

Moet de R-C bij een 100%-uitkering aan de schuldeisers de curator een bevel geven tot een (rechtmatigheids)onderzoek en nadere onderhandelingen?

Rb. Amsterdam 04-06-2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3999

Instantie

Rechtbank Amsterdam

Datum

4 juni 2019

Magistraten

Mr. W.F. Korthals Altes

Zaaknummer

C/13/18/340F

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS59985:1

Vakgebied(en)

Insolventierecht / Faillissement

Brondocumenten

ECLI:NL:RBAMS:2019:3999, Uitspraak, Rechtbank Amsterdam, 04-06-2019

Wetgeving

Art. 68, 69 Fw

Essentie

Art. 69 Fw-verzoek. Rechtmatigheidsonderzoek.

Moet de R-C bij een 100%-uitkering aan de schuldeisers de curator een bevel geven tot een (rechtmatigheids)onderzoek en nadere onderhandelingen? (MC Slotervaart)

Samenvatting

In het faillissement van MC Slotervaart zal alle schuldeisers een akkoord worden aangeboden waarmee, naar verwachting, alle ingediende vorderingen (met uitzondering van de achtergestelde vordering) voor 100% kunnen worden voldaan. De gemeente Amsterdam verzoekt de rechter-commissarissen de curatoren te bevelen een (rechtmatigheids)onderzoek te laten plaatsvinden en met de gemeente onderhandelingen te starten over de verwerving van het vastgoed van MC Slotervaart.

Rb.: De faillissementscurator behartigt primair de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Daarnaast dient hij ook met maatschappelijke belangen rekening te houden. Naast het beheer en de vereffening van de failliete boedel heeft de curator tot taak mogelijke onregelmatigheden die het faillissement hebben veroorzaakt, te onderzoeken. Veelal gaat het om de vaststelling van de oorzaak van het tekort in het faillissement en wie daarvoor verantwoordelijk is. In een faillissement waarin, relatief kort na het uitspreken daarvan, de voor de schuldeisers meest gunstige uitkomst wordt gerealiseerd, heeft doorgaans geen oorzakenonderzoek meer plaats. Een en ander vormt aanleiding voor de afwijzing van het verzoek van de gemeente de curatoren te bevelen een oorzakenonderzoek in te stellen. Dat geldt temeer nu een onderzoek tot aanzienlijke vertraging van de afwikkeling van het faillissement zal leiden en de kosten van het onderzoek door de boedel gedragen zullen moeten worden. Naar het voorlopig oordeel van de curatoren zal geen sprake zijn van benadelende rechtshandelingen en financiële schade waarvoor de directieleden aansprakelijk kunnen worden gehouden. Bovendien doen inmiddels drie officiële instanties onderzoek naar allerlei aspecten rondom het faillissement. Niet is gebleken dat de gemeente een 100%-uitkering aan de schuldeisers biedt en bereid is de totale schuldenlast te voldoen. Daarom is er geen aanleiding een verzoek tot een bevel aan de curatoren met de gemeente te onderhandelen over de verwerving van vastgoed van MC Slotervaart, te honoreren.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996/472: over de maatschappelijke taak van de curator (*Sigmacon II*);
- HR 31 december 1925, ECLI:NL:HR:1925:301, *NJ* 1926, p. 316: over het te gelde maken van persoonlijke rechten via art. 69 Fw;
- [Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3](#) (MvT), p. 12-15: over de fraudesignalerende taak van de curator.

Wenk

1. Inleiding

De gemeente Amsterdam roert zich in het faillissement van MC Slotervaart. De gemeente probeert via een bevel ex art. 69 Fw een rechtmatigheidsonderzoek (of een enquêteprocedure) en onderhandelingen met haar over koop van het vastgoed van MC Slotervaart af te dwingen. Voor de koop van het vastgoed heeft de gemeente kennelijk een voorkeursrecht gevestigd.

2. Ontvankelijkheid gemeente

Het recht om bij de rechter-commissaris een verzoek ter zake het handelen of nalaten van de curator in te dienen (art. 69 Fw) komt toe aan iedere schuldeiser, de commissie van schuldeisers en de gefailleerde. De gemeente moet dus schuldeiser zijn. Rechter-commissarissen en curatoren menen dat het voldoende aannemelijk is dat dat het geval is.

3. Onderzoekstaak van de curator

De kerntaak van de curator is het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 lid 1 Fw). Daaraan is sinds 1 juli 2017 toegevoegd de taak onregelmatigheden te signaleren (art. 68 lid 2 aanhef en onder a Fw). Die taak staat niet op zich, maar is (uitdrukkelijk) afgeleid van de kerntaak. Het gaat om onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, die de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of die het tekort in het faillissement hebben vergroot. Van de laatste twee omstandigheden is in dit geval geen sprake, omdat door een akkoord 100% van de vorderingen zal worden voldaan. In de praktijk voeren de curatoren doorgaans in bijna alle gevallen een prima facie-onderzoek uit, kennelijk ook in dit faillissement. Het resultaat daarvan, de inschatting van de verhaalsmogelijkheden, de kosten (en de dekking daarvoor) en alternatieve onderzoeken zullen bepalend zijn voor eventueel vervolgonderzoek. Al deze elementen hebben de rechter-commissarissen in overweging genomen.

4. Bevel tot verzoek om enquête?

De curator is bevoegd tot het indienen van een enquêteverzoek (art. 2:346 lid 3 BW). Hij kan daartoe desgevraagd van de R-C een bevel krijgen. De kosten zijn in beginsel boedelkosten. Komen zij bij geconstateerd wanbeleid voor rekening van anderen, bestaat een verhaalsrisico. Curator en R-C zullen kosten, tijd en eventuele alternatieven (moeten) afwegen.

5. Verplichting tot onderhandelen?

Als het dienstig is aan het beheer en de vereffening van de failliete boedel, zou de R-C de curator tot onderhandelingen met een bepaalde partij kunnen dwingen. In dit geval gaat het om onderhandelingen over de verkoop van de onroerende zaken van MC Slotervaart. Deze zijn in beginsel verkocht, waardoor een akkoord met 100%-uitkering aan de schuldeisers mogelijk is. De gemeente wil echter ook nog met de curatoren over koop onderhandelen.

6. Invloed voorkeursrecht?

De gemeente brengt kennelijk haar voorkeursrecht op de onroerende zaken in stelling. Omdat de gemeente niet hetzelfde biedt als de potentiële koper, bestaat er volgens de R-C geen grond voor een bevel tot onderhandelen. Mogelijk heeft de R-C mede in aanmerking genomen art. 10 lid 2 aanhef en onder e Wet Voorkeursrecht Gemeenten. Het voorkeursrecht van de gemeente geldt niet in geval van een verkoop krachtens wetbepaling of een executoriale verkoop (mits – in sommige gevallen – het bestuursorgaan in de gelegenheid is gesteld om een bod te doen).

7. Art. 69 Fw en een persoonlijk toekomend recht

Als de gemeente zich beroept op haar voorkeursrecht, rijst de vraag of zij wel van de weg van art. 69 Fw gebruik kan maken. Met het beroep op het voorkeursrecht lijkt de gemeente een haar persoonlijk toekomend recht tegenover de boedel geldend te willen maken. Daarvoor is de weg van art. 69 Fw niet bedoeld.

J.A. Stal

Partij(en)

Beschikking van verzoeker:

College van Burgemeester & Wethouders Amsterdam (hierna: de gemeente),
betreft: Faillissement MC Slotervaart, curatoren: mrs. M.R. van Zanten en M.N. de Groot,
rechters-commissaris: mrs. W.F. Korthals Altes en K.M. van Hassel.

Uitspraak

Rechtbank:

De gemeente doet een tweeledig verzoek, inhoudende dat de rechter-commissaris ervoor zorg draag dat:

- zo spoedig mogelijk een adequaat (rechtmatigheids)onderzoek plaatsvindt, door de curatoren op de voet van artikel 86 (bedoeld zal zijn: 68) lid 2 Faillissementswet (Fw) en/of door een enquêteur, aan te wijzen door de Ondernemingskamer, en
- de curatoren en de gemeente – parallel aan de thans lopende gesprekken met [naam bieder] – onderhandelingen starten over de verwerving van het vastgoed van MC Slotervaart.

Naar aanleiding van het verzoek van de gemeente is aan de curatoren gevraagd daarop te reageren. De curatoren hebben op 3 juni 2019 hun reactie aan de rechter-commissaris gestuurd.

1. Ontvankelijkheid

De gemeente baseert haar verzoek klaarblijkelijk op art. 69 Fw. Deze bepaling verleent schuldeisers, de commissie van schuldeisers en de gefailleerde het recht de rechter-commissaris te verzoeken, kort gezegd, de curator te bevelen handelingen te verrichten of na te laten. In het onderhavige geval betekent dit dat de gemeente als schuldeiser in het faillissement van MC Slotervaart zou moeten worden aangemerkt. Desgevraagd hebben curatoren de rechter-commissaris laten weten dat voldoende aannemelijk is dat dat het geval is. De gemeente is in haar verzoek dan ook ontvankelijk.

2. Inhoudelijke aspecten

2.1. Doel van het faillissement

Hoofddoel van het faillissement is het te gelde maken van het vermogen van de gefailleerde en de verdeling daarvan onder de schuldeisers. In het overgrote deel van de faillissementen komt dit erop neer dat schuldeisers bij het opmaken van de eindrekening de uitbetaling van slechts gering percentage van hun vordering kunnen verwachten. Slechts bij hoge uitzondering worden alle schuldeisers voldaan.

De faillissementscurator – en met hem de rechter-commissaris als toezichthouder – behartigt primair de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Dat volgt uit het hierboven genoemde hoofddoel. Hij moet zich dus inspannen de failliete boedel in een voor de schuldeisers zo gunstig mogelijke zin te gelde te maken. Als dat volgens een systeem van biedingen geschiedt, zal de curator in beginsel het hoogste bod (dienen te) aanvaarden. Doet zich een mogelijkheid voor dat alle schuldeisers kunnen worden voldaan, dan is evident dat die moet worden aangegrepen.

2.2. Maatschappelijke belangen

De verplichting van de curator de hoogste boedelopbrengst te genereren is in de loop van jaren in die zin genuanceerd dat in de rechtspraak wordt aangenomen dat een curator ook met maatschappelijke belangen rekening dient te houden. Daarbij wordt in het bijzonder aan de continuïteit van de tot de failliete boedel behorende onderneming en aan behoud van de werkgelegenheid (van de bij het faillissement betrokken werknemers) gedacht (zie bijv. HR 24 februari 1995 *NJ 1996/472 – Sigmacon II*). De curator is dus niet verplicht bij een overname zonder meer voor de hoogste bieder te kiezen. Hij mag de overname/doorstart gunnen aan een bieder die, hoewel hij minder dan de hoogste bieder biedt, een bod doet waarbij meer met deze maatschappelijke belangen rekening wordt gehouden.

In de literatuur worden ook wel andere belangen genoemd die een curator in het algemeen bij de afwikkeling van een faillissement in acht zou moeten nemen. In willekeurige volgorde: het repatriëren van vakantiegangers bij het faillissement van een touroperator; het ter voorkoming van herhaling van fraude doen van strafaangifte; de continuïteit van de verzorging en verpleging van bewoners van een verzorgingstehuis; de continuïteit van netwerkverbindingen (zie *Maatschappelijk verantwoord vereffenen*, A. van Hees, *Tvl* 2015/1); het behoud van monumenten; milieubelangen; belangen bij plaatselijke of regionale ontwikkeling; behoud van een als waardevol beschouwde traditie; een bepaalde knowhow (*Andere zwaarwegende belangen*, J.L.R.A. Huydecoper, *INSOLAD Jaarboek 2007, De integere curator*, p. 1-12).

3. Onderzoektaak

3.1. Onderzoek naar onregelmatigheden

De curator heeft naast het beheer en het te gelde maken van de failliete boedel een tweede belangrijke taak: het onderzoeken van mogelijke onregelmatigheden die het faillissement hebben veroorzaakt. In de praktijk gaat het hierbij steeds om de oorzaak van het *tekort* in het faillissement en de vraag wie voor het ontstaan van dat tekort verantwoordelijk en aansprakelijk is. Waar nodig en opportuun, wordt een dergelijk onderzoek gevolgd door aansprakelijkstelling en rechtsmaatregelen. Of het tot dit laatste komt, hangt van een aantal factoren af, naast de voorvraag of een of meer personen voor het tekort aansprakelijk kunnen worden geacht: de proceskansen, de verhaalbaarheid en de beschikbare middelen. De middelen zullen in beginsel uit de boedel moeten komen en dus ten laste van de schuldeisers komen. Dat is alleen aanvaardbaar, indien de verwachting bestaat dat de maatregelen tot een opbrengst voor de boedel zullen leiden.

Soms is een enkele schuldeiser bereid de (proces)kosten te dragen, bijv. indien de opbrengst uiteindelijk mede aan hem ten goede zal komen. In een aantal gevallen kunnen curatoren voor het uitvoeren van rechtsmaatregelen of het onderzoek naar de wenselijkheid daarvan een beroep op de Garantstellingregeling van het ministerie van Justitie en Veiligheid doen. Daaraan zijn echter beperkingen verbonden.

3.2. Altijd een onderzoekplicht?

In de literatuur wordt de vraag besproken of uit het recent bij de Wet versterking positie curator ingevoerde tweede lid van art. 68 Fw (waarop de gemeente haar eerste verzoek baseert) moet worden afgeleid dat de curator in alle gevallen een onderzoekplicht heeft. De meningen daarover variëren. Een uitgebreide beschouwing hierover is te vinden in de oratie die prof. mr. R.D. Vriesendorp op 24 juni 2016 in Leiden heeft uitgesproken (zie *["**]it happens; then and now*, R.D. Vriesendorp, *TvI* 2017/23). Hij maakt een onderscheid tussen drie typen faillissementen: grote, kleine en lege boedels. Wat de grote betreft, merkt hij op dat deze voor veel maatschappelijke commotie zorgen. Als voorbeelden noemt hij onder meer Fokker, DSB, woningbouwcorporaties en het Ruwaard van Puttenziekenhuis. Aangenomen mag worden dat hij het faillissement van MC Slotervaart in het rijtje zou hebben opgenomen, als dat zich reeds had voorgedaan.

Hij stelt dan dat een oorzakenonderzoek in deze gevallen kan helpen om de commotie in te kaderen, lering voor de toekomst te trekken en zo nodig verantwoordelijken aansprakelijk te stellen. Dat is dan, stelt hij, een taak voor de betrokken overheidsinstanties, eventueel in de regie bijgestaan door de curator. Maar dan ligt ook financiering door die instanties voor de hand, en niet via de boedel door de schuldeisers, die – zoals hieraan kan worden toegevoegd – doorgaans niet voor het ontstaan van de misstanden verantwoordelijk zijn.

3.3. Een bijzondere situatie

Waar de meeste grote faillissementen, net als het overgrote deel van de andere faillissementen, tot tekorten hebben geleid – en de schuldeisers hun vorderingen dus niet of maar in beperkte mate te gelde hebben kunnen maken –, doet zich in het faillissement van MC Slotervaart een bijzondere situatie voor. Aangekondigd is dat aan alle schuldeisers een akkoord zal worden aangeboden waarmee, naar verwachting, alle ingediende vorderingen (met uitzondering van de achtergestelde vordering) voor 100% kunnen worden voldaan. Dit akkoord kan binnen afzienbare tijd gestalte krijgen. De vrees is gewettigd dat, als de aanvaarding van het akkoord als gevolg van het uitvoeren van een onderzoek als door de gemeente verzocht op zich zal laten wachten, het akkoord geen doorgang zal vinden.

Zelfs als dat anders zou zijn, zouden, als de rechter-commissaris de curatoren nu zou verplichten een onderzoek naar de oorzaken van het faillissement in te stellen, de daarmee gemoeide kosten ten laste van de schuldeisers door de boedel moeten worden gedragen. Daarvoor ontbreken de middelen. Bovendien zal een dergelijk onderzoek een behoorlijke tijd in beslag nemen, tijd die afbreuk zal doen aan de voortvarendheid waarmee degenen die het bod hebben gedaan, aan de slag kunnen gaan. Het is dus ook om die reden niet in het belang van de schuldeisers, omdat zij dan langer op uitkering moeten wachten. Bovendien is de hoogte daarvan onzeker.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat inmiddels drie officiële instanties thans al onderzoek naar allerlei aspecten rond het faillissement van MC Slotervaart verrichten.

3.4. Geen onderzoek bij 100% uitkering

In een faillissement waarin – relatief kort na het uitspreken daarvan – de voor de schuldeisers meest gunstige uitkomst wordt gerealiseerd, heeft doorgaans geen oorzakenonderzoek meer plaats. Daaraan doet niet af dat art. 68 lid 2 Fw aan de curator de verplichting oplegt bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel te bezien of sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, zonder dat deze onderzoekplicht naar de letter wordt beperkt tot faillissementen waarin een tekort is ontstaan.

4. Afwijzing van het eerste verzoek

Hetgeen hiervoor is opgemerkt, vormt aanleiding het verzoek van de gemeente de curatoren te bevelen een oorzakenonderzoek in te stellen af te wijzen. De kosten daarvan zullen door de boedel – en daarmee de schuldeisers – moeten worden gedragen. Bovendien zal het onderzoek ertoe leiden dat de afwikkeling van het faillissement – in het bijzonder het door [naam biedder] c.s. gefinancierde akkoord, met de in het vooruitzicht gestelde 100% uitkering aan de schuldeisers – aanzienlijke vertraging zal oplopen. Dat strijdt met het nastreven van het hiervoor omschreven hoofddoel van het faillissement.

Deze afwijzing geldt om dezelfde redenen ook het verzoek de curatoren te bevelen de Ondernemingskamer te verzoeken een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van MC Slotervaart te gelasten. De kosten van een dergelijk onderzoek komen immers eveneens ten laste van – in dit geval – de boedel. Weliswaar biedt een dergelijke procedure de mogelijkheid – een deel van – de kosten van het onderzoek in rekening te brengen aan degenen die de Ondernemingskamer voor eventueel wanbeleid aansprakelijk acht, maar de kans daarop is klein. Bovendien komt dat pas aan het eind van de rit. En ook met dit onderzoek is aanzienlijk veel tijd gemoeid.

Ten slotte geldt dat de curatoren desgevraagd aan de rechter-commissaris hebben laten weten dat uit de hun thans

beschikbare – maar dus nog niet door een grondig onderzoek gestaafde – gegevens vooralsnog niet is gebleken dat aannemelijk is dat het (voormalig) bestuur namens MC Slotervaart onverplichte rechtshandelingen heeft verricht waardoor schuldeisers zijn benadeeld, en evenmin dat na afwikkeling van het aangeboden akkoord voor MC Slotervaart financiële schade zal resteren waarvoor curatoren de heren [naam 1] en [naam 2] als voormalige directieleden aansprakelijk kunnen houden.

5. Tweede verzoek

Met het tweede verzoek vraagt de gemeente de rechter-commissaris de curatoren te bevelen met haar onderhandelingen over de verwerving van het vastgoed van MC Slotervaart te starten om in het belang van de schuldeisers verdere onnodige vertraging in de afwikkeling van het faillissement te voorkomen.

5.1. Oordeel rechter-commissaris

Van belang is dat het faillissement zo spoedig mogelijk wordt afgewikkeld. Het voortduren van de huidige situatie kost de boedel thans aanzienlijke bedragen, alleen al vanwege het draaiende houden van de nog noodzakelijke faciliteiten. Het zijn op dit moment echter vooral de mogelijkheden die het bod van [naam bidder] c.s. opent, die perspectief op een spoedige afwikkeling van het faillissement bieden. Nu dit bod thans het enige is dat het gewenste resultaat – een 100% uitkering aan de schuldeisers – kan opleveren, dienen de curatoren te worden ondersteund waar zij trachten dit resultaat te realiseren. Dit zou alleen anders zijn, als zich behalve [naam bidder] c.s. een andere bidder zou hebben opgeworpen die een vergelijkbaar perspectief in het vooruitzicht stelt. Het is de rechter-commissaris weliswaar bekend dat de gemeente, in het bijzonder door uitoefening van haar voorkeursrecht, pogingen in het werk stelt – een deel van – de failliete boedel te verwerven. Niet gebleken is echter dat de gemeente daarbij het hiervoor omschreven perspectief – 100% uitkering aan de schuldeisers – biedt en bereid is de totale schuldenlast te voldoen.

5.2. Afwijzing tweede verzoek

Dat betekent dat op dit moment geen aanleiding bestaat het tweede verzoek toe te wijzen.

De inhoud van deze beschikking is afgestemd met mr. K.M. van Hassel, tweede rechter-commissaris in dit faillissement.

Beschikking

De rechter-commissaris wijst het verzoek ex art. 69 Fw van de gemeente af.