

# 258. Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?!

MR. DRS. J.C.A.T. FRIMA EN MR. A.E. DE VOS

De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Hij beziet bij het beheer en de vereffening onder meer of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt. Tijdens deze vereffening kan het voorkomen dat de curator redenen ziet tegen een bestuurder of derde een procedure te entameren. Alvorens in rechte op te treden behoeft de curator krachtens art. 68 lid 3 Fw hiervoor machtiging van de rechter-commissaris.

In dit artikel gaan wij in op de vaak ter discussie staande verhouding tussen curator en rechter-commissaris met betrekking tot het verzoeken en verlenen van de machtiging tot procederen en in het bijzonder de machtiging tot het starten van een procedure tegen bestuurders van de failliete vennootschap op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Hoe komt de rechter-commissaris tot zijn beslissing? Wij zullen een voorstel doen om de wet te wijzigen teneinde de bestuurder of derde een grotere rol te geven alvorens te beslissen op een machtigingsverzoek.

## Inleiding

Voor de buitenwereld lijkt het antwoord op die vraag eenvoudig. Van Hees stelde in 2010 dat de rechter-commissaris volledig afhankelijk is van informatie die hij van de curator krijgt aangereikt en die meestal gekleurd is. De curator wil daadkrachtig overkomen en presenteert de feiten op een wijze die hem goed uitkomt. Op basis van deze informatie neemt de rechter-commissaris de beslissing en de curator begint vervolgens op basis van die beslissing een procedure, aldus Van Hees.<sup>1</sup> Van Hees noemt dit de 'symbiotische samenwerking', die volgens hem niet veel met toezicht te maken heeft. De verholten stelling hierin is dat het toezicht van de rechter-commissaris hierin kennelijk (niet meer) inhoudt (dan) dat de rechter-commissaris vertrouwt op de afweging van de curator. Dit beeld lijkt in 2019 nog steeds – althans bij een deel van de (insolventie)advocaten – te heersen. Maar is dit een juist beeld? Zit de rechter-commissaris bij de curator op schoot? Zijn het twee handen op één buik? Wordt er te vaak toestemming gevraagd en verleend voor achteraf gezien zinloze procedures? Op vragen onzerzijds over een nadere – concrete – onderbouwing van die bezwaren, krijgen wij evenwel nimmer een antwoord. Als er al iets wordt aangevoerd ter onderbouwing, dan zijn het eigenlijk altijd enkele losse voorbeelden. Enkele losse voorbeelden kunnen evenwel niet volstaan als een (serieuze) onderbouwing van de nogal boue suggestie dat er te veel en veelal zinloos wordt gepro-

cedeed in faillissementen. Serieus onderzoek is, voor zover ons bekend, hier nog niet naar gedaan.

Hoewel wij van mening zijn dat er (nog) geen sprake is van een serieuze onderbouwing van de kritiek wil dat niet zeggen dat wij als rechters-commissaris deze geluiden uit de praktijk niet serieus nemen. Het feit dat dit beeld van een 'symbiotische samenwerking', dan wel het kritiekloos overnemen van het verzoek van de curator om over te mogen gaan tot procederen, kennelijk in de praktijk bestaat, is voor ons aanleiding om onze besluitvorming transparanter te maken. Met dit artikel willen wij dan ook een aanzet geven onze werkwijze duidelijker naar voren te brengen en waar mogelijk aan te scherpen. Hierbij wordt hopelijk ook duidelijk dat de curator niet de enige informant van de rechter-commissaris is, maar dat de belangen en standpunten van de bestuurders (of andere mogelijke wederpartijen van de curator) (nog beter) door de rechter-commissaris worden meegenomen in zijn besluitvorming.

## Procedures

De eerste vraag die opkomt is: hoe vaak wordt er door curatoren in faillissementen geprocedeed? In Rechtbank Rotterdam wordt sinds enkele jaren gewerkt met KPI's<sup>2</sup>, waarbij gegevens zijn verzameld van alle afgewikkelde faillissementen sinds 2010. Hoewel er, als gezegd, nog geen serieus onderzoek naar is gedaan, blijkt al direct na oppervlakkige bestudering van de KPI's dat er minder

<sup>1</sup> A. van Hees, 'Toezicht op de rechter-commissaris', *TvI* 2010/25.

<sup>2</sup> Key Performance Indicators.

wordt geprocedeerd in faillissementen dan door ons werd gedacht. Hoewel, als aangegeven, het onderzoek nog moet plaatsvinden, hebben wij willekeurig 1.686 afgewikkelde Rotterdamse faillissementen bekeken van dertig verschillende curatoren, rijp en groen door elkaar. In 6,7% van deze faillissementen is een procedure gevoerd, terwijl deze procedures in 72,5% van de gevallen de boedel meer hebben opgeleverd dan hebben gekost. Niet is gekeken hoeveel procent van de procedures zijn geïnitieerd door de curator, en voorts zijn alle procedures geteld, en niet alleen procedures waar het geschil in geld kon worden uitgedrukt, maar ook bijvoorbeeld procedures over afgifte documenten en het civielrechtelijk bestuursverbod. Nader onderzoek naar procedures in faillissementen zou interessant zijn.

**Nader onderzoek is nodig om te bestuderen of de genoemde aantallen ook in een breder beeld correct zijn, en onderzoek zal moeten worden gedaan naar de achtergronden en consequenties van deze cijfers**

Dat nader onderzoek is nodig om te bestuderen of de genoemde aantallen ook in een breder beeld correct zijn, en onderzoek zal moeten worden gedaan naar de achtergronden en consequenties van deze cijfers.<sup>3</sup>

### Vereisten verzoek machtiging om te procederen

Wanneer een curator een rechter-commissaris om een machtiging verzoekt om te procederen, moet deze curator duidelijk maken waarom een procedure noodzakelijk is. Het verzoek moet voldoen aan de eisen die in art. 3.2 onder d van de Recofa-richtlijn zijn opgenomen. De onderbouwing van de curator bevat uiteraard een aantal vaste onderdelen, die hierna ook aan de orde komen (en als deze onderdelen niet in het verzoek staan, vraagt de rechter-commissaris daarom, teneinde een goede afweging te kunnen maken). De ervaring is dat landelijk door de rechters-commissaris over het algemeen dezelfde afweging wordt gemaakt.<sup>4</sup> Teneinde een en ander te stroomlijnen en te uniformeren, stellen wij een ‘standaardformulier verzoek procederen’ voor, in te vullen door de curator dat hij bij een machtigingsverzoek tot procederen indient bij de rechter-commissaris. In dat formulier zouden in ieder geval de navolgende onderdelen moeten worden toegelicht:

- het geschil;
- de juridische analyse van het geschil<sup>5</sup>;

<sup>3</sup> De Universiteit Utrecht zal hier nader onderzoek naar gaan doen.

<sup>4</sup> Zo bleek uit een recente discussie binnen Recofa, het landelijk overleg van insolventierechters.

<sup>5</sup> Zonodig gelardeerd met literatuur en jurisprudentie, hoewel een curator er toch wel van uit mag gaan dat bijvoorbeeld de incasso- of bestuursaansprakelijkheidsjurisprudentie bij een rechter-commissaris bekend is.

- second opinion;
  - bij zaken van een zekere complexiteit;
  - het voorstel of een second opinion zal worden uitgevoerd door een kantoorgenoot of een externe deskundige;
- het standpunt van de wederpartij;
  - schriftelijk;
  - horen (zie hierna);
- het standpunt van de grootste schuldeisers<sup>6</sup> dan wel (indien aanwezig) van de crediteurencommissie;
- de verhaalsmogelijkheden op de wederpartij;
- de maximale kosten van de procedure;
- de kosten-batenanalyse;
- de uitkomst van overleg, mediation of andere vorm van alternatieve geschilbeslechting.

Wanneer dit formulier volledig is ingevuld door de curator en het machtigingsverzoek tot procederen is ingediend, stelt de rechter-commissaris zich de navolgende vragen:

- Heeft op basis van de door de curator aangedragen feiten en argumenten een eventuele procedure kans van slagen?
- Overtreffen de baten de kosten en is er voldoende verhaal?<sup>7</sup>

De beslissing kan vervolgens zijn:

- Het verzoek wordt afgewezen (in ieder geval indien een van de twee voorgaande vragen is beantwoord met een ‘nee’, tenzij er zwaarwegende belangen (van maatschappelijke aard) bestaan om toch een procedure te entameren, denk bijvoorbeeld aan het civielrechtelijk bestuursverbod).
- Het verzoek is nog niet volledig en moet worden aangevuld (de twee voorgaande vragen zijn nog niet allebei voldoende beantwoord).
- Het verzoek is duidelijk, de rechter-commissaris is positief gestemd (beide voorgaande vragen zijn beantwoord met een ‘ja’).

In dat laatste geval menen wij dat de rechter-commissaris, alvorens te beslissen op het verzoek, teneinde een weloverwogen afweging te kunnen maken, zich nader dient te informeren omtrent het standpunt van de wederpartij bij de wederpartij.

### Het horen alvorens te beslissen op een machtigingsverzoek tot procederen – ervaringen

Wanneer de rechter-commissaris van mening is dat er grond kan zijn om een machtiging tot procederen te verlenen, is hij volgens de Faillissementswet thans niet gehouden om de wederpartij te horen. Hier richt zich ook het commentaar

<sup>6</sup> De ervaring leert dat dit meestal de Belastingdienst en het UWV zijn.

<sup>7</sup> Bij beantwoording van deze vraag kan de rechter-commissaris ook een maximumbedrag dat de curator aan de procedure mag besteden, opnemen.

van de critici op: de rechter-commissaris wordt eenzijdig, en dus gekleurd, geïnformeerd. Daarom, maar ook met een oog op de verregaande consequenties van deze beslissing voor de bestuurder van een vennootschap, zijn wij in Rotterdam en Amsterdam overgegaan tot het toepassen van het beginsel van hoor en wederhoor alvorens een beslissing te nemen.

### Wanneer de rechter-commissaris van mening is dat er grond kan zijn om een machtiging tot procederen te verlenen, is hij volgens de Faillissementswet thans niet gehouden om de wederpartij te horen

Het doel van het horen is dat de rechter-commissaris kan toetsen of het voornemen om te gaan procederen past in het streven om de boedel doelmatig, doelgericht en rechtmatig af te wikkelen.

Voor dit horen zal de rechter-commissaris de bestuurder en zijn advocaat en de curator uitnodigen om de diverse standpunten te horen. Het onderzoek van de curator en zijn conclusies zullen het onderwerp van gesprek zijn. De rechter-commissaris treedt hier niet op als bodemrechter, hij zal niet oordelen over het geschil. Het horen dient om hem te informeren over de verweren van de bestuurder zodat hij daarna een weloverwogen beslissing kan nemen over het al dan niet verlenen van toestemming tot procederen. Het blijft een voorlopige inschatting van de kansen van de curator bij het aanbrengen van een procedure. Daarbij biedt het horen ook de mogelijkheid aandacht te besteden aan de vraag of alle feiten van het geschil op tafel liggen en of andere manieren van conflictoplossing (zoals mediation) besproken zijn.

### De ervaringen die wij tot nu toe hebben opgedaan met het horen van de bestuurder en de curator zijn positief

De ervaringen die wij tot nu toe hebben opgedaan met het horen van de bestuurder en de curator zijn positief. We hebben de indruk dat bestuurders het horen waarderen. In de gesprekken die wij hebben gehad, lijken bestuurders onderbouwd hun stellingen naar voren te brengen. Ook merken wij aan beide zijden, zowel van de curator als de bestuurder, een open houding om elkaars standpunten (nogmaals) te bespreken. Het is aan de rechter-commissaris om in deze gesprekken een neutrale houding aan te nemen en kritische vragen te stellen.

Het horen van alle betrokkenen heeft er, naar onze mening, in ieder geval toe geleid dat de rechter-commissaris nu

(nog) beter gemotiveerd zijn beslissing kan nemen. In sommige gevallen heeft het horen geleid tot mediation en/of een schikking tussen bestuurder en curator en in een enkel geval tot het niet-verlenen van de machtiging.

### Aanpassing art. 68 lid 3 Fw

Teneinde dit horen gemeengoed te laten worden, zou art. 68 lid 3 Fw moeten worden aangepast, in die zin dat in dit artikel wordt opgenomen dat de belanghebbenden door de rechter-commissaris dienen te worden gehoord, alvorens te beslissen op een verzoek om een machtiging tot procederen (het aanbrengen van de dagvaarding) te verlenen. Bij de plicht tot horen moet men wel de verschillende stadia uit elkaar houden: het leggen van beslag, het uitbrengen van de dagvaarding en het aanbrengen van de dagvaarding. Dat zijn verschillende beslismomenten en niet op ieder van deze beslismomenten is het horen aan de orde.

Een eventueel verhaal moet desgewenst immers veilig kunnen worden gesteld. Het moet dan ook mogelijk zijn om beslag te leggen (na toestemming van de rechter-commissaris) zonder de belanghebbenden te horen. Na het leggen van beslag moet over het algemeen op korte termijn de dagvaarding worden uitgebracht. Het uitbrengen van de dagvaarding zou dan ook, om praktische redenen, mogelijk moeten zijn zonder de belanghebbenden te horen.

Voor het aanbrengen van de dagvaarding dienen evenwel steeds belanghebbenden door de rechter-commissaris te worden gehoord alvorens te beslissen op het toestemmingsverzoek deze aan te brengen en de procedure te starten. Van dat horen kan uitsluitend worden afgeweken in uitzonderlijke situaties, bijvoorbeeld wanneer een wederpartij spoorloos is, in het buitenland verblijft en heeft aangegeven niet naar Nederland te komen of gevaarlijk of agressief is, of wanneer de uitwisseling van standpunten al heeft plaatsgevonden en een poging tot het spreken over alternatieve geschilbeslechting overduidelijk zinloos is.

Wanneer een wederpartij/belanghebbende, ondanks daartoe behoorlijk te zijn opgeroepen, niet verschijnt om te worden gehoord, zal de rechter-commissaris daaraan de consequenties verbinden die hij geraden acht en dit meenemen bij zijn beslissing op het machtigingsverzoek.

### Financiering

Dan rest nog een belangrijk punt: de financiering van dit voorstel. Voor de rechter-commissaris en de secretaris brengt dit horen veel extra werk met zich mee. Het voorbereiden, horen en het extra motiveren van een beslissing is een veel grotere (tijds)inspanning dan die thans wordt geleverd bij het behandelen van toestemmingsverzoeken. Ook de curator en de wederpartij zullen extra tijd, inspanningen en geld moeten investeren. Dat extra werk van de rechter-commissaris, en ook van de curator en de wederpartij, zal echter kosten voor de samenleving besparen. Het

komt vaak voor dat de wederpartij van de curator pas reageert op verzoeken van de curator om informatie op het moment dat hij wordt gedagvaard. Als dan een zeer valide verweer wordt gevoerd, zijn onnodige kosten al gemaakt en is feitelijk een zinloze procedure gestart. Als deze verweeren voor het uitbrengen van de dagvaarding kenbaar worden gemaakt aan de rechter-commissaris, te weten op het moment dat betrokkenen daar komen om gehoord te worden op het machtigingsverzoek van de curator, kan dat reden zijn om het verzoek tot procederen af te wijzen, of om partijen nog eens met elkaar te laten praten. Het komt namelijk regelmatig voor dat bij het horen een wederpartij de vordering erkent, maar aangeeft niet tot (volledige) betaling in staat te zijn. De rechter-commissaris kan partijen dan vragen om verder te spreken over de verhaalsmogelijkheden en de ruimte om (een deel van) de vordering te voldoen. Daarnaast zal het horen vaak worden gebruikt om tot een schikking te komen of een mediation-traject op te starten. Tot slot, als de rechter-commissaris ná het horen toestemming verleent om een dagvaarding aan te brengen, is dat een goed onderbouwde beslissing.

**Voor de, toch al zwaarbelaste, rechter-commissaris zal het extra werk tot extra financiering moeten leiden. Ons voorstel is om daarbij aan te sluiten bij de financiering van kort gedingen**

Voor de, toch al zwaarbelaste, rechter-commissaris zal het extra werk tot extra financiering moeten leiden. Ons voorstel is om daarbij aan te sluiten bij de financiering van kort gedingen.<sup>8</sup> Ieder verzoek tot het verlenen van een machtiging tot procederen, zal op deze wijze worden gefinancierd. Het betreft immers dezelfde soort werkzaamheden: korte termijnen, vaak omvangrijke stukken ter voorbereiding, (ingewikkelde) juridische afwegingen en een snelle beslissing.

## Tot slot

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. Het horen leidt, zo is onze ervaring, tot minder procedures omdat partijen vaak tijdens of na het horen, al dan niet na mediation, tot een regeling komen. Daardoor ligt het voor de hand dat toestemming vaker zal worden geweigerd. Faillissementen kunnen, tegen lagere kosten, sneller worden afgewikkeld, waardoor er meer geld overblijft voor de schuldeisers.

Wij hopen ook dat dit standaard horen van de bestuurder of wederpartij van de curator er ook toe zal leiden dat een bestuurder of wederpartij eerder zijn verweeren kenbaar zal maken aan de curator waardoor wellicht een verzoek aan de rechter-commissaris geheel kan worden voorkomen. Voorts komt deze aanpassing tegemoet aan de kritiek dat de rechter-commissaris te gemakkelijk toestemming om te procederen zou verlenen en te veel op de schoot van de curator zit, en past deze aanpassing in het huidige tijdsgewricht, waar steeds vaker om transparantie wordt gevraagd.<sup>9</sup> Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

### Over de auteurs

#### Mr. drs. J.C.A.T. Frima

Senior-rechter in de Rechtbank Rotterdam en teamvoorzitter van het team insolventie aldaar.

#### Mr. A.E. de Vos

Senior-rechter in de rechtbank Amsterdam.

<sup>9</sup> Het horen van belanghebbenden door de rechter-commissaris alvorens een toestemmingsverzoek te honoreren, is door de wetgever reeds omarmd in het Wetsontwerp overgang van onderneming in faillissement. In art. 176a van dit wetsontwerp is opgenomen dat de rechter-commissaris belanghebbenden hoort alvorens te beslissing op een toestemmingsverzoek tot verkoop van de onderneming wanneer daar, eenvoudig gezegd, werknemers bij zijn betrokken ([https://www.internetconsultraite.nl/overgang\\_van\\_onderneming\\_in\\_faillissement](https://www.internetconsultraite.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement), art. 176 van het Wetsvoorstel, nader toegelicht in pagina van de MVT).

<sup>8</sup> In Lamicie-termen: Lamicie-categorie 301.