

EUR Research Information Portal

Belangenpluralisme in faillissement

Publication status and date:

Published: 01/01/2020

Document License/Available under:

Article 25fa Dutch Copyright Act

Citation for the published version (APA):

Kloe, E. (2020). Belangenpluralisme in faillissement. *RMThemis (Rechtsgeleerd Magazijn Themis)*, 2020(3), 134-141.
<http://hdl.handle.net/1765/127826>

[Link to publication on the EUR Research Information Portal](#)

Terms and Conditions of Use

Except as permitted by the applicable copyright law, you may not reproduce or make this material available to any third party without the prior written permission from the copyright holder(s). Copyright law allows the following uses of this material without prior permission:

- you may download, save and print a copy of this material for your personal use only;
- you may share the EUR portal link to this material.

In case the material is published with an open access license (e.g. a Creative Commons (CC) license), other uses may be allowed. Please check the terms and conditions of the specific license.

Take-down policy

If you believe that this material infringes your copyright and/or any other intellectual property rights, you may request its removal by contacting us at the following email address: openaccess.library@eur.nl. Please provide us with all the relevant information, including the reasons why you believe any of your rights have been infringed. In case of a legitimate complaint, we will make the material inaccessible and/or remove it from the website.

Belangenpluralisme in faillissement

Mr. H.J. de Kloe*

1. Inleiding

In de ondernemingsrechtelijke literatuur is de laatste jaren steeds meer aandacht voor belangenpluralisme¹ en wordt steeds meer nagedacht over de vraag hoe diverse belangen op coherente wijze een plaats in de vennootschap en de met haar verbonden onderneming kunnen hebben. In de faillissementsrechtelijke literatuur is hiervoor minder aandacht. Weliswaar is er enige discussie over de vragen met welke belangen de curator rekening dient te houden bij de afwikkeling van het faillissement en of de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers altijd voorop moet stellen of onder omstandigheden belangen van maatschappelijke aard mag laten voorgaan, maar een duidelijk kader op basis waarvan de curator diverse belangen tegen elkaar moet afwegen ontbreekt.

In deze bijdrage wordt ten eerste de vraag beantwoord welke belangen de curator moet behartigen in faillissement. In paragraaf 2 wordt de ontwikkeling geschetst van de opstellers van de Faillissementswet, die uitsluitend schuldeisersbelangen voor ogen hadden, naar jurisprudentie van de Hoge Raad en recente wetgeving (sinitiatieven) waaruit volgt dat ook belangen van maatschappelijke aard een rol moeten spelen voor de curator. Ook worden verschillende opvattingen hierover in de literatuur weergegeven. Tot slot wordt in paragraaf 2 aan de hand van het vennootschappelijk belang kort stilgestaan bij de ontwikkeling die het ondernemingsrecht op dit punt heeft doorgemaakt. In paragraaf 3 wordt de vraag beantwoord hoe de curator op coherente wijze met diverse bij het faillissement betrokken belangen rekening kan houden. Daarbij worden ideeën ontleend aan de uitwerking van het vennootschappelijk belang in het ondernemingsrecht. Paragraaf 4 sluit af met een conclusie.

2. Belangen die de curator moet behartigen

2.1. Wetsgeschiedenis

Uit het doel dat de opstellers van de Faillissementswet voor ogen hadden met het faillissement, volgt dat de curator zich moet richten op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.² Over belangen van maatschappelijke

aard, zoals de continuïteit van de door de failliet gedreven onderneming, wordt niet gerept. De toelichting op de Faillissementswet vermeldt over het doel van het faillissement:

‘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 schuldeisers, met eerbiediging van ieders recht, te verdeelen, en het geheele samenstel der bepalingen, welke in eene faillietenwet worden gevonden, heeft geen ander doel dan die billijke verdeling voor te bereiden, te waarborgen en te bewerkstelligen.’³

Dit sluit aan bij het door de opstellers van de Faillissementswet in acht genomen beginsel dat het faillissement een gerechtelijk beslag is op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.⁴ Wel bevat de Faillissementswet een aantal bepalingen die de voortzetting van de door de schuldenaar gedreven onderneming faciliteren. Artikel 63a Fw biedt bijvoorbeeld de mogelijkheid tot afkondiging van een afkoelingsperiode en artikel 98 Fw geeft de curator de mogelijkheid om de onderneming voort te zetten. Deze bepalingen zijn echter uitsluitend in de wet opgenomen om te komen

* Erik de Kloe is docent ondernemings- en insolventierecht aan de Erasmus School of Law.

1. Zie, naast de bronnen die genoemd zijn in paragraaf 4 en 5, recentelijk J.W. Winter e.a., ‘Naar een zorgplicht voor bestuurders en commissarissen tot verantwoordelijke deelname aan het maatschappelijk verkeer’, *Ondernemingsrecht* 2020/86; M.A. Verbrugh, ‘Kantelpunt in en buiten het ondernemingsrecht en het doel van de onderneming’, *Ondernemingsrecht* 2019/67; M.J. Kroeze, ‘Grondslagen van geldend ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2019/50 en J. Winter, ‘Ontmenselijking van de grote onderneming’, *Ondernemingsrecht* 2019/2.
2. Hoewel de curator volgens de toelichting ook rekening moet houden met het belang van de schuldenaar. Zie bijvoorbeeld G.W. Baron van der Feltz (red.), *Geschiedenis van de wet op het faillissement en de surséance van betaling. Deel I*, Haarlem: Erven F. Bohn 1896, herdrukt in: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), *Geschiedenis van de Faillissementswet. Deel 2-I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 372.
3. Van der Feltz I 1896, p. 27.
4. Van der Feltz I 1896, p. 7. Zie ook M. Pannevis, *Polak. Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 13, waar het faillissement wordt gedefinieerd als een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers.

tot een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers.⁵ Dat in faillissement de belangen van de schuldeisers moeten worden behartigd en de curator moet streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers, volgt ook uit de jurisprudentie.⁶ De laatste decennia is een verschuiving waar te nemen in het denken over het doel van het faillissement en de belangen die de curator moet behartigen.

2.2. Jurisprudentie en literatuur

Uit de arresten *Sigmacon II*,⁷ *Maclou/Curatoren van Schuppen*⁸ en *Curatoren Mobell/Interplan*⁹ volgt dat de curator ook rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard zoals continuïteit van de onderneming en het hiermee gepaard gaande behoud van werkgelegenheid. Sommige auteurs zijn er kort na het wijzen van de eerste twee arresten van uitgegaan dat uit deze arresten voortvloeit dat de curator belangen van maatschappelijke aard mag laten prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De Hoge Raad zou hiermee afstand hebben genomen van het uitgangspunt dat de curator uitsluitend moet streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers.¹⁰ Inmiddels is de heersende opvatting in de literatuur dat uit genoemde arresten slechts voortvloeit dat de curator belangen van maatschappelijke aard boven de belangen van *individuele* schuldeisers mag stellen.¹¹

Met het voorgaande staat niet vast dat de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers altijd voorop moet stellen.¹² Van Hees is van mening dat de curator belangen van maatschappelijke aard moet afwegen tegen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.¹³ Kemp is

dezelfde mening toegedaan.¹⁴ Deze gedachte is ook neergelegd in de INSOLAD Praktijkregels. In Praktijkregel 2.1 is opgenomen dat de curator de onderneming alleen voortzet als dat in het belang is van de boedel *of* een zwaarwegend maatschappelijk belang dat vergt. Veel auteurs nemen een ander standpunt in: de curator mag maatschappelijke belangen wel meewegen, maar daaraan geen voorrang verlenen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁵ Door een aantal van deze auteurs wordt wel een uitzondering aanvaard. Ingevolge artikel 3:13 lid 2 BW prevaleren belangen van maatschappelijke aard als deze onevenredig worden geschaad ten opzichte van het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Omdat de maatschappelijke belangen alleen prevaleren als deze *onevenredig* worden geschaad, is de marge beperkt.¹⁶ Daarnaast bepleit Wessels doorwerking van de redelijkheid en billijkheid in het faillissement en in de taakuitoefening van de curator.¹⁷

2.3. Recente wetgeving

De wetgever heeft de rechtsontwikkeling in de rechtspraak en de discussie in de literatuur niet aangegrepen voor een herbezinning op het doel van het faillissement en de belangen die de curator moet dienen. Duidelijk is wel dat de wettelijke taak van de curator tegenwoordig een grotere reikwijdte kent dan uitsluitend het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Op 1 juli 2016 is de Wet civielrechtelijk bestuursverbod in werking getreden, waarmee de curator op grond van artikel 106a Fw de bevoegdheid heeft om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen.¹⁸ Het doel van deze wet is om faillissementsfraude te bestrijden met een toekomstgerichte en preventieve aanpak.¹⁹ In de memorie van

5. Zie hiervoor, inclusief relevante verwijzingen naar de wetsgeschiedenis, F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 35.

6. O.a. HR 5 maart 1920, *NJ* 1920, p. 343 en HR 23 december 1994, *NJ* 1996/628, r.o. 4.3.2 (*Notarissen THB II*).

7. HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472, r.o. 3.5.

8. HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727, r.o. 3.5.2 en 3.6.

9. HR 19 december 2003, *NJ* 2004/293, r.o. 3.5.2.

10. Zo expliciet C.M. van der Heijden in zijn annotatie bij *Sigmacon II* in *Bb* 1995, afl. 8, p. 72. Minder expliciet zijn W.M. Kleijn in zijn annotatie onder *Sigmacon II* in *NJ* 1996/472 en R.D. Vriesendorp, 'De R-C als trendvolger', *TvI* 1995, afl. 5, p. 101. Zie hierover ook S.H. de Ranitz, 'Crediteurenbelang versus "andere belangen". De taak van de curator nader bezien', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus* (Serie Onderneming en Recht deel 6), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 196-199.

11. O.a. Verstijlen 1998, p. 155-160; A. van Hees, 'Het doel van het faillissement en de taak van de curator', *TvI* 2004/45; J.L.R.A. Huydecoper, 'Andere zwaarwegende belangen', in: M.L.S. Kalff, R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 1-12 en B. Wessels, *Insolventierecht IV. Bestuur en beheer na faillietverklaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 4223.

12. Spinath is dit wel van mening en meent, in afwijking van de jurisprudentie van de Hoge Raad, dat de curator maatschappelijke belangen in het geheel niet zou mogen meewegen bij het vervullen van zijn taak. I. Spinath, 'Een alternatief: het zuivere schuldeisersbelang', in: M.L.S. Kalff, R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 99-106.

13. A. van Hees, 'De faillissementscurator', *AA* 2007, afl. 7/8, p. 621; A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord vereffen', *TvI* 2015/1; A. van Hees, 'Het doel van het faillissement en de taak van de curator', *TvI* 2004/45.

14. F. Kemp, 'Gezocht: kranige curatoren met maatschappelijk besef', in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De gereedschapskist van de curator* (INSOLAD Jaarboek 2015), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 503-514.

15. R.D. Vriesendorp, 'De toekomst van de Faillissementswet', *TvI* 1996, afl. 5, p. 141-142; Huydecoper 2007, p. 10; T.T. van Zanten, 'Het voorontwerp Insolventiewet; doelstellingen, karakteristieken en hoofdrolspelers', *Bb* 2008/28; E.J. Oppedijk van Veen & V.G.M. Leferink, 'De curator en de Failliet – Diverse aspecten van het Oorzakenonderzoek', in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en de Failliet* (INSOLAD Jaarboek 2019), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 193-194; Wessels 2020, nr. 4223. Anders: I. Spinath, 'Een alternatief: het zuivere schuldeisersbelang', in: M.L.S. Kalff, R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 99-106, waarin wordt gesteld dat de curator maatschappelijke belangen in het geheel niet zou moeten meewegen bij het vervullen van zijn taak.

16. Verstijlen 1998, p. 153; Huydecoper 2007, p. 10 en Wessels 2020, nr. 4223.

17. B. Wessels, *Belangenstrijd in het insolventierecht* (afscheidsrede Amsterdam VU 2008), raadpleegbaar via dare.uvu.nl/handle/1871/12787.

18. *Stb.* 2016, 205.

19. *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 1 en 2.

toelichting staat dat de schuldeisers belang kunnen hebben bij de vordering van een bestuursverbod,²⁰ maar volgens mij is dat niet het geval. Het opleggen van een bestuursverbod kan geen middelen opleveren voor de gezamenlijke schuldeisers, terwijl de procedure door de curator op kosten van de boedel wordt gevoerd.²¹

Ook de fraudesignalerende taak van de curator, die sinds 1 juli 2017 is opgenomen in artikel 68 lid 2 Fw,²² dient niet uitsluitend het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Uit de toelichting blijkt dat hier bewust voor is gekozen. Volgens de memorie van toelichting 'reflecteert' de fraudesignalerende taak van de curator een 'brede maatschappelijke verantwoordelijkheid'.²³ De minister stelt in de memorie van toelichting zelfs dat de rechter-commissaris de taak heeft om 'het maatschappelijk belang af te wegen tegen de mogelijke boedelbelangen van crediteuren'.²⁴

Met de Wet modernisering faillissementsprocedure, die in werking is getreden op 1 januari 2019,²⁵ is in de wet opgenomen dat ook niet-schuldeisers zeggenschap hebben over de afwikkeling van het faillissement. Door 'commissie uit schuldeisers' te vervangen door 'schuldeiserscommissie' is geprobeerd duidelijk te maken dat ook niet-schuldeisers lid kunnen zijn van de schuldeiserscommissie.²⁶ Of de gehanteerde terminologie nu zoveel verduidelijkt is de vraag, duidelijk is wel dat niet-schuldeisers na de wetwijziging lid kunnen zijn van de schuldeiserscommissie. In de memorie van toelichting bij de Wet modernisering faillissementsprocedure geeft de minister expliciet aan dat de curator door de instelling van een schuldeiserscommissie niet alleen een beter beeld kan krijgen van de belangen van de diverse schuldeisers, maar ook van maatschappelijke belangen die spelen bij de afwikkeling van het faillissement.²⁷ Ook hieruit volgt dat de taak van de curator zich niet beperkt tot het behartigen van de belangen van de schuldeisers.

2.4. Wetsvoorstellen

De tendens in de wetgeving om meer rekening te houden met maatschappelijke belangen in faillissement wordt doorgezet in wetgevingsinitiatieven. In het wetsvoorstel

Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) is bijvoorbeeld opgenomen dat een beoogd curator aangewezen kan worden 'als dat de schade voor de betrokkenen bij het eventuele faillissement in zodanige mate kan beperken of de kans op een verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming na de eventuele faillietverklaring tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid in zodanige mate kan vergroten, dat dit opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt'.²⁸ Het voorontwerp, waarin was opgenomen dat een beoogd curator aangewezen kan worden als belangen van maatschappelijke aard daarbij zijn gebaat,²⁹ is na kritiek afgezwakt, maar ook uit het wetsvoorstel volgt dat maatschappelijke belangen meegewogen kunnen worden bij de aanwijzing van een beoogd curator. Uit de memorie van toelichting volgt namelijk dat onder 'schade voor betrokkenen' niet alleen financiële schade wordt verstaan, maar ook andere schadevormen en maatschappelijke schade.

Niet alleen de WCO I, maar de gehele reorganisatiepijler van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht is mede gericht op het behartigen van maatschappelijke belangen. Het doel van de reorganisatiepijler is om onnodige maatschappelijke verliezen zoveel mogelijk te voorkomen. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) is bijvoorbeeld opgenomen dat de WHOA, waarin een dwangakkoord buiten faillissement wordt geïntroduceerd, 'vooral ook bedoeld is ter behartiging van de belangen van schuldeisers en van andere betrokkenen – zoals werknemers – die graag willen dat de onderneming wordt voortgezet (...)'.³⁰ Deze gedachte sluit aan bij de in juli 2019 in werking getreden herstructureringsrichtlijn,³¹ die de minister wil implementeren in de surseanceakkoordregeling.³² Uit artikel 4 lid 1 van de richtlijn blijkt expliciet dat lidstaten een 'preventief herstructureringsstelsel' moeten hebben om 'banen te beschermen en bedrijfsactiviteiten te handhaven'.

20. *Kamerstukken II* 2013/14, 34011, nr. 3, p. 12.

21. J.W. Boddaert, 'Het bestuursverbod: de tandeloze tijger', *TvCu* 2019, afl. 3, p. 69-74; C.V. van Enkevort, 'De curator als private partner van het Openbaar Ministerie? Het aansprakelijkheidsrisico van de curator en financiering van faillissementsfraudebestrijding', *TvCu* 2016, afl. 1, p. 13-21; M.L. Lennarts, 'Boeven vangen op kosten van de boedel? De curator als hoeder van het algemeen belang? Geen goed plan!', *TvI* 2013/25.

22. *Stb.* 2017, 124.

23. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 3.

24. *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, nr. 3, p. 14.

25. *Stb.* 2018, 348.

26. *Kamerstukken II* 2017/18, 34740, nr. 3, p. 23-24 en *Kamerstukken II* 2017/18, 34740, nr. 6, p. 9.

27. *Kamerstukken II* 2017/18, 34740, nr. 3, p. 23.

28. Artikel 363 lid 1 Fw (nieuw), *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A.

29. internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i/details.

30. *Kamerstukken II* 2018/19, 35249, nr. 3, p. 41. De auteur heeft een aantal woorden gecursiveerd. Zie over de WHOA (toen nog WCO II) en het maatschappelijk belang ook Kemp 2015, p. 509-511. Kemp gaat overigens ook – net als ik hiervoor – in op de Wet versterking positie curator.

31. Richtlijn (EU) 2019/1023.

32. *Kamerstukken II* 2018/2019, 33695, nr. 18, p. 3.

2.5. DA-beschikking

Tot slot sluit ook de DA-beschikking van de Hoge Raad, die inmiddels geleid heeft tot een voorontwerp waarin de positie van de ondernemingsraad wordt gecodificeerd,³³ aan bij de beweging om meer rekening te houden met maatschappelijke belangen in het faillissement.³⁴ Waar de Ondernemingskamer van oordeel was dat het adviesrecht van de ondernemingsraad zich slecht met het faillissement laat rijmen en daarom niet aan de orde is in faillissement,³⁵ oordeelde de Hoge Raad dat de Wet op de ondernemingsraden (WOR) door de curator nageleefd moet worden.³⁶ Hoewel het adviesrecht naar het oordeel van de Hoge Raad alleen geldt als de onderneming wordt voortgezet of een doorstart wordt voorbereid,³⁷ is duidelijk dat de curator rekenschap moet afleggen van de wijze waarop hij rekening houdt met de belangen van werknemers. Uit artikel 25 lid 3 WOR volgt immers dat de curator bij de adviesaanvraag moet vermelden welke gevolgen het besluit naar verwachting heeft voor de werknemers en de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen. Opvallend is dat de Hoge Raad overweegt dat de ondernemingsraad en de curator zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR jegens elkaar moeten gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd,³⁸ wat aansluit bij het pleidooi van Wessels voor doorwerking van de redelijkheid en billijkheid in het insolventierecht.³⁹

2.6. Ondernemingsrecht en vennootschappelijk belang

De ontwikkeling van het faillissement als procedure waarin alleen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden behartigd, tot een procedure waarin diverse belangen meegewogen worden, sluit aan bij de ontwikkeling die het ondernemingsrecht heeft doorgemaakt. Waar 'het belang van de vennootschap' als norm na de introductie van het begrip in 1949⁴⁰ in eerste instantie gelijkgesteld werd aan het belang van de aandeelhouders, is van een gelijkstelling tegenwoordig geen sprake meer.⁴¹ In de Cancun-beschikking overweegt de Hoge Raad dat de betekenis van het vennootschappelijk belang afhangt van de omstandigheden van het geval, maar bij een vennootschap die een onderneming drijft in de regel wordt bepaald door het bevorderen van het bestendig succes van

de onderneming.⁴² Het bestuur, dat zich op grond van artikel 2:129/239 lid 5 BW moet richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, moet bij de vervulling van zijn taak naar het oordeel van de Hoge Raad voorts 'mede op grond van het bepaalde in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid (...) 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'.⁴³

Timmerman schrijft over *Cancun*:

'De Hoge Raad legt in de *Cancun*-beschikking ook uit dat zich de situatie kan voordoen dat conflicterende belangen om voorrang strijden. Kennelijk wil de Hoge Raad (r.o. 4.2.2) dat de leiding van een vennootschap met behulp van het proportionaliteitsbeginsel aan de verschillende belangen recht doet. Het idee dat uiteenlopende belangen tegen elkaar dienen te worden afgewogen, is in overeenstemming met de Nederlandse (polder)traditie. Die komt erop neer dat niet een bepaald belang bij voorbaat voorrang heeft, maar er na overleg pragmatische compromissen over die uiteenlopende belangen gesloten moeten worden.'⁴⁴

Mijns inziens kan het richtsnoer voor de taakvervulling van het bestuur van een kapitaalvennootschap zoals de Hoge Raad dat verwoordt in de Cancun-beschikking van dienst zijn bij het formuleren van de wijze waarop in faillissement rekening gehouden moet worden met belangen van maatschappelijke aard. In de volgende paragraaf wordt daarop verder ingegaan.

3. Naar een nieuwe formule voor belangen van maatschappelijke aard

3.1. *Cancun* en het faillissement

In deze paragraaf wordt een manier geschetst om naar huidig recht op coherente wijze in faillissement rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard.

33. Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement). Zie internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

34. Zo ook B.I. Kraaijpoel & S. Jellinghaus in hun annotatie bij de DA-beschikking van de Hoge Raad in *Ondernemingsrecht* 2017/121.

35. Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2016, *JOR* 2016/286 (DA).

36. HR 2 juni 2017, *JOR* 2017/248 (DA).

37. Kritisch hierover zijn o.a. B.I. Kraaijpoel & S. Jellinghaus en B. Barentsen in hun annotaties onder de DA-beschikking in respectievelijk *Ondernemingsrecht* 2017/121 en *NJ* 2017/453 en Ph.W. Schreurs, 'De Curator en de Ondernemingsraad', 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. 108-110.

38. HR 2 juni 2017, *JOR* 2017/248, r.o. 3.3.5 (DA).

39. Wessels 2008.

40. HR 1 april 1949, *NJ* 1949/565 (*Doetinchemse IJzergieterij*).

41. Zie over de ontwikkeling van het vennootschappelijk belang J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2014, nr. 154 en par. 10.1 en L. Timmerman, 'Het Nederlandse vennootschapsrecht tussen 1918 en 2018, enkele schetsmatige opmerkingen', in: H.J. de Kluiver (red.), *100 jaar Handelsrecht. Over heden, toekomst en verleden* (preadvies Vereniging 'Handelsrecht' 2018), Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 73-76.

42. Zie voor algemene besprekingen van het vennootschappelijk belang na Cancun onder meer C.A. Schwarz, 'De impact van het vennootschappelijk belang', *TvOB* 2018, afl. 4, p. 108-119 en *TvOB* 2018, afl. 5, p. 134-147 en B.F. Assink, 'Van vennootschapsrechtelijk belang', *WPNR* 2016, afl. 7111 en 7112.

43. HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286, r.o. 4.2.1 en 4.2.2 (*Cancun*).

44. Timmerman 2018, p. 75-76.

Daarbij worden ideeën ontleend aan de uitwerking van het vennootschappelijk belang in het ondernemingsrecht. Hiermee wordt niet bedoeld dat het vennootschappelijk belang als zodanig een rol moet spelen in het faillissementsrecht. De Hoge Raad overweegt in *Cancun* dat het belang van de vennootschap in de regel wordt bepaald door het bevorderen van het bestendig succes van de onderneming. In de literatuur en rechtspraak is terecht onderkend dat het voor het bestuur niet mogelijk is zich te richten op het bestendig succes van de onderneming als de vennootschap aan de vooravond staat van een faillissement. Het belang van de schuldeisers staat in dat geval voorop.⁴⁵ Uiteraard geldt dit in nog grotere mate voor de curator. Wel kan de techniek van *Cancun* gebruikt worden om rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard in faillissement.

Uiteindelijk is het faillissement in de eerste plaats een procedure waarin het vermogen van de schuldenaar op een efficiënte en geordende wijze wordt verdeeld onder de schuldeisers. Zou het faillissement gezien worden als procedure waarin slechts maatschappelijke belangen worden behartigd, dan zullen schuldeisers zich altijd buiten faillissement verhalen op het vermogen van de schuldenaar. Tenzij de schuldenaar zelf het faillissement aanvraagt, verwordt het faillissement dan tot een procedure waarvan het doel nauwelijks kan worden behaald. Tegen de tijd dat het faillissement wordt aangevraagd, is de schuldenaar ‘kaalgeplukt’ en is het niet meer mogelijk om maatschappelijke belangen te dienen, in ieder geval niet door middel van continuïteit van de onderneming. De curator dient zich dus in de eerste plaats te richten naar het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

Dat de curator zich in de eerste plaats moet richten naar het belang van de gezamenlijke schuldeisers, betekent niet dat hij zich hierop moet blindstaren. De curator moet ook, in het kader van de redelijkheid en billijkheid, zorgvuldigheid betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij het faillissement en de door de schuldenaar gedreven onderneming betrokken zijn. Zoals de Hoge Raad overweegt in *Cancun*, betekent dit dat de curator de belangen van degenen die bij het faillissement en de onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig mag schaden. Door de redelijkheid en billijkheid net als de Hoge Raad in *Cancun* toe te passen op de belangen van degenen die bij het faillissement en de onderneming zijn betrokken en niet op belangen van maatschappelijke aard, wordt deze afweging gericht. De curator hoeft zich niet te richten op vage noties als belangen van maatschappelijke aard of het algemeen belang,⁴⁶

maar op belangen die direct betrokken zijn bij het faillissement.

3.2. Evenredigheidsbeginsel

In de literatuur is het vennootschappelijk belang nader ingevuld met het evenredigheidsbeginsel. Mijns inziens kan dit beginsel ook gebruikt worden om te beoordelen op welke wijze de curator in het kader van de redelijkheid en billijkheid rekening moet houden met betrokken belangen. Het evenredigheidsbeginsel bestaat uit drie toetsen, waarvan in ieder geval de eerste twee toetsen moeilijk te scheiden zijn en niet (altijd) beide uitgevoerd hoeven te worden. In de eerste plaats moet de wijze waarop een bevoegdheid wordt uitgeoefend geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken. Dit wordt de geschiktheidstoets genoemd. De tweede toets is de noodzakelijkheids- of subsidiariteitstoets. Indien bij het faillissement betrokken belangen worden geschaad door de wijze waarop de curator de boedel beheert of vereffent, moet de curator zichzelf de vraag stellen of het beoogde doel ook bereikt kan worden zonder schade toe te brengen aan deze belangen. De derde toets is de proportionaliteitstoets in enge zin. Bij deze toets vindt een daadwerkelijke belangenafweging plaats. Is de taakuitoefening door de curator geschikt en noodzakelijk om het beoogde doel te bereiken, dan moet beoordeeld worden of bij het faillissement betrokken belangen onevenredig worden geschaad. Is dat het geval, dan moet de curator de boedel op een andere manier afwikkelen.⁴⁷

De laatste toets kent een subjectief element, zeker als belangen die niet op geld waardeerbaar zijn afgewogen moeten worden tegen het boedelbelang.⁴⁸ Dit subjectieve element is, weliswaar in mindere mate, ook aanwezig als verschillende belangen wel kwantificeerbaar zijn. Wanneer een belang zodanig wordt geschaad dat sprake is van een *onevenredige* schending, is voor discussie vatbaar. Daarnaast zijn kwantitatief vergelijkbare belangen niet altijd gelijk, omdat sommige partijen kwetsbaarder zijn dan andere partijen. Hiervoor is als voorbeeld gewezen op een zzp’er die voor zijn levensonderhoud afhankelijk is van betaling van een vordering van een paar duizend euro, terwijl een bank een vordering van dezelfde hoogte zonder problemen afschrijft. Dit subjectieve element maakt de afweging voor de curator lastig en vormt een rechtvaardiging voor een terughoudende toetsing van de afweging die de curator heeft gemaakt door de rechter,⁴⁹ maar is geen reden om deze afweging niet te laten plaatsvinden.

Inspraak door schuldeisers en andere betrokkenen is nodig om diverse belangen die spelen in beeld te krijgen.

45. M. Olaerts, ‘De aandeelhouder en het vennootschappelijk verband: de kwalificatie van de vennootschap en de invloed op de vennootschappelijke belangenafweging’, *TvOB* 2015, afl. 2, p. 61; B.F. Assink, ‘Van vennootschappelijk belang (II, slot)’, *WPNR* 2016, afl. 7112; Hof Amsterdam (OK) 3 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4295, r.o. 3.13. Zie ook (voordat *Cancun* werd gewezen) Hof ’s-Hertogenbosch 19 januari 2010, *JOR* 2010/113, r.o. 8.6.2.

46. Vergelijk B.F. Assink, ‘Belang van de vennootschap, overname en algemeen belang’, *WPNR* 2015, afl. 7048, par. 14 en K.W.H. Broekhuizen, *Klantbelang, belangenconflict en zorgplicht* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, par. 6.18.

47. Het gebruik en de invulling van het evenredigheidsbeginsel zijn ontleend aan M.J. van Ginneken & L. Timmerman, ‘De betekenis van het evenredigheidsbeginsel voor het ondernemingsrecht’, *Ondernemingsrecht* 2011/123 en De Jongh 2014, nr. 207.

48. De Jongh 2014, nr. 207.

49. HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727, r.o. 3.6 (*Maclou/Curatoren van Schuppen*) en HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515, r.o. 3.4.2 en 3.4.3 (*Prakke/Gips*).

De minister geeft dit in de memorie van toelichting bij de Wet modernisering faillissementsprocedure ook als reden om mogelijk te maken dat niet-schuldeisers lid kunnen worden van de schuldeiserscommissie.⁵⁰ Inspraak door schuldeisers kan de curator daarnaast helpen bij het maken van de belangenafweging en de uitkomst van de belangenafweging legitimeren. Is bijvoorbeeld de schuldeiserscommissie van mening dat een bepaald belang in een specifiek geval voorrang moet hebben op het belang van de gezamenlijke schuldeisers, dan kan dat, afhankelijk van de motivering die daarvoor wordt gegeven, voor de curator een indicatie zijn dat sprake is van een onevenredige schending van dat betrokken belang. Inspraak maakt een belangenafweging door de curator niet overbodig, maar kan deze afweging wel eenvoudiger maken en meer draagvlak verlenen.

3.3. Voorbeelden toepassing evenredigheidsbeginsel

Om toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het faillissementsrecht concreter te maken volgt een aantal voorbeelden. Het eerste voorbeeld is een klassieker, hoewel het een voorbeeld is dat naar mijn inschatting in de praktijk niet vaak voorkomt. Een vennootschap die een onderneming drijft en tweehonderd werknemers in dienst heeft, verkeert in staat van faillissement. De curator heeft twee biedingen ontvangen: een bod van 500 voor alle activa terwijl de bieder de onderneming niet voortzet en geen personeel overneemt en een bod van 450 terwijl de bieder de onderneming voortzet en honderd werknemers in dienst neemt. Omdat de curator als doel heeft om een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren voor de gezamenlijke schuldeisers, is het primair zijn wettelijke taak om het eerste bod te accepteren.

Om te beoordelen of de curator de boedel op deze manier moet afwickelen, kan hij gebruikmaken van het evenredigheidsbeginsel. Ten eerste moet de curator bij het uitvoeren van de geschiktheidstoets beoordelen of de acceptatie van het eerste bod geschikt is om het beoogde doel te bereiken. Ervan uitgaande dat de faillissementskosten voor beide opties even hoog zijn, is hieraan voldaan. Bij de tweede toets, de noodzakelijkheidstoets, moet de curator beoordelen of het noodzakelijk is voor het verkrijgen van een zo hoog mogelijke opbrengst om de onderneming aan een bieder te verkopen die de onderneming niet wil voortzetten. Kan de curator de tweede bieder overhalen om ook 500 te betalen voor de activa of is er een derde gegadigde die ten minste hetzelfde bedrag wil betalen

onder voortzetting van de onderneming en met overname van honderd werknemers, dan is niet voldaan aan de noodzakelijkheidstoets. Is wel aan de noodzakelijkheidstoets voldaan, dan volgt tot slot de belangenafweging. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij een zo hoog mogelijke opbrengst moet worden afgezet tegen de betrokken belangen die geschaad worden door discontinuïteit van de onderneming. Niet alleen het belang van werknemers wordt geschaad door discontinuïteit, maar wellicht ook het belang van leveranciers bij het behoud van een afnemer en klanten bij het behoud van een producent. Hoe de belangenafweging uitpakt, hangt af van de omstandigheden van het geval.⁵¹

Het tweede voorbeeld ziet op het faillissement van een zorginstelling zoals een ziekenhuis. Een zwaarwegend belang dat speelt bij een ziekenhuis, is de kwaliteit van zorg en veiligheid van patiënten. Dit belang komt in gevaar bij abrupte discontinuïteit van de onderneming. Ook bij een ziekenhuis is het primaire doel van de curator het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers. Het is mogelijk dat een abrupte staking van de onderneming geschikt is om een zo hoog mogelijke opbrengst te behalen voor de gezamenlijke schuldeisers, omdat de faillissementskosten hierdoor beperkt blijven. In het kader van de geschiktheids- en noodzakelijkheidstoets moet de curator wel onderzoeken of het mogelijk is een zo hoog mogelijke opbrengst voor schuldeisers te realiseren zonder afbreuk te doen aan de belangen van patiënten. De curatoren van Slotervaartziekenhuis B.V. hebben dit gedaan door in eerste instantie een doorstart te beproeven. Toen duidelijk was dat een doorstart niet haalbaar was, hebben de curatoren een boedelbijdrage onderhandeld bij de zorgverzekeraars om de zorg gecontroleerd af te bouwen.⁵² Als deze alternatieven zorgen voor een lagere opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers, moet een belangenafweging plaatsvinden.⁵³ Aangezien de kwaliteit van zorg en veiligheid van patiënten in het geding is bij abrupte discontinuïteit van een ziekenhuis, is het goed voorstelbaar dat deze belangenafweging in het voordeel van de patiënten uitpakt.⁵⁴

Het belang van patiënten bij hun gezondheid en veiligheid kan dermate zwaar wegen, dat die belangen mijns inziens

50. *Kamerstukken II* 2017/18, 34740, nr. 3, p. 23.

51. De curator van DA Retailgroep B.V. heeft in een dergelijk geval, uiteraard met toestemming van de rechter-commissaris, voor het iets lagere bod gekozen, mede uit overwegingen van werkgelegenheid. Zie hiervoor Hof Amsterdam (OK) 26 mei 2016, *JOR* 2016/286, r.o. 2.8 (DA). Zie ook het interview met o.a. de curator van DA in F.B. Bosvelt & M.E. ten Brinke, 'Retailfaillissementen. Interview met de curatoren in de faillissementen van DA, Macintosh, McGregor, Miss Etam, MS Mode, USG en V&D', *TvI* 2017/29.

52. Eerste openbare faillissementsverslag Slotervaartziekenhuis B.V. d.d. 9 januari 2019, p. 13-17 (raadpleegbaar via [cms.law.nl/NLD/Publication/Bankruptcies/Slotervaartziekenhuis-B.V.](https://cms.law.nl/NLD/Publication/Bankruptcies/Slotervaartziekenhuis-B.V)).

53. Dat deze afweging ingewikkeld was voor de curatoren van Slotervaartziekenhuis B.V. volgt uit het rapport over het faillissement van de Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen. Risico's voor patiëntveiligheid*, Den Haag: december 2019, p. 76-79.

54. Zie p. 91 van het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid voor een voorbeeld in het faillissement van Slotervaartziekenhuis B.V. Vergelijk Ministerie van VWS, *Handreiking faillissementen in de zorg voor curatoren. Informatie over ordening en bekostiging van de zorg relevant voor de afwikkeling van faillissementen*, mei 2017, par. 6.1 en T.A.M. van den Ende, 'Een failliet ziekenhuis, wat te doen met de patiënt?', *ZIP* 2019/18. Het voorbeeld is slechts om een illustratie te geven van toepassing van het evenredigheidsbeginsel in de praktijk. Ik sluit niet uit dat de curator op grond van sectorspecifieke wetgeving zoals de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (WKKGZ) verplicht is om voorrang te geven aan de veiligheid van patiënten, maar dat valt buiten de scope van dit onderzoek.

voorgaan op het belang van de gezamenlijke schuldeisers.⁵⁵ Uiteraard moet de curator alsnog streven naar een zo hoog mogelijke opbrengst van schuldeisers, maar onder de voorwaarde dat de kwaliteit van zorg en veiligheid van patiënten verzekerd is. Omdat de kwaliteit van zorg en veiligheid van patiënten binnen de bestaande kaders ook in faillissement gewaarborgd kan worden, is een aparte saneringsregeling voor zorginstellingen om deze reden mijns inziens niet nodig.⁵⁶ Dit neemt niet weg dat duidelijk moet zijn wie verantwoordelijk is voor de financiering van een gecontroleerde afbouw van een zorginstelling als de boedel ontoereikend is om de kosten hiervan te dragen. Ook als de boedel wel toereikend is, ligt het niet voor de hand dat de gezamenlijke schuldeisers de kosten voor gecontroleerde afbouw dragen.⁵⁷ Voorstelbaar is dat deze kosten in alle gevallen worden neergelegd bij de zorgverzekeraars⁵⁸ en/of de overheid (en daarmee bij de samenleving).

Het laatste voorbeeld is afkomstig van het faillissement van Intertoys c.s. Intertoys is op 21 februari 2019 failliet verklaard. Desondanks hebben de curatoren – met instemming van de rechter-commissaris – besloten dat cadeaukaarten ingewisseld konden worden tot en met 24 februari 2019.⁵⁹ Hiermee is de concurrente vordering van cadeaukaarthouders feitelijk gepromoveerd tot superpreferente boedelvordering.⁶⁰ Helaas is in het faillissementsverslag niet opgenomen wat de reden was van deze ‘goedbedoelde verlenging van de mogelijkheid om cadeaukaarten te gebruiken’. Indien de curatoren deze beslissing hadden genomen met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel, kan de beslissing ingegeven zijn op basis van verschillende toetsen.

Mogelijkerwijs waren de curatoren van mening dat de behandeling van cadeaukaarthouders als concurrente crediteuren niet geschikt of noodzakelijk was voor een realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst. Dit is het geval als de curatoren bijvoorbeeld inschatten dat de schade die hierdoor berokkend zou worden aan de merknaam groter was dan de meeropbrengst bij een doorstart door het nemen van deze beslissing. Dit is ook het geval als de curatoren vermoedden dat de schade die zou ontstaan door opstootjes van ontevreden klanten groter was dan de kosten van het ‘verlengen van de geldigheid’ van cadeaukaarten. Een andere mogelijkheid is dat de curatoren de belangen van cadeaukaarthouders hebben afgewogen tegen het belang van de gezamenlijke schuldeisers en voorrang hebben gegeven aan het belang

van de cadeaukaarthouders. Wellicht is de beslissing van de curatoren ingegeven door de gedachte dat met name kinderen, die zich economisch in een kwetsbare positie bevinden, cadeaukaarthouder waren van Intertoys. Is de beslissing het resultaat van een belangenafweging, dan zou de beslissing aan kracht hebben gewonnen als de schuldeisers inspraak hadden bij deze beslissing.

3.4. Aanbevelingen

De wijze waarop conform de hier voorgestelde oplossing rekening wordt gehouden met de belangen van degenen die betrokken zijn bij het faillissement en de door de failliet gedreven onderneming, sluit aan bij het ondernemingsrecht en past mijns inziens in het stelsel van de wet. Toch is een wettelijke verankering uit het oogpunt van rechtszekerheid naar mijn mening wenselijk. In artikel 68 Fw zou, naar artikel 2:129/239 lid 5 BW, opgenomen kunnen worden dat de curator zich bij de vervulling van zijn taak richt naar het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Daaraan kan worden toegevoegd dat de curator rekening houdt met belangen van andere betrokkenen bij het faillissement, indien en voor zover daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers.⁶¹ Indien gewenst kunnen specifieke betrokkenen zoals werknemers expliciet worden genoemd.

In de derde afdeling van titel I van de Faillissementswet kan, naar artikel 2:8 BW, een artikel opgenomen worden waarvan het eerste lid luidt dat de curator en degenen die bij het faillissement zijn betrokken zich jegens elkaar gedragen naar hetgeen door de redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd. Het tweede lid van dat artikel kan dan regelen dat een tussen hen krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit artikel is ook van toepassing op de in de vorige alinea voorgestelde toevoeging aan artikel 68 Fw. Onder omstandigheden is het dus mogelijk dat belangen van betrokkenen voorrang hebben op het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

Het is uiteraard mogelijk om in faillissement in ruimere mate rekening te houden met de belangen van degenen die betrokken zijn bij het faillissement. In de wet kan bijvoorbeeld opgenomen worden dat de curator de belangen van specifieke betrokkenen zoals werknemers even zwaar moet meewegen als de belangen van de gezamen-

55. Vergelijk Van Hees 2015. Zie hierover ook A.G.H. Klaassen, H.J. de Kloe & S.A. Jansen, ‘Medezeggenschap in faillissement: ook een adviesrecht voor de cliëntenraad?’, *TvI* 2020/5, par. 4.2.

56. Anders: R.J. van Galen, ‘Het ziekenhuis aan de afgrond’, *Ondernemingsrecht* 2019/21.

57. Zie hierover ook F.D. Crul, ‘Ziekenhuisfaillissementen na Slotervaart. Regelgeving noodzakelijk’, *FIP* 2020/83.

58. Deze oplossing wordt voorgesteld in J.J. Rijken, ‘Het failliet van het faillissement?’, *TvGR* 2019, afl. 2, p. 105 en 106. Zie ook p. 96 van het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid van december 2019 en L. Brand, ‘Zorgplicht en ziekenhuisfaillissement’, *NJB* 2020/570, par. 5.

59. Eerste openbare faillissementsverslag Intertoys c.s. d.d. 10 april 2019, hoofdstuk 6 (raadpleegbaar via insolventies.rechtspraak.nl/Services/VerslagenService/getPdf/13_ams_19_76_F_V_01).

60. In onder meer het faillissement van V&D werd een andere afweging gemaakt door de curatoren en waren cadeaukaarten vanaf de surseance van betaling ‘niet meer geldig’. Zie hiervoor ‘Levendige handel in onbruikbare cadeaubonnen V&D’, *FD* 27 december 2015.

61. Vergelijk artikel 1.1.2 van het voorontwerp Insolventiewet: ‘Een insolventieprocedure strekt tot tegedemaking van het vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers of tot sanering van de schulden van de schuldenaar. *Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden*’ (cursivering toegevoegd).

lijke schuldeisers. Het is zelfs mogelijk in de wet op te nemen dat andere belangen in de regel voorrang hebben op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁶² Ook kan de curator verplicht worden rekening te houden met belangen die niet direct betrokken zijn bij het faillissement. Hiervoor is echter een fundamentele herbezinning van het faillissement op wetgevingsniveau noodzakelijk.⁶³ Een dergelijke bezinning dient niet alleen de (grondslagen van de) Faillissementswet te behelzen, maar ook hoe het faillissementsrecht zich verhoudt tot het privaatrecht in algemene zin en andere rechtsgebieden.

Door de curator een fraude bestrijdende taak te geven heeft de wetgever de curator de verplichting opgelegd om maatschappelijke belangen te behartigen, maar zonder een fundamentele herbezinning van de Faillissementswet. Ten onrechte is geen aandacht besteed aan de verhouding tussen het faillissementsrecht en andere rechtsgebieden. Een civielrechtelijk bestuursverbod kan alleen opgelegd worden als een vennootschap failliet is verklaard. Ook de gronden voor het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod zijn met het faillissement verweven. Daarnaast kan de curator de fraude bestrijdende taak die artikel 68 lid 2 Fw hem oplegt, uiteraard alleen uitvoeren als hij als zodanig is aangesteld in een faillissement. Hierdoor hebben bestuurders een prikkel om een faillissement te vermijden en over te gaan tot turboliquidatie, ook als een faillissement voor schuldeisers en andere betrokkenen een optimalere vorm van vereffening is.⁶⁴ De minister zou er daarom goed aan doen dit mee te nemen bij de evaluatie van de Wet versterking positie curator,⁶⁵ waarna de aanbevolen herbezinning op wetgevingsniveau alsnog kan plaatsvinden.

4. Conclusie

De laatste decennia is een verschuiving waar te nemen in het uitgangspunt dat de curator zich bij de uitoefening van zijn taak uitsluitend moet richten op het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Uit de literatuur, nieuwe wetgeving en jurisprudentie volgt steeds meer dat de curator ook rekening moet houden met belangen van maatschappelijke aard. De discussie in de literatuur spitst zich toe op de vraag of deze belangen behartigd morgen worden ten koste van het belang van de gezamenlijke schuldeisers. In deze bijdrage is geschetst op welke wijze belangenpluralisme een systematische plaats kan hebben in het faillissement(srecht). De curator moet zich in de eerste plaats richten op het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij een zo hoog mogelijke opbrengst in faillissement. Daarnaast moet hij, in het kader van de redelijkheid en billijkheid, zorgvuldigheid betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij het faillissement en de onderneming zijn betrokken door hun belangen niet onnodig of onevenredig te schaden.

De wijze waarop de curator bij de vervulling van zijn taak rekening kan houden met de belangen van degenen die bij het faillissement betrokken zijn, is geconcretiseerd aan de hand van het evenredigheidsbeginsel. Bij de proportionaliteitstoets in enge zin, die onderdeel uitmaakt van het evenredigheidsbeginsel, vindt een belangenafweging plaats. Als de bij het faillissement betrokken belangen onevenredig worden geschaad, dan moet de curator deze belangen voorrang geven op het belang van de gezamenlijke schuldeisers. De curator kan de belangen die spelen in kaart brengen en zijn belangenafweging eenvoudiger maken en legitimeren door schuldeisers en andere betrokkenen inspraak te geven in de afwikkeling van het faillissement.

Hoewel de hier geformuleerde visie naar mijn mening past in het stelsel van de wet en aansluit op het ondernemingsrecht, is een wettelijke verankering wenselijk. Dit is mogelijk door in artikel 68 Fw op te nemen dat de curator zich bij de vervulling van zijn taak richt naar het belang van de gezamenlijke schuldeisers en rekening houdt met belangen van andere betrokkenen bij het faillissement, indien en voor zover daarmee geen afbreuk wordt gedaan aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Daarnaast zou aan de Faillissementswet een artikel toegevoegd kunnen dat is ontleend aan artikel 2:8 BW.

Wil de wetgever ook belangen van anderen dan bij het faillissement betrokkenen een rol toekennen in faillissement of het belang van de gezamenlijke schuldeisers stelselmatig achterstellen op andere belangen, dan is daarvoor een fundamentele herbezinning van het faillissementsrecht en de verhouding van het faillissementsrecht tot andere rechtsgebieden noodzakelijk. Deze herbezinning is ten onrechte achterwege gebleven bij het geven van een fraude bestrijdende taak aan de curator. Het is hard nodig dat een dergelijke herbezinning op wetgevingsniveau op korte termijn alsnog plaatsvindt.

62. Zie bijvoorbeeld de aanbeveling van de Onderzoeksraad voor Veiligheid om het faillissementsrecht zodanig aan te passen dat de curator het maatschappelijk belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten moet laten prevaleren boven de belangen van de schuldeisers, *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen. Risico's voor patiëntveiligheid*, Den Haag: december 2019, p. 97.

63. Vergelijk Verstijlen 1998, p. 153-155.

64. Vergelijk A. Karapetian & M.L. Lennarts, 'Flitsfraude', *TvI* 2016/32.

65. Artikel IIa Wet versterking positie curator, *Stb.* 2017, 124.