dat de schuldenaar zo kan worden gedwongen tot betaling. Minder uitgesproken is het antwoord op de vraag in hoeverre die rechtvaardig-

16. *Kamerstukken II* 2016/17, 34740, 3, p. 28.

17. Van der Feltz I, p. 7 en p. 339.

18. S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten (red.), *Compendium Beslag- en executierecht*; S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten, *Doel en misbruik van beslag*, p. 378, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

gingsgrond ook voor de daadwerkelijke executie kan gelden.¹⁹ In faillissement kan deze rechtvaardigingsgrond geen rol spelen, omdat het beslag van rechtswege op het gehele vermogen ligt en de gefailleerde zijn schuldeisers niet meer mag betalen. In faillissement zal de curator dus steeds voor ogen moeten houden dat de te verwachten opbrengst de te maken kosten rechtvaardigt.²⁰ Er moet dus zicht zijn op netto-opbrengst. Overigens gaat deze rechtvaardigingsgrond binnen het beslag- en executierecht mogelijk verdwijnen. In het kader van het Wetsvoorstel tot herziening van het beslag- en executierecht is voorgesteld aan artikel 435 Rv toe te voegen:

“Beslaglegging is niet toegestaan indien redelijkerwijs voorzienbaar is dat de opbrengst die gerealiseerd kan worden bij het verhaal op die goederen niet meer bedraagt dan de kosten van de beslaglegging en de eventueel daaruit voortvloeiende executie.”²¹

Indien de executant, mede gelet op de belangen van de geëxecuteerde, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij de gebruikmaking van zijn bevoegdheid, is sprake van misbruik van recht. Dit volgt uit het standaardarrest *Ritzen/Hoekstra*.²² De Hoge Raad overwoog dat dit bijvoorbeeld aan de orde kan zijn indien het te executeren vonnis klaarblijkelijk op een juridische of feitelijke misslag berust of indien na dit vonnis voorgevallen of aan het licht gekomen feiten klaarblijkelijk aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal doen ontstaan. Er kan sprake zijn van misbruik van bevoegdheid, indien een schuldeiser, in aanmerking nemend de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening van zijn bevoegdheid heeft kunnen komen. De Hoge Raad heeft bevestigd dat de wet het geval op het oog heeft waarin degene die de bevoegdheid uitoefent, de bedoelde onevenredigheid kent of behoort te kennen.²³

19. Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 20 april 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM2233. Van der Putten en Van Zanten voeren (a.w. p. 387) aan dat de Hoge Raad de vraag of in het algemeen misbruik van recht moet worden aangenomen, als de schuldeiser het op tenuitvoerlegging aan laat komen terwijl bij voorbaat vaststaat dat de tenuitvoerlegging geen netto-opbrengst zal genereren, ontkennend zou hebben beantwoord. Het arrest waar zij naar verwijzen (HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7106) betreft echter een arrest op grond van artikel 81 RO.

20. Dat speelt uiteraard niet bij alle handelingen. Daar waar de curator rekening houdt met maatschappelijke belangen of bijvoorbeeld fraudeaangifte doet (vgl. artikel 68 lid 2 Fw) zal daarvan niet steeds opbrengst verwacht hoeven te worden.

21. www.internetconsultatie.nl/herzieningbeslagenexecutierecht.

22. HR 22 april 1983, NJ 1984/145 (*Ritzen/Hoekstra*), r.o. 3.2.

23. HR 21 mei 1999, NJ 1999/507 (*Wekking/Spoelstra*).

Een dergelijke onevenredigheid van belangen kan ook aan de orde zijn als voor een relatief geringe vordering een voor de schuldenaar waardevol goed wordt geëxecuteerd, terwijl er ook andere mogelijkheden voorhanden zijn.²⁴ In het *Vaskrsic*-arrest oordeelde het EHRM:

*“the Court is nevertheless of the view that, given the paramount importance of the enforcement measure taken against the applicant’s property, which was also his home, and the manifest disproportion between this measure and the amount of debt it aimed to enforce, the authorities were obliged to take careful and explicit account of other suitable but less intrusive alternatives.”*²⁵

Deze norm richt zich tot de autoriteit die in Slovenië met executie is belast. In Nederland is de deurwaarder belast met executie. Uit dit arrest is voor de Nederlandse deurwaarder af te leiden dat hij bij executie voor een geringe schuld, als de belangen van geëxecuteerde ernstig worden geschaad, moet onderzoeken of minder bezwarende alternatieven beschikbaar zijn. Deze norm richt zich niet direct tot de executerende schuldeiser.

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in het voordeel van de schuldeiser overwogen dat het aan de schuldeiser is om te kiezen op welke wijze hij zijn vordering wil incasseren.²⁶ In die zaak kon de vordering middels een derdenbeslag binnen zes maanden worden afgelost. De geëxecuteerde had onvoldoende onderbouwd dat bij executie (na voldoening van de hypotheekschuld) geen opbrengst te verwachten was. Het hof overwoog:

“in de keuze voor de executie van het pand kan geen strijd met de redelijkheid en billijkheid worden gevonden nu volgens de eigen stellingen van [appellanten] het derdenbeslag een bedrag van ongeveer € 2700,- per maand oplevert en [geëntimeerde] langs die weg nog minstens zes maanden op volledige betaling moet wachten.”

De wetgever heeft in het kader van beslag op vorderingen expliciet de belangen van de geëxecuteerde gewaarborgd. Het uitgangspunt is dat een beslagen vordering moet worden geïnd (artikel 477 Rv). Slechts als sprake is van een niet-opeisbare vordering kan verkoop via de vangnetbepaling van artikel 474bb Rv plaatsvinden. Indien door die verkoop de geëxecuteerde of een andere

24. S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten (red.), *Compendium Beslag- en executierecht*; S.J.W. van der Putten en M.R. van Zanten, *Doel en misbruik van beslag*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2018, p. 391.

25. EHRM 25 april 2017, *JOR* 2017/214 (*Vaskrsic*), r.o. 83.

26. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5547, r.o. 5.10.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

belanghebbende onredelijk wordt benadeeld, dan kunnen zij de voorzieningenrechter verzoeken om te bevelen dat de executie wordt gestaakt (artikel 474bb lid 4 Rv).

Binnen het beslag- en executierecht geldt dat het aan de schuldeiser is om te kiezen op welke wijze hij zijn vordering incasseert. In beginsel heeft de schuldeiser grote vrijheid. De schuldeiser kan echter zoals wij dat hiervoor zagen misbruik van zijn bevoegdheid maken in bijvoorbeeld de volgende gevallen:

- Hij de executie van een vonnis doorzet dat berust op een klaarblijkelijke juridische of feitelijke misslag.
- Na het vonnis feiten zijn voorgevallen of aan het licht zijn gekomen die maken dat door de executie aan de zijde van de geëxecuteerde een noodtoestand zal ontstaan.
- Als bij executie geen netto-opbrengst te verwachten is.
- Indien bij een geringe schuld een minder bezwarende goed kan worden uitgewonnen en bijvoorbeeld een woonhuis kan worden ontzien.

In de volgende hoofdstukken gaan wij in op een aantal specifieke thema's die in een faillissement kunnen spelen en waarbij een belangenconflict aan de orde kan zijn. Wij menen dat deze normen uit het beslag- en executierecht ook in faillissement een rol kunnen spelen.

5. Het woonhuis van de gefailleerde

Een gefailleerde natuurlijk persoon is soms (mede)huurder of (mede-)eigenaar van een woonhuis. Indien de gefailleerde zijn woonhuis dreigt kwijt te raken, dan heeft dit vanzelfsprekend grote impact. Dit vierde hoofdstuk spitsen wij toe op het woonhuis van de gefailleerde. Daarbij gaan wij eerst in op eventuele verkoop van de koopwoning van de gefailleerde (§ 5.1) en vervolgens op de situatie waarin de gefailleerde een woning huurt (§ 5.2). Wij maken twee algemene opmerkingen vooraf.

In de Grondwet en in het EVRM liggen rechten van de gefailleerde besloten die betrekking hebben op de woning en zijn persoonlijke levenssfeer. Zo ligt in artikel 12 Grondwet het recht van onschendbaarheid van de woning besloten. Dit grondrecht beschermt het ongestoord verblijf in een ruimte die tot exclusief verblijf voor een persoon of een beperkt aantal personen is bestemd. In artikel 8 EVRM is het recht op eerbiediging van het privéleven, familie- en gezinsleven

en de woning vastgelegd. Deze grondrechten strekken niet tot bescherming van de eigendom of de huur.²⁷

Gelet op het belang voor de gefailleerde, menen wij dat bij aanvang van het faillissement tussen de curator en de gefailleerde overleg dient plaats te vinden over de voorgenomen aanpak met betrekking tot het woonhuis. Daarnaast zou een curator de gefailleerde steeds moeten informeren als er concrete ontwikkelingen zijn met betrekking tot het woonhuis.

5.1 *Verkoop woonhuis door de curator*

De curator kan niet altijd het woonhuis van de gefailleerde verkopen. Bij de belangenafweging die hierbij plaatsvindt is – net als in het beslag- en executierecht – van belang in hoeverre daarvan netto-opbrengst te verwachten is. Pas bij zicht op daadwerkelijke opbrengst lijkt verkoop gerechtvaardigd. Deze kwestie is in de jurisprudentie meerdere keren aan de orde geweest.

De Hoge Raad oordeelde in 1995²⁸ over een verzoek van een gefailleerde en zijn partner die niet wilden dat hun woning door de curator werd verkocht. Eerst verzochten zij de rechter-commissaris op grond van artikel 69 Fw aan de curator te bevelen de verkoop van de woning na te laten. Uitgangspunt was dat verkoop, na aflossing van de hypotheek, een opbrengst van f 40.000 kon opleveren. Daarvan kwam de helft aan de boedel toe. De boedelschulden (met name salaris curator) bedroegen ongeveer f 16.500, zodat slechts een bedrag van f 3.500 beschikbaar zou komen voor de faillissementsschuldeisers. De rechtbank oordeelde dat een opbrengst voor de boedel van f 20.000 zodanig was dat niet gezegd kon worden dat de belangen van de gefailleerde onevenredig werden geschaad. De Hoge Raad treedt niet in de belangenafweging, omdat die van feitelijke aard is. De Hoge Raad overweegt wel dat de rechtbank in die afweging terecht ook de rechten van boedelcrediteuren had betrokken. De conclusie hiervan is dat een curator zelfs op verkoop mag aansturen als alle opbrengst aan zijn salaris op zou gaan.

De curator die de hypotheekhouder een termijn ex artikel 58 Fw stelt om tot verkoop van het woonhuis over te gaan, kan daarbij ook misbruik van zijn bevoegdheid maken. In 2015 oordeelde de Hoge Raad over een termijnstelling in een situatie dat geen sprake van overwaarde was.²⁹ De curator stelde de

27. *Kamerstukken II* 1984/85, 19073, 3, p. 20 en J.C. van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 38.

28. HR 16 juni 1995, *NJ* 1996/553 (*K. en L./Jukema q.q.*).

29. HR 6 februari 2015, *JOR* 2015/308 (*A./Van der Molen q.q.*).

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

termijn om zo te proberen middelen te realiseren om de boedelschulden te kunnen voldoen. Vaststaand feit was echter dat de hypotheekhouder de termijn niet zou laten verlopen. De Hoge Raad oordeelde dat het oordeel van de rechtbank “*dat uitoefening door de curator van zijn in artikel 58 Fw gegeven bevoegdheden zal leiden tot dekking van de faillissementskosten en dat de curator derhalve een in redelijkheid te respecteren belang heeft bij de uitoefening van die bevoegdheden*” onbegrijpelijk is. Daarbij merkt de Hoge Raad op dat ook indien de termijnstelling niet meer ongedaan gemaakt kon worden, geldt dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat (verdere) uitoefening van zijn bevoegdheden door de curator misbruik van bevoegdheid oplevert.

Verstijlen noemt in zijn proefschrift een – niet gepubliceerd – voorbeeld dat de verkoop van een woonhuis betrof.³⁰ Het woonhuis had een overwaarde van f 145.000. De gefailleerde verzocht de rechter-commissaris (op grond van artikel 69 Fw) te bevelen om de verkoop van de woning op te schorten tot na de verificatievergadering, zodat hij de gelegenheid had om de overwaarde gefinancierd te krijgen. De curator meende dat vanwege de dalende prijzen niet gewacht kon worden met de verkoop van de woning, zodat hij conform artikel 101 Fw wilde overgaan tot verkoop. De rechter-commissaris oordeelde dat het belang van de gefailleerde in deze situatie opwoog tegen het belang van de boedel. In de belangenafweging speelde mee dat onvoldoende was gebleken dat sprake zou zijn van dalende prijzen. Zoals wij hiervoor in hoofdstuk 2 hebben toegelicht is artikel 101 lid 1 Fw inmiddels gewijzigd. Desalniettemin blijft dit oordeel van de rechter-commissaris van belang. Wij menen dat als de curator tot verkoop van het woonhuis wil overgaan, het van belang kan zijn dit pas te doen nadat met de gefailleerde overleg is gevoerd over de vraag of hij eventuele overwaarde elders gefinancierd kan krijgen. Aan de andere kant geldt dat, indien een curator voldoende kan onderbouwen dat overwaarde verdampt als wordt gewacht met verkoop, ook als onzeker is of verkoop noodzakelijk is om de schulden te voldoen, verkoop wel gerechtvaardigd kan zijn. Dit komt steeds neer op een afweging van belangen.

Over een dergelijke situatie heeft de Rechtbank Midden-Nederland zich in 2018 uitgelaten. De gefailleerde had de rechter-commissaris verzocht om de verdere vereffening van zijn vermogen te staken totdat definitief zou zijn beslist op zijn klacht bij de Accountantskamer tegen KPMG. Uit de procedure bij de Accountantskamer zou moeten blijken dat de vorderingen op basis waarvan zijn faillissement was uitgesproken, onterecht zouden zijn en dat de gefailleerde

30. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 147.

nog vorderingen op de faillissementsaanvragers en KPMG had. De curator vond het aanhouden van de vereffening niet in het belang van de boedel. De rechter-commissaris oordeelt als volgt:

“De curator verricht zijn taak ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en heeft daarbij grote beleidsvrijheid. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is in het algemeen dat tijdig en kostenefficiënt tot vereffening van het vermogen wordt overgegaan. Er is geen rechtsregel op basis waarvan de curator bij het vereffenen van verschillende vermogensbestanddelen een volgorde moet aanhouden. Desondanks moet de curator streven naar een wijze van vereffening waarbij uw [gefailleerde, FB en IL] belangen zo min mogelijk worden geschaad.

[...]

Naar mijn oordeel zijn er geen gronden om tegen deze beleidskeuze van de curator op te treden. Het bestaan van een vordering op KPMG en de omvang daarvan is zeer onzeker. Het vaststellen van een eventuele vordering zal tijdrovend en kostbaar zijn. Er moeten eerst meerdere klachten worden behandeld door de Accountantskamer en daarna moet naar verwachting een civiele procedure worden doorlopen. Onder dergelijke omstandigheden heeft de curator terecht het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij een spoedige vereffening laten prevaleren. Hierbij is mede van belang dat ook buiten faillissement uw schuldeisers de mogelijkheid hadden gehad om tot executoriële verkoop van uw woning, inboedel en de aandelen over te gaan. Ook buiten faillissement is er, behoudens gevallen van misbruik van bevoegdheden, geen rechtsregel die schuldeisers dwingt de vaststelling en inning van een eventuele vordering op KPMG af te wachten.”³¹

De rechter-commissaris legt hier – onzes inziens terecht – het verband met het beslag- en executierecht. De gefailleerde is tegen de beslissing van de rechter-commissaris in hoger beroep gegaan. De rechtbank heeft zich – ten aanzien van het geciteerde onderdeel – bij het oordeel van de rechter-commissaris aangesloten en die motivering de zijne gemaakt. Daar voegt de rechtbank nog aan toe:

“Zelfs als de rechtbank er veronderstellenderwijs vanuit zou gaan dat appellant gelijk zou krijgen, is het gezien de opstelling van zowel KPMG als de faillissementsaanvragers uitgesloten dat zij grote sommen aan schadevergoeding gaan betalen en/of hun vorderingen alsnog op nihil stellen, zonder grote

31. Rechter-commissaris Rechtbank Midden-Nederland 10 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1474, r.o. 2.3 en 2.4.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

inspanningen van de curator. Nu de tot op heden gemaakte kosten het actief al overschrijden en de woning en inboedel belangrijke activa zijn die voor de boedel nog een saldo zullen opleveren, zullen deze hoe dan ook moeten worden verkocht om te voorzien in de kosten die dan zouden moeten worden gemaakt.”³²

Wij leiden hieruit af dat er geen regel is waaruit volgt dat de curator bij de executie van het vermogen van de gefailleerde een bepaalde volgorde moet aanhouden. Daarnaast volgt uit deze uitspraak dat de curator kan kiezen voor tegeldemaking van de activa waarvan dat het meest eenvoudig is. De curator mag het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij een spoedige vereffening laten prevaleren. Vergeleken met het beslag- en executierecht is dit ook logisch. Ook een schuldeiser heeft belang om tegen zo laag mogelijke kosten zijn vordering zo spoedig mogelijk voldaan te krijgen. De curator heeft voor de gezamenlijke schuldeisers hetzelfde belang.

In de casus die ten grondslag ligt aan het arrest *X./Stadig q.q.* van het Hof 's-Hertogenbosch voerde de gefailleerde aan dat verkoop van het woonhuis niet nodig was, omdat alle schulden voldaan konden worden uit andere vermogensbestanddelen. Het hof stelde vast dat dit niet het geval was en achtte daarom verkoop geoorloofd.³³

Een andere vraag die zich in de jurisprudentie heeft voorgedaan is of de curator van de gefailleerde ontruiming kan vorderen, zodat de woning ontruimd te koop kan worden aangeboden. Ook dan is sprake van een belangenafweging. In een door Hof 's-Hertogenbosch in 1976 beslist geval is geoordeeld dat de gefailleerde de woning inderdaad moest ontruimen.³⁴ Het ging hier om een gefailleerde die voor het faillissement zijn crediteuren had benadeeld en ook tijdens het faillissement niet meewerkte. In de belangenafweging die het hof maakt geeft het belang van de boedel, om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren door de woning leeg te koop aan te bieden, de doorslag. De Rechtbank Utrecht oordeelde in 1970 (in een casus waarbij niet is aangevoerd dat de gefailleerde de curator tegenwerkte) dat geen gebruiksrecht kon worden afgesplitst van het eigendomsrecht en dat een gefailleerde (en zijn gezin) niet zonder recht en titel in een woning verbleven.³⁵ Ook in een later arrest heeft het Hof 's-Hertogenbosch ontruiming van de woning van de gefailleerde toegestaan.³⁶ In die procedure kwam onbe-

32. Rechtbank Midden-Nederland 3 mei 2018, *RI* 2018/69, r.o. 6.10.

33. Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *RI* 2018/28 (*X./Stadig q.q.*).

34. Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 1976, *NJ* 1977/145.

35. Rechtbank Utrecht 11 september 1970, *NJ* 1971/19.

36. Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *RI* 2018/28 (*X./Stadig q.q.*)

twist vast te staan dat de woning in onbewoonde staat meer zou opbrengen. In de betreffende casus stelde de gefailleerde de hoogte van de vordering van de fiscus ter discussie. Het hof heeft echter vastgesteld dat ook wanneer de vordering zou worden bijgesteld steeds een aanzienlijke belastingschuld over zou blijven, zodat executie van de woning noodzakelijk was om de boedel te kunnen vereffenen.

Samengevat geldt dat de curator bij zijn keuze om een woonhuis al dan niet te verkopen een belangenafweging moet maken. Verkoop lijkt in beginsel enkel geoorloofd als er ook zicht is op opbrengst voor de boedel. Als dat perspectief ontbreekt, kan de curator in beginsel niet verkopen en kan hij verkoop ook niet bewerkstelligen door een termijn aan de hypotheekhouder te stellen. Hoeveel opbrengst er moet zijn om verkoop (of termijnstelling) te rechtvaardigen, is niet exact te zeggen. Naar ons idee moet het gaan om een substantieel bedrag. Dat die opbrengst vervolgens opgaat aan boedelkosten, maakt niet dat de verkoop ongeoorloofd is. De curator moet echter wel rekening houden met de belangen van de gefailleerde. Zeker als in het faillissement (mogelijk) sprake is van een surplus, dan is een zorgvuldige belangenafweging van de curator gewenst als hij beslist welke activa hij (al) te gelde maakt. Het ontzien van het woonhuis kan opportuun zijn. Bij onzekerheid over het passief, kan terughoudendheid gewenst zijn. In de afweging die de curator maakt kan voor de curator ook meespelen wat het alternatief op de huurmarkt zal zijn.³⁷

In aanvulling op het voorgaande merken wij nog het volgende op. Indien sprake is van (over)waarde en de curator een belang heeft om dat te gelde te maken, dan kan de curator soms meewerken aan minder ingrijpende opties. In dat kader kan gedacht worden aan:

- Het door gefailleerde zelf aan laten dragen van een koper, zodat hij met de koper afspraken kan maken over de mogelijkheid om in het woonhuis te blijven wonen.³⁸
- De gefailleerde in staat stellen met hulp van een derde de overwaarde aan de boedel te vergoeden.

37. Op de website wsnp.rvr.org staat in een QenA beschreven wat er in WSNP gebeurt met een eigen woning. De eerste keus is uiteraard aan de hypotheekhouder. Daarna is het antwoord: *“Of de woning verkocht wordt, beslist de rechter-commissaris op basis van onder andere de volgende punten: Heeft de woning overwaarde of onderwaarde? Heeft de woning hoge maandlasten? Kunt u de maandlasten van de woning betalen van uw netto inkomen? Hoe hoog zijn de huurlasten als uw woning is verkocht en u gaat in een huurwoning wonen?”* www.bureauwsnp.nl/voor-burgers/veelgestelde-vragen/gevolgen-wsnp/wat-gebeurt-er-met-mijn-koopwoning-in-de-wsnp, datum geraadpleegd 14 oktober 2018.

38. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *RI* 2018/28 (*X./Stadig q.q.*), r.o. 4.1.1.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

Ook een geheel ander soort belangenconflict zou zich bij een koopwoning nog voor kunnen doen. Wij zien dit belangenconflict in de situatie dat geen sprake is van overwaarde en de gefailleerde aan de curator verzoekt de woning over te dragen aan een huisgenoot of familielid alvorens tot afwikkeling van het faillissement wordt overgegaan. De gefailleerde kan zo proberen te voorkomen dat zijn schuldeisers na het faillissement weer beslag op de woning gaan leggen.³⁹ Het is wat ons betreft niet wenselijk dat een curator hieraan meewerkt. Een curator behoort immers niet mee te werken aan het verslechteren van de verhaalsmogelijkheden voor de crediteuren.

5.2 *Huurwoning gefailleerde*

In de hiervoor besproken gevallen ging het steeds om de situatie dat de gefailleerde eigenaar van een woning is. In veel faillissementen huurt de gefailleerde een woning. Hoe dient de curator dan te handelen? Kan hij zomaar de huurovereenkomst opzeggen?

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat de wetgever de opzeggingsbevoegdheid van artikel 39 Fw ook heeft bedoeld voor de huurwoning van de gefailleerde.⁴⁰ De vraag of de curator de huurovereenkomst van een woning van een natuurlijke persoon kan opzeggen, kan wat ons betreft niet altijd zonder meer positief worden beantwoord. Het kan van belang zijn om de huurovereenkomst op te zeggen indien duidelijk is dat de gefailleerde de maandelijkse huurverplichtingen niet kan voldoen. De curator dient immers te voorkomen dat de boedel geconfronteerd wordt met nieuwe boedelschulden. Voor de gefailleerde en zijn gezin heeft de opzegging daarentegen grote gevolgen.

Bij de beraadslaging over artikel 39 Fw in de Eerste Kamer heeft Vlieland Heine aangevoerd dat de mogelijkheid van opzegging door de curator ongeachtvaardigd is in het geval waarin de huurder heeft gezorgd voor een *“paar solide borgen [...] om onder alle omstandigheden zeker van zijn geld te zijn”*.⁴¹ De Minister van Justitie verwijst in zijn antwoord naar de belangenafweging die is gemaakt en merkt op: *“Aan den curator is het recht gegeven van opzeggen, en wel met het doel om eene vereffening van de boedel mogelijk te maken en schade voor den boedel te voorkomen.”*⁴² Bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van uitoefening van de opzeggingsbevoegdheid door de

39. Uiteraard speelt dit niet als een faillissement eindigt door middel van een geslaagd akkoord of indien alle schuldeisers worden voldaan.

40. Van der Feltz I, p. 427.

41. Van der Feltz I, p. 425.

42. Van der Feltz I, p. 427.

curator, moeten deze doelen derhalve voor ogen worden gehouden. Wat ons betreft zouden in de afweging van de curator (en de rechter-commissaris) de volgende aspecten een rol kunnen spelen.

Indien sprake is van een acceptabele huurprijs en de gefailleerde de huurverplichtingen kan voldoen uit het inkomen dat hij mag behouden, dan is opzegging over het algemeen niet gerechtvaardigd. De bevoegdheid om de huurovereenkomst op grond van artikel 39 Fw op te zeggen kan zowel door de verhuurder als door de curator worden misbruikt. In het arrest *BabyXL* overwoog de Hoge Raad over een beëindigingsclausule: *“Ten slotte kan in voorkomend geval een beroep op een beding als het onderhavige worden tegengegaan met een beroep op artikel 6:248 lid 2, met name in gevallen waarin ervan kan worden uitgegaan dat de doorbetaling van de huur gedurende de surséance is verzekerd.”*⁴³ In het verlengde daarvan nemen wij aan dat huuropzegging door de curator op grond van artikel 39 Fw misbruik van bevoegdheid kan opleveren indien de doorbetaling van de huur is verzekerd. Het lijkt ons op de weg van de gefailleerde te liggen dat hij gefundeerd aanvoert dat wanbetaling niet te verwachten is.⁴⁴

Als de curator wil voorkomen dat hij wordt geconfronteerd met een boedelvordering vanwege wanbetaling door de gefailleerde, dan kan hij het inkomen van de gefailleerde op de boedelrekening ontvangen en de huur zelf betalen. De gefailleerde ontvangt dan slechts het vrij te laten bedrag minus de huur. De curator loopt dan niet het risico dat (voor hem ongemerkt) een achterstand ontstaat waarvoor de boedel aansprakelijk is.

Wanneer de gefailleerde een woning huurt met een te hoge huurprijs en voortzetting in het faillissement op lange termijn niet reëel is, dan zal beëindiging van de huurovereenkomst al snel gerechtvaardigd zijn. Schade voor de boedel dreigt dan immers. Bij een te hoge huurprijs zal echter niet altijd (direct) opgezegd hoeven te worden. Een overgangsperiode waarin de gefailleerde in staat wordt gesteld nieuwe woonruimte te vinden kan gewenst zijn. Voor de beoordeling of het toewijzen van een overgangsperiode noodzakelijk is, kan in een faillissement aansluiting worden gezocht bij de bepaling uit het Rapport VTLB die van toepassing is indien een schuldenaar is toegelaten tot de WSNP.⁴⁵ In dit rapport staat dat de periode waarvoor een correctie op de woonlasten wordt toegestaan kan worden beperkt door de rechter-commissaris:

43. HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/222 (*BaByXL*).

44. Vgl. Hof Arnhem 30 juni 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK4477, r.o. 4.16 en 4.17.

45. Te raadplegen via: www.bureauwsnp.nl/binaries/content/assets/wsnp/vtlb/archief-rapporten-rekenmethode/vtlb-rapport-juli-2018.pdf.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

“Een beperking in de periode kan bijvoorbeeld aan de orde zijn in de situatie dat de schuldenaar naar het oordeel van de rechter-commissaris zo spoedig mogelijk dient te verhuizen omdat de huur te hoog is (denk hierbij aan een huur die hoger is dan 1/3 van het netto inkomen) en aannemelijk is dat er goedkopere alternatieven beschikbaar zijn.”⁴⁶

Ook wanneer de curator goede grond heeft om de huurovereenkomst op te zeggen, kan soms een minder ingrijpende optie de voorkeur verdienen. Te denken valt aan de volgende mogelijkheden:

- 1) In overleg met de verhuurder, de gefailleerde en eventueel gezinsleden kan ervoor worden gekozen om de huurovereenkomst op naam van een gezinslid te zetten.
- 2) De curator kan de gefailleerde vragen of derden een (eventueel vooruit te betalen) bijdrage leveren voor de voldoening van de huur of daarvoor zekerheid willen stellen.
- 3) De curator kan de verhuurder verzoeken of hij afstand wil doen van zijn eventuele aanspraken op de boedel bij niet betaling door de gefailleerde. De verhuurder accepteert dan dat hij slechts een niet-verifieerbare vordering zal hebben als de gefailleerde niet betaalt. Het voordeel voor de verhuurder is dat eventuele leegstand wordt voorkomen. Verder kan deze variant van belang zijn indien de verhuurder een woningbouwvereniging is die na opzegging, op grond van urgentie waarop de gefailleerde (met zijn gezin) aanspraak kan maken, opnieuw moet verhuren.

6. Boedelactief (lijkt) groter dan het passief

Het kan voorkomen dat het boedelactief groter is of zou kunnen zijn dan de schuldenlast.

Wij noemen twee voorbeelden:

Voorbeeld 1

Een vennootschap had een eigen vermogen van € 4 miljoen. Door (vermeend) ernstig verwijtbaar handelen van een bestuurder is schade van € 5 miljoen toegebracht. De vennootschap – uiteraard vertegenwoordigd door een door de aandeelhouder als opvolger benoemde bestuurder – stelt deze bestuurder aansprakelijk. Vervolgens faillieert de vennootschap met een schuldenlast van circa € 1 miljoen.

46. Artikel 3.3.3. Rapport VTLB versie 1 juli 2018.

Voorbeeld 2

Een schuldenaar heeft een vordering op een derde van € 5 miljoen. Die vordering is pas over tien jaar opeisbaar. Door liquiditeitsnood gaat deze schuldenaar failliet. Ook hier bedraagt de schuldenlast circa € 1 miljoen.

Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is dat zij hun vordering (volledig) voldaan krijgen. Brengt de taak van de curator dan in eerste instantie niet meer mee dan te proberen het boedeltekort voldaan te krijgen? Als dat zo is, dan zou de curator zijn taak behoorlijk uitoefenen indien hij in het eerste voorbeeld een schikking voor € 1 miljoen met de voormalig bestuurder treft. In het tweede voorbeeld zou de curator ervoor kunnen kiezen om de vordering voor € 1 miljoen over te dragen aan een handelaar in vorderingen.⁴⁷ In beide situaties krijgen de schuldeisers hun vordering volledig voldaan. Toch is dit niet zonder meer de juiste weg. Op grond van het arrest *Veluwse Nutsbedrijven* dient de curator bij de keuzes die hij maakt ook rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde.⁴⁸ Het is een gerechtvaardigd belang van de gefailleerde (en zijn aandeelhouder) dat de maximale opbrengst wordt gerealiseerd.

Een bijzonder voorbeeld is de casus die heeft geleid tot het arrest *Brandwijk-Gruis/Jurgens q.q.*⁴⁹ In de boedel zat een aandelenpakket met een waarde van f 20 miljoen. De crediteurenlast bedroeg ongeveer f 3 miljoen. De gefailleerde had de aandelen – zonder toestemming van de curator – verkocht aan zijn broer voor f 7,5 miljoen. Bij verkoop van de aandelen aan de broer konden derhalve alle schuldeisers worden betaald. De curator had echter een andere koper gevonden die de aandelen voor een veel hoger bedrag wilde kopen, zodat een hogere opbrengst gerealiseerd kon worden dan bij verkoop aan de broer. De rechtbank oordeelde dat de curator “*alle bij de boedel betrokken belangen gelijkmatig, overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak, behartigt en dat doet op zodanige wijze dat de boedel daarbij het meeste voordeel heeft. Hij dient dus ook rekening te houden met de belangen van de gefailleerde. Dit betekent dat hij zich niet zonder meer hoeft neer te leggen bij een door de gefailleerde aangegane transactie die wel tot gevolg heeft dat alle thans bekende schuldeisers, met inbegrip van de boedelcrediteuren, volledig kunnen worden betaald, maar die de boedel enkele miljoenen guldens tekort doet*”. In de afweging die volgt, oordeelt de rechtbank dat de curator onzorgvuldig

47. Hiertoe is hij bevoegd op grond van artikel 176 Fw.

48. HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven/Blokland q.q.*).

49. Kenbaar uit HR 28 juni 1991, *NJ* 1991/727 (*Brandwijk-Gruis/Jurgens q.q.*).

handelen jegens de boedel verweten zou kunnen worden als hij de transactie in stand zou laten. Met Verstijlen zijn wij van mening dat de curator zich bij het bepalen van zijn beleid vooral moet richten naar de belangen van de gefailleerde als duidelijk is dat alle schulden kunnen worden voldaan.⁵⁰ Verstijlen merkt op dat als de belangen van de schuldeisers niet in het geding zijn – als dus iedereen volledig kan worden voldaan – hij geen reden ziet waarom de curator of de rechtbank het beter zou moeten weten dan de gefailleerde zelf. Mogelijkerwijs heeft de mate waarin de gefailleerde zijn wil kon bepalen meegespeeld in het oordeel van de rechtbank.⁵¹ De schuldeiser die in cassatie ging werd niet ontvankelijk verklaard, omdat zij geen belang had. Wat de uitkomst ook zou zijn, zij zou immers steeds op korte termijn volledig voldaan kunnen worden. De Hoge Raad oordeelde dus niet inhoudelijk.

Een tweede voorbeeld betreft een zeer schrijnende casus waarbij sprake was van letselschade. De latere gefailleerde T had zich in een letselschadekwestie laten bijstaan door een advocaat. Toen T de advocaat liet weten hem niet meer te kunnen betalen is een deel van de vordering overgedragen aan de door familieleden van de advocaat bestuurde Nederlandse Letselschadestichting (NLS). De advocaat wordt tuchtrechtelijk veroordeeld, omdat hij T niet had gewezen op de mogelijkheid van een toevoeging en een belangenconflict had. NLS schikt vervolgens met toestemming van T met de verzekeraar van de aansprakelijke partij voor € 750.000. T zou € 340.000 ontvangen. De overige € 410.000 zou naar NLS en de advocaat gaan. T was het met de verdeling van het bedrag niet eens en sprak NLS en de advocaat in rechte aan. T is in twee instanties in het ongelijk gesteld en veroordeeld in de kosten, waarop NLS (met als steunvordering de vordering van de advocaat) het faillissement van T heeft aangevraagd. T werd failliet verklaard en de curator trof vervolgens een schikking met NLS en de advocaat. Die schikking werd door de rechter-commissaris goedgekeurd. Met de schikking is de boedel net toereikend om alle schuldeisers te voldoen, waarmee geldt dat ook NLS en de advocaat hun ingediende vorderingen volledig krijgen voldaan. T gaat tegen de beschikking van de rechter-commissaris in beroep, maar de rechtbank oordeelt dat de curator in zijn belangenafweging primair acht moet slaan op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Naar het oordeel van de rechtbank heeft de curator kunnen volstaan met een voorlopige inschatting van de risico's van doorprocederen. De Hoge Raad meent dat gelet op de specifieke omstandigheden van deze casus, bijzondere aandacht had moeten zijn voor de positie van T. De rechtbank kon er niet mee volstaan te oordelen dat de kans van slagen van het

50. F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 146.

51. Zie daarover r.o. 17 en 18 in het oordeel van de rechtbank.

cassatieberoep niet groot was. Hetgeen T naar voren had gebracht, had voor de rechtbank aanleiding moeten zijn om de bezwaren van T tegen het arrest van het hof in de belangenafweging te betrekken.⁵²

Een derde voorbeeld betreft de Antilliaanse casus inzake Billy Folly. Een grote hoeveelheid geschillen leidde tot een vaststellingsovereenkomst tussen curatoren in drie verschillende faillissementen. Een 100%-uitdeling was in het faillissement van Billy Folly te verwachten. Opbrengstmaximalisatie en beperking van het passief was daardoor in het belang van de schuldeisers met niet-verifieerbare vorderingen en aandeelhouder van de gefailleerde. Curatoren sloten echter een overeenkomst waardoor het surplus feitelijk toekwam aan betwiste crediteuren.⁵³ Uit de jurisprudentie over deze casus blijkt dat het vermijden van vertraging, proceskosten en procesrisico's in de afwikkeling van de faillissementen een in acht te nemen belang van de gezamenlijke schuldeisers is.⁵⁴ Daarbij heeft de curator beleidsvrijheid.⁵⁵ De curator hoeft in beginsel niet de belangen van een individuele schuldeiser bij het geldend maken van post-faillissementsvorderingen te behartigen. Hij kan die belangen echter wel zodanig schaden, dat dit onrechtmatig is. Dat zal niet snel aan de orde zijn, omdat het behartigen van die belangen niet tot de taak van de curator behoort.⁵⁶

Als een surplus in een faillissement aan de orde is, dan hebben de faillissementscrediteuren geen belang. De enige voor wie de keuzes van de curator dan nog relevant zijn, zijn (de aandeelhouder van) de gefailleerde en de schuldeisers met niet-verifieerbare (rente)vorderingen. Alle partijen zijn dan echter niet ontvankelijk in een verzoek op grond van artikel 69 Fw. Faillissementscrediteuren hebben in beginsel geen belang.⁵⁷ De aandeelhouder behoort niet tot de kring van belanghebbenden. Een schuldeiser die opkomt voor het belang

52. HR 11 oktober 2013, *JOR* 2014/84, m.nt. Bremer. Zie over dit arrest ook F.M.J. Verstijlen, 'Wat het faillissementsrecht vermag', *TvI* 2014/1.

53. Deze casus is kenbaar uit een aantal gepubliceerde uitspraken, te weten: HR 20 januari 2006, *JOR* 2006/161; Rechter-commissaris 25 januari 2006, *JOR* 2006/162; Gerecht in Eerste Aanleg Nederlandse Antillen 24 februari 2006, *JOR* 2006/163; Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 2 juni 2006, *JOR* 2006/199 en Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 8 augustus 2006, *JOR* 2006/257.

54. Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 8 augustus 2006, *JOR* 2006/257.

55. Gerecht in Eerste Aanleg Nederlandse Antillen 24 februari 2006, *JOR* 2006/163, r.o. 8.3.

56. Gemeenschappelijke Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 8 augustus 2006, *JOR* 2006/257, r.o. 4.6.

57. Zie HR 28 juni 1991, *NJ* 1991/727.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

dat hij heeft met een niet-verifieerbare (rente)vordering, wordt niet geschaad in een belang dat hij als schuldeiser heeft.⁵⁸

Wij menen dat het onwenselijk is dat de partijen wiens belangen in het geding zijn, in dit soort situaties geen invloed kunnen uitoefenen. Gelet op de grote beleidsvrijheid die curatoren hebben, zal aansprakelijkheid pro se niet snel aan de orde zijn. Wij zouden er daarom voor willen pleiten om in ieder geval in situaties dat er mogelijk zicht is op een surplus, ook de crediteuren met niet-verifieerbare vorderingen en (de aandeelhouder van) de gefailleerde ontvanke-lijk te laten zijn in een verzoek op grond van artikel 69 Fw.

7. De omvang van het passief

In eerste instantie lijken de belangen van de boedel en de gefailleerde parallel te lopen als het gaat om het beperken van het passief. Dat is echter niet steeds het geval. De curator zal zich doorgaans slechts inspannen voor het beperken van het passief als de betreffende crediteur ‘in the money’ is of zou kunnen zijn. Indien geen uitdeling aan concurrente crediteuren te verwachten is, dan zal het voor de curator niet zinvol zijn om het concurrente passief waar mogelijk te beperken. Indien geen uitkering op fiscale vorderingen te verwachten is, dan zal de curator weinig belang hebben bij vaststelling van de juiste fiscale vordering.

Aan de andere kant kunnen er toch belangen spelen waarom het passief beperkt moet worden. Wij noemen een aantal voorbeelden:

- De gefailleerde is een natuurlijke persoon die na afwikkeling van zijn faillissement niet van de schuldenlast is bevrijd.
- De gefailleerde wil een akkoord aanbieden.
- Gelieerde (rechts)personen hebben een belang bij beperking van het passief, omdat zij – bijvoorbeeld op grond van een afgegeven 403-verklaring – hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schulden van de gefailleerde.

Verstijlen merkt terecht op dat de curator niet de belastingadviseur van de gefailleerde is.⁵⁹ In de gevallen waarin de boedel geen belang heeft bij beperking van de fiscale vordering, zal de te maken belangenafweging vaak met zich meebrengen dat de curator niet gehouden is om bezwaar te maken. Met Verstijlen menen wij wel dat van de curator kan worden verwacht dat hij de gefailleerde informeert over een opgelegde aanslag, zodat deze eventueel zelf

58. Rechter-commissaris 25 januari 2006, *JOR* 2006/162.

59. F.M.J. Verstijlen, ‘De persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator’, *WPNR* 6154, p. 701.

bezwaar kan maken. Wij zijn van mening dat een curator partijen die daarbij een voldoende belang hebben in staat moet stellen om het passief te beperken als dat mogelijk is. Indien de curator daarvoor kosten moet maken, dan kan hij als voorwaarde voor zijn medewerking een boedelbijdrage vragen. In sommige gevallen kan de gefailleerde ook buiten bezwaar van de boedel een procedure voeren om een fiscale vordering te reduceren.⁶⁰

Ook schikkingen die de curator treft, kunnen invloed hebben op de omvang van het passief. Als de schikking een verifieerbare vordering betreft, dan wordt over het algemeen aangenomen dat een schikking door de curator geen afbreuk kan doen aan het recht van andere crediteuren en de gefailleerde om deze vorderingen te betwisten.⁶¹

8. Kansrijke of kansloze procedures en schikkingen

De meeste curatoren hebben zich weleens geconfronteerd gezien met een gefailleerde die vertelde dat tegen allerlei partijen zeer kansrijke procedures gevoerd moeten worden. Soms zijn die procedures al gestart, soms moeten ze nog worden gestart. Een curator dient steeds een zorgvuldige afweging te maken of hij een bepaalde procedure wil starten of overnemen. Een schikking kan de voorkeur verdienen. Bij de afweging om te procederen of te schikken gaat het om de vraag of de kans op een uiteindelijk te behalen positief resultaat opweegt tegen het procesrisico. De Rechtbank Alkmaar overwoog:

*“dat bij het aangaan van een schikking een inschatting moet worden gemaakt van de kans dat met procederen, in aanmerking genomen de daarbij te maken kosten, per saldo een beter of slechter resultaat zou zijn behaald. Deze kans dient te worden afgewogen tegen het risico van verlies van de procedure, appèlinstanties daaronder begrepen, en de gevolgen daarvan”.*⁶²

Als op datum faillissement al een procedure aanhangig is en de curator die procedure overneemt, dan kan de gefailleerde geen rechtsmiddel instellen. Dat kan alleen de curator.⁶³ De gefailleerde kan ook niet tussenkomen of zich voegen in verband met een eigenbelang.⁶⁴ Als de gefailleerde invloed wil

60. Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, *RI* 2013/28 (*X/Stadig q.q.*) r.o. 4.1.5.

61. Rechtbank Arnhem 24 maart 1921, *NJ* 1921, p. 1207 en Rechtbank Amsterdam 17 februari 1933, *NJ* 1933, p. 1468. Andere crediteuren en de gefailleerde zouden de vordering van deze crediteur via de weg van artikel 119 Fw respectievelijk artikel 126 Fw kunnen betwisten.

62. Rechtbank Alkmaar 3 februari 2000, *JOR* 2000/98.

63. HR 23 april 2010, *NJ* 2010/245 r.o. 3.2 en HR 12 april 2013, *JOR* 2014/111.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

hebben op het verloop van een procedure en/of een eventuele schikking, dan zal hij het moeten hebben van de mogelijkheden van artikel 67 en 69 Fw. De doelmatigheid van de schikking kan aan de orde worden gesteld in een op grond van artikel 67 Fw ingesteld hoger beroep tegen de machtiging van de rechter-commissaris om te schikken. Een in de praktijk belangrijke beperking is dat betrokkenen doorgaans zeer beperkt op de hoogte zijn van de mogelijkheid (en korte termijnen) van een eventueel hoger beroep.⁶⁵ In dit kader is het als gevolg van de Wet modernisering faillissementsprocedure ingevoerde artikel 67 lid 2 Fw van belang. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen beschikkingen van de rechter-commissaris en rechtbank worden aangewezen die moeten worden gepubliceerd. Wij pleiten voor een ruime toepassing hiervan. Een debat vooraf over de vraag of een schikking doelmatig is en of op juiste wijze rekening is gehouden met de belangen van de gefailleerde, lijkt ons zinvoller en wenselijker dan een debat achteraf over de eventuele aansprakelijkheid van de curator.

Onder omstandigheden lijkt de curator verplicht om de gefailleerde op de hoogte te houden. De Toetsingscommissie van Insolad oordeelde in dit verband:

“Onweersproken is dat de Curator zich geconfronteerd zag met een gefailleerde die veel correspondentie aan hem richtte en een groot aantal procedures entameerde. Desondanks blijft van belang dat de Curator Verzoeker informeert over zaken die voor Verzoeker van belang zijn. De Toetsingscommissie is van oordeel dat de Curator Verzoeker had behoren te informeren over de van de rechter-commissaris verkregen toestemming om aan doorhaling van het beslag mee te werken. De achtergrond hiervan is dat de Curator op grond van art. 1.1. van de Praktijkregels voor Curatoren [...] zich ook moet laten leiden door “andere belangen die een curator zich mede behoort aan te trekken”. In dit geval is dat (mede) het belang van gefailleerde, Verzoeker. In het geval Verzoeker was geïnformeerd over de verkregen toestemming, dan was Verzoeker immers in staat geweest daartegen eventueel hoger beroep in te stellen. Het voorgaande klemmt te meer nu Verzoeker gefailleerde, een natuurlijke persoon is en het handelen van de Curator voor Verzoeker ook na zijn faillissement gevolgen kan hebben.”⁶⁶

64. Hof Amsterdam 5 december 2017, *RI* 2018/26.

65. R. Bremer, ‘Schikkingsperikelen tijdens faillissement’, *TvI* 2017/17 en HR 8 juni 1962, *NJ* 1963/525.

66. Toetsingscommissie Insolad 12 januari 2018, gepubliceerd in de Nieuwsbrief Insolad, *TvI* 2018/3, p. 21 e.v.

Als de curator geen heil ziet in de vorderingen die een gefailleerde op derden heeft, dan gaat hij uiteraard niet over tot het starten van een procedure en zal hij vermoedelijk ook geen schikking tot stand brengen. Desalniettemin kan het wel opportuun zijn – en is wat ons betreft denkbaar dat er omstandigheden zijn waarin dit van de curator verwacht kan worden – dat een curator de verjaring van de vorderingen wél stuit. Hierbij is immers van belang te realiseren dat als de curator niet procedeert of schikt én een vordering niet verjaart, de gefailleerde ook na zijn faillissement nog kan proberen deze vordering te incasseren. De curator is geen gratis advocaat van de gefailleerde en is niet gehouden alle vorderingen op derden te innen. Als de kosten voor de boedel niet opwegen tegen de daarvan te verwachten baten – er is dan geen zicht op netto-opbrengst – is nadere actie door de curator niet in het belang van de gezamenlijke crediteuren.

In het beslag- en executierecht geldt – zoals wij in hoofdstuk 3 hebben beschreven – dat schuldeisers in beginsel de keuze hebben op welke activa zij zich verhalen.⁶⁷ Ook in een faillissement mag de curator kiezen welke activa hij te gelde maakt. De activa die tegen lage kosten te gelde gemaakt kunnen worden, zijn daarbij het aantrekkelijkst. Betwiste vorderingen zijn in dat kader minder aantrekkelijk. In het faillissementsrecht is niet wettelijk vastgelegd dat – gelijk als bij beslag conform artikel 477 Rv – een vordering moet worden geïnd. Schikkingen door curatoren zijn aan de orde van de dag. Doelmatige schikkingen, die in voldoende mate met het belang van de gefailleerde rekening houden, verdienen vaak de voorkeur boven een procedure.

Bij de afweging om een procedure te starten of over te nemen, merken wij nog op dat niet altijd de belangen van de verschillende crediteuren parallel lopen. Wij illustreren dat met een voorbeeld.

- Het boedelactief bedraagt 100.
- Het salaris curator (zonder procedure) bedraagt 40.
- De overige boedelschulden bedragen 60.
- De te maken kosten bij een procedure bedragen 50.
- Indien de vordering wordt toegewezen, ontvangt de boedel 200.

Als in dit voorbeeld de procedure niet succesvol is, dan kunnen niet meer alle boedelschulden voldaan worden. Als de procedure daarentegen wel succesvol is, is er een uitkering van 150 aan de faillissementsschuldeisers mogelijk.⁶⁸ Dit betekent dat de boedelschuldeisers bij het procederen een risico lopen, terwijl

67. Hof Arnhem-Leeuwarden 21 juli 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:5547, r.o. 5.10

68. 200 opbrengst -/- 50 kosten = 150.

De curator en het belang van (de aandeelhouder van) de failliete (rechts)persoon

het potentiële voordeel voor de faillissementsschuldeisers is. Ook als sprake is van dergelijke botsende belangen, dan zou doorslaggevend moeten zijn of de kans op een uiteindelijk te behalen positief resultaat opweegt tegen het procesrisico.

9. Afsluiting

Het belang van (de aandeelhouder van) de gefailleerde treedt vaker op de voorgrond dan in eerste instantie gedacht. Voor de bescherming van sommige belangen van de gefailleerde is een basis in de wet te vinden. In andere gevallen is (de aandeelhouder van) de gefailleerde aangewezen op een open norm die inhoudt dat de curator bij de uitoefening van zijn taak ook met de gerechtvaardigde belangen van de gefailleerde rekening moet houden. De curator oefent de rechten van de gezamenlijke schuldeisers uit. De normen uit het beslag- en executierecht kunnen daarom ook in een faillissement een rol spelen.

Het belang van (de aandeelhouder van) de gefailleerde treedt meer op de voorgrond op het moment dat de verwachting op een boedeloverschot reëler is. Als dit aan de orde is, dan is dus meer van belang dat de curator rekening houdt met zijn belangen (en wensen).

De curator heeft in beginsel een grote mate van beleidsvrijheid waar het gaat om de keuze welke activa hij op welke wijze te gelde wil maken. Het woonhuis van de gefailleerde verdient soms bijzondere bescherming. De curator heeft ook beleidsvrijheid als het gaat om het treffen van schikkingen en het starten of overnemen van procedures.

Wel zal de curator bij zijn handelen soms de nodige terughoudendheid in acht moeten nemen. Dit is bijvoorbeeld het geval als het faillissement nog niet onherroepelijk is, de gefailleerde een akkoord zou kunnen aanbieden of indien de omvang van het passief beperkt is. Steeds kan dit aanleiding zijn om niet het gehele vermogen van de gefailleerde (direct) te gelde te maken.

In deze bijdrage hebben wij geen antwoord gegeven op de vraag hoe een belangenafweging in een concreet geval uitpakt. Wij hebben slechts laten zien welke aspecten een rol kunnen spelen. Daarnaast hebben wij een overzicht gegeven van een aantal meer of minder bijzondere casusposities. Belangen afwegen blijft maatwerk.