

15 november 2019, «JOR» 2020/22, m.nt. Faber volgt dat een dergelijke contractuele uitbreiding van de verrekeningsbevoegdheid faillissementsbestendig is, mits het schulden en vorderingen betreft die vóór de faillietverklaring zijn ontstaan of voortvloeien uit voor die datum reeds bestaande rechtsverhoudingen. De Hoge Raad is van oordeel dat de verrekeningsregels van de Faillissementswet binnen de genoemde “bandbreedte” van regelend recht zijn. Het valt dan ook niet in te zien waarom voor de verrekeningsregels in surseance iets afwijkends zou gelden. De regeling van art. 228 lid 1 Fw (voor daden van beheer en beschikking heeft de sursiet medewerking van de bewindvoerder nodig) maakt dit niet anders, zo overweegt de rechtbank mijns inziens terecht.

8. De laatste vraag aan de rechtbank ziet op de toepassing van HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641 (*Mulder q.q./CLBN*). In dit geval is kennelijk een deel van de betalingen door aan de bank verpande debiteuren niet op de bankrekening van de crediteur zelf terechtgekomen, maar op rekeningen van – hoofdelijk verbonden – groepsvennootschappen. De curator legt Mulder q.q./CLBN heel strikt uit, in samenhang met HR 14 juni 2013, «JOR» 2013/264, m.nt. Faber (*ABN AMRO/Scheurs q.q.*), en stelt dat verrekning alleen is toegestaan als het bedrag op de rekening van de vennootschap is bijgeschreven op wiens naam de vordering staat. De rechtbank wil van deze beperking niet weten. Dat komt mij als juist voor in een geval als dit. Het bedrag is immers niet op een rekening van een derde binnengekomen, maar op een rekening van een verbonden vennootschap, waarover de verrekeningsbevoegdheid van de bank zich ook uitstrekt (zie de vorige alinea).

mr. dr. A.J. Tekstra

## 303

### Geen diepgaand onderzoek curator naar strafrechtelijk handelen bestuurder

Rechtbank Den Haag  
3 augustus 2021, zaaknr. F09/21/90,  
ECLI:NL:RBDHA:2021:8661  
(mr. Van Harten)  
Noot mr. S. Winkels-Koerselman

**Verzoek ex art. 69 Fw tot bevel aan curator een dieper dan gebruikelijk onderzoek te (laten) doen naar strafrechtelijk handelen door bestuurder en (ex-)leden van failliet. Verzoeker is geen schuldeiser als bedoeld in art. 69 Fw en verzoek ziet niet op boedelbelang. Niet-ontvankelijkheid. Onvoldoende aanknopingspunten voor nader onderzoek door curator.**

[Fw art. 68, 69]

*Met art. 69 Fw hebben onder meer schuldeisers de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de afwikkeling van een faillissement. Onder schuldeiser wordt verstaan iemand die dat reeds vóór de faillietverklaring was of wiens vordering in het faillissement verifieerbaar is. De primaire verantwoordelijkheid voor het beheer en afwikkeling van de boedel ligt bij de curator. Schuldeisers kunnen zich bij verzoek tot de rechter-commissaris wenden om op basis van art. 69 Fw op te komen tegen het beleid van de curator om fouten te doen herstellen of te voorkomen. Uitgangspunt hierbij is dat deze bevoegdheid toekomt aan schuldeisers én dat het beroep betrekking dient te hebben op boedelbelangen en niet slechts op eigen belangen.*

*Verzoeker heeft onvoldoende concreet toegelicht dat hij financiële aanspraken tegenover gefailleerde heeft. Het enkele gegeven dat verzoeker bij de curator een vordering op grond van onrechtmatig handelen door gefailleerde heeft ingediend, is daarvoor onvoldoende. Verzoeker kan niet worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van art. 69 Fw. Dit betekent dat verzoeker reeds hierom niet-ontvankelijk moet worden verklaard in zijn verzoek (om de curator te bevelen zijn onderzoek*

*niet te beperken tot dat wat gebruikelijk is in faillissementen, maar per direct en met spoed een breder en dieper onderzoek te (laten) doen naar strafrechtelijk handelen door zowel de bestuurder als (ex-)leden van gefailleerde, en daaruit voortvloeiend ander onrechtmatig of oneigenlijk handelen en nalaten). Daar komt bij dat het door verzoeker gewenste onderzoek in overwegende mate betrekking heeft op beweerdelijke misdrijven begaan tegenover individuen en daarmee op individuele belangen ziet en niet op het boedelbelang. Omdat het vereiste boedelbelang ontbreekt, is verzoeker ook om deze reden niet-ontvankelijk. Tot de taken van de curator behoort dat hij, binnen het daarvoor gestelde wettelijke kader van art. 68 Fw, beziet of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, bestaan onvoldoende aanknopingspunten dat de door verzoeker opgesomde beweerdelijke misdrijven tot het faillissement hebben geleid. Nader onderzoek door de curator op dit punt is daarmee binnen het kader van art. 68 lid 2 Fw dan ook niet aan de orde. Nog daargelaten dat onderzoek naar strafbare feiten niet op de weg van de curator ligt, maar op de weg van het Openbaar Ministerie.*

X,  
verzoeker,  
in het faillissement van de coöperatie *Coöperatieve Vereniging Briedis Jeugdbeschermers UA*.

### *1. Het procesverloop*

1.1. Bij vonnis van 1 juni 2021 is gefailleerde in staat van faillissement verklaard. Tot rechter-commissaris is benoemd mr. H.J. van Harten en als curator is aangesteld mr. B.J. Tideman, advocaat te Den Haag.

1.2. Verzoeker heeft zich tot de rechter-commissaris gericht met het verzoek om de curator te bevelen zijn onderzoek niet te beperken tot dat wat gebruikelijk is in faillissementen, maar per direct en met spoed een breder en dieper onderzoek te (laten) doen naar strafrechtelijk handelen door zowel de bestuurder als (ex-)leden van gefailleerde, en daaruit voortvloeiend ander onrechtmatig of oneigenlijk handelen en nalaten.

1.3. De curator heeft zich, in reactie op het verzoekschrift, op het standpunt gesteld dat hij zich

dient te beperken tot een onderzoek binnen de reikwijdte van artikel 68 lid 2 Faillissementswet (hierna: Fw). Daar komt bij dat volgens de curator verzoeker niet kan worden ontvangen in zijn verzoek, omdat hem vooralsnog niet duidelijk is of hij financiële aanspraken tegenover gefailleerde heeft. Zonder duidelijke onderbouwing van een vordering is er geen reden om verzoeker als schuldeiser aan te merken, aldus de curator.

### *2. De beoordeling*

#### *Ontvankelijkheid*

2.1. Het ingediende verzoekschrift is gebaseerd op artikel 69 Fw.

2.2. Met artikel 69 Fw hebben onder meer schuldeisers de mogelijkheid om invloed uit te oefenen op de afwikkeling van een faillissement. Onder schuldeiser wordt verstaan iemand die dat reeds vóór de faillietverklaring was of wiens vordering in het faillissement verifieerbaar is.

2.3. De primaire verantwoordelijkheid voor het beheer en afwikkeling van de boedel ligt bij de curator. De rechter-commissaris houdt daarop toezicht, gaat na of de curator zijn taak behoorlijk vervult en kan het beleid van de curator in volle omvang toetsen.

2.4. Schuldeisers kunnen zich bij verzoek tot de rechter-commissaris wenden om op basis van artikel 69 Fw op te komen tegen het beleid van de curator om fouten te doen herstellen of te voorkomen. Uitgangspunt hierbij is dat deze bevoegdheid toekomt aan schuldeisers én dat het beroep betrekking dient te hebben op boedelbelangen en niet slechts op eigen belangen.

2.5. Verzoeker stelt dat hij, samen met een aantal betrokken ouders, zich (vooralsnog pro forma en pro memorie) middels een vordering op grond van onrechtmatig handelen door gefailleerde bij de curator heeft gemeld als schuldeiser.

2.6. De curator stelt dat hij bij de huidige stand van zaken geen reden ziet om verzoeker als schuldeiser van failliet aan te merken. Bij gebreke van een duidelijk onderbouwde vordering is vooralsnog niet duidelijk of verzoeker financiële aanspraken heeft tegenover gefailleerde.

2.7. Naar het oordeel van de rechter-commissaris heeft verzoeker onvoldoende concreet toegelicht dat hij financiële aanspraken tegenover gefailleerde heeft. Het enkele gegeven dat verzoeker bij de curator een vordering op grond van onrechtmatig handelen door gefailleerde heeft ingediend is

daarvoor onvoldoende. Verzoeker kan niet worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van artikel 69 Fw. Dit betekent dat verzoeker reeds hierom niet ontvankelijk moet worden verklaard in zijn verzoek.

2.8. Daar komt bij dat het door verzoeker gewenste onderzoek in overwegende mate betrekking heeft op beweerdelijke misdrijven begaan tegenover individuen en daarmee op individuele belangen ziet en niet op het boedelbelang. Omdat het vereiste boedelbelang ontbreekt, is verzoeker ook om deze reden niet ontvankelijk.

#### *Ten overvloede, inhoudelijk*

2.9. Tot de taken van de curator behoort dat hij, binnen het daarvoor gestelde wettelijke kader van artikel 68 Fw, beziet of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoedigen of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Onderzoek hiernaar is het “gebruikelijk” onderzoek in dit verband. Stuit de curator bij dit onderzoek op (verdenking van) onregelmatigheden dan doet hij daarvan – in overleg met de rechter-commissaris – melding of aangifte bij de daarvoor geëigende instantie. Het is vervolgens aan die instantie (veelal het Openbaar Ministerie of de FIOD) om over te gaan tot mogelijk verder en meer diepgaand onderzoek. Zij zijn daar ook op toegerust, hebben daarvoor de vereiste bevoegdheden en dat traject voorziet in de nodige processuele waarborgen voor betrokkenen.

2.10. Het gebruikelijk onderzoek behelst, zoals hiervoor weergegeven, de vraag of (samengevat) sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt. Zonder nadere toelichting, die ontbreekt, bestaan onvoldoende aanknopingspunten dat de door verzoeker opgesomde beweerdelijke misdrijven tot het faillissement hebben geleid. Nader onderzoek door de curator op dit punt is daarmee binnen het kader van artikel 68 lid 2 Fw dan ook niet aan de orde. Nog daargelaten dat, zoals hiervoor al is overwogen, onderzoek naar strafbare feiten niet op de weg van de curator ligt, maar op de weg van het Openbaar Ministerie.

#### *3. De beslissing*

De rechter-commissaris

– verklaart verzoeker niet-ontvankelijk in zijn verzoek.

#### NOOT

1. Op 1 juni 2021 faillieert de Coöperatieve Vereniging Briedis Jeugdbeschermers UA (hierna: “Briedis”). Briedis biedt begeleiding bij de uitvoering van jeugdbeschermingsmaatregelen. Eén van de betrokken ouders dient bij de rechter-commissaris in het faillissement een verzoek in op grond van art. 69 Fw om de curator te bevelen zijn onderzoek niet te beperken tot dat wat gebruikelijk is in faillissementen, maar per direct en met spoed een breder en dieper onderzoek te (laten) doen naar strafrechtelijk handelen door zowel de bestuurder als (ex-)leden van Briedis, en daaruit voortvloeiend ander onrechtmatig handelen en nalaten.

2. De rechter-commissaris verklaart verzoeker niet-ontvankelijk, ten eerste omdat door verzoeker onvoldoende concreet is toegelicht dat hij financiële aanspraken tegenover gefailleerde heeft (r.o. 2.7). Oftewel, verzoeker heeft onvoldoende concreet toegelicht dat hij schuldeiser in het faillissement van Biedis is in de zin van art. 69 Fw.

3. Op grond van art. 69 lid 1 Fw kan iedere schuldeiser, de schuldeiserscommissie en ook de gefailleerde door het indienen van een verzoek bij de rechter-commissaris tegen elke handeling van de curator opkomen of van deze een bevel uitlokken dat de curator een bepaalde handeling verricht of een voorgenomen handeling nalaat. Met de term “schuldeiser” wordt bedoeld op degene die dat reeds vóór de faillietverklaring was of wiens vordering – in verband met HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) – anderszins in het faillissement verifieerbaar is (Zie Verstijlen, Tekst & Commentaar Insolventierecht, commentaar op art. 69 Fw onder punt 2). Een vordering op gefailleerde uit hoofde van onrechtmatige daad, gepleegd vóór datum faillissement, is in beginsel verifieerbaar in de zin van art. 26 Fw.

4. In deze casus heeft verzoeker de vordering op grond van onrechtmatig handelen door gefailleerde echter pro forma én pro memorie ingediend, zodat voor de curator onduidelijk was of verzoeker financiële aanspraken had tegenover gefailleerde. Dit is voor de rechter-commissaris reden om te oordelen dat verzoeker niet kan worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van art. 69 Fw. Om als schuldeiser in de zin van art. 69

Fw te kunnen worden aangemerkt, is het dus zaak om een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad bij de indiening ter verificatie in het faillissement afdoende te onderbouwen en te stellen en bewijzen welke schade daaruit zou zijn geleden.

5. Ten tweede overweegt de rechter-commissaris, dat verzoeker niet ontvankelijk is, omdat het door verzoeker gewenste onderzoek in overwegende mate betrekking heeft op beweerdelijke misdrijven begaan tegenover individuen en daarmee op individuele belangen ziet en niet op het vereiste boedelbelang (r.o. 2.8). De strekking van de regeling van art. 69 Fw brengt mee dat een verzoeker slechts die belangen aan de orde kan stellen die de curator uit hoofde van zijn taak dient te behartigen. Zie Verstijlen, Groene Serie Faillissementswet, aant. 6 bij art. 69 Fw. Volgens de rechter-commissaris is daarvan in dit geval geen sprake. Uit de uitspraak blijkt ook niet welk belang de gezamenlijke schuldeisers zouden (kunnen) hebben bij een onderzoek door de curator naar eventueel strafrechtelijk handelen door de bestuurder en (ex-)leden van gefailleerde jegens individuen.

6. Ten overvloede merkt de rechter-commissaris op dat tot het gebruikelijke onderzoek van de curator behoort om te bezien of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. Dit binnen het daarvoor gestelde wettelijke kader van art. 68 Fw, aldus de rechtbank. Als de curator bij dat onderzoek op (verdenking) van onregelmatigheden stuit, dan doet hij daarover – in overleg met de rechter-commissaris – melding of aangifte bij de daarvoor geëigende instantie (veelal het OM of de FIOD), die vervolgens kan beslissen over te gaan tot mogelijk verder en meer diepgaand onderzoek. Deze overweging ten overvloede van de rechter-commissaris komt mij juist voor en is in lijn met art. 68 lid 2 sub a en c Fw. Blijkens de memorie van toelichting wordt met de term “onregelmatigheden” in art. 68 lid 2 Fw bedoeld op het ontbreken van een adequate administratie, paulianeuze handelingen, onttrekkingen gedurende het faillissement en kennelijk onbehoorlijk bestuur, maar ook handelingen die als strafbare feiten kunnen gelden (MvT, *Kamerstukken II 2014/15*, 34253, 3, p. 13). De bepaling heeft alleen het oog op onregelmatigheden die het faillissement (mede) heb-

ben veroorzaakt, de vereffening bemoeilijken of het faillissementstekort vergroten. In de literatuur is de fraudesignalerende taak van de curator bekritiseerd, omdat het belang van de gezamenlijke schuldeisers in een faillissement niet altijd is gediend bij die taak (vgl. bijv. A.T.M. Adams, ‘Een (wettelijke) taak tot faillissementsfraudebestrijding: de negende tentakel van de curator?’, *MvO* 2017, p. 81-87 en S.A.G. Boots, ‘De Wet versterking positie curator: de curator als boedelredder en fraudebestrijder’, *Bb* 2017/72). Blijkens Rb. Rotterdam 21 juni 2017, «JOR» 2017/278, m.nt. Tekstra gaat de taak van de curator tot het doen van oorzakenonderzoek zelfs zo ver dat daarvoor een maatschappelijk belang kan bestaan, zelfs als de stand van de boedel zo is dat alle schuldeisers (volledig) betaald kunnen worden. De curator dient het maatschappelijk belang tot het doen van oorzakenonderzoek af te wegen tegen het belang van de boedel (lees: de gezamenlijke crediteuren). Het is niet aan curatoren om onderzoek te verrichten naar vermeende strafrechtelijke handelingen van gefailleerde, die verder los staan van de oorzaak van het faillissement. Curatoren zijn daarvoor niet opgeleid, hebben daartoe geen bevoegdheden en de gezamenlijke schuldeisers hebben daarbij in beginsel geen belang en zouden daarvan slechts de rekening betalen middels de omslag in de faillissementskosten.

mr. S. Winkels-Koerselman  
advocaat en partner bij Turnaround Advocaten te Best

## 304

**Prejudiciële vraag aan Hoge Raad: is WHOA van toepassing op pensioenpremievorderingen bedrijfstakpensioenfondsen?**

Rechtbank Amsterdam  
 23 augustus 2021, rekestnr. C/13/704064/FT  
 RK 21.587, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475  
 (mr. De Vos, mr. Bosch, mr. Van Emstede)  
 Noot mr. drs. J.L.M. Groenewegen

**WHOA. Prejudiciële vraag. Is op grond van art. 369 lid 4 Fw de WHOA van toepassing op vorderingen van de bedrijfspensioenfondsen in de zin van de Wet Bpf 2000 betreffende achterstallige pensioenpremies?**

[Fw art. 369 lid 4, 384 lid 2; Rv art. 392]

*Het onderwerp van geschil is of de vordering van betrokkene valt onder de reikwijdte van art. 369 lid 4 Fw. Verzoekster exploiteert een hotelbedrijf dat door de COVID-19-maatregelen is getroffen. Verzoekster heeft haar schuldeisers een akkoord aangeboden. Uit het stemverslag blijkt dat alle klassen hebben ingestemd met het akkoord. Betrokkene heeft een verzoek tot afwijzing van de homologatie gedaan op grond van de toepasselijkheid van één of meer afwijzingsgronden als bedoeld in art. 384 lid 2 Fw. Er is voldoende reden om een prejudiciële vraag te stellen. Uit de door betrokkene aangevoerde omstandigheden dat meerdere bedrijfstakpensioenfondsen – en dus niet slechts betrokkene – met dezelfde vraag zijn geconfronteerd in een WHOA-procedure, blijkt voldoende dat deze vraag de bedrijfstakpensioenfondsen in de zin van de Wet Bpf 2000 in het algemeen raakt. De Hoge Raad wordt ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing de volgende rechtsvraag gesteld: is op grond van art. 369 lid 4 Fw het in afdeling 2, titel 4 Fw bepaalde (de WHOA) van toepassing op vorderingen van de bedrijfspensioenfondsen in de zin van de Wet Bpf 2000 betreffende achterstallige pensioenpremies?*

X BV,  
 verzoekster,  
 advocaat: mr. E. Wallinga.

(...; red.)

**2. De standpunten**

2.1. Bij het (tussen)vonnis van 5 augustus 2021 zijn partijen op de voet van artikel 392 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) in de gelegenheid gesteld zich bij akte uit te laten over het voornemen van de rechtbank om de Hoge Raad rechtsvragen te stellen ter beantwoording bij wijze van prejudiciële beslissing alsmede over de inhoud van de te stellen vragen.

2.2. [verzoekster] en [betrokkene] hebben vervolgens een akte genomen.

2.3. [verzoekster] heeft – kort weergegeven – de volgende opmerkingen gemaakt:

2.3.1. [verzoekster] is van mening dat het stellen van een prejudiciële vraag niet noodzakelijk is aangezien er voldoende aanknopingspunten zijn om de vraag nu al negatief te beantwoorden. Immers de gebondenheid van het bedrijfstakpensioenfonds aan een gehomologeerd akkoord brengt geen (aanwijsbare) wijziging in de rechten van (individuele) werknemers van [verzoekster]. Daarmee is de uitzondering van artikel 369 lid 4 Fw niet van toepassing.

2.4. [betrokkene] heeft vervolgens – kort weergegeven – het volgende opgemerkt:

2.4.1. [betrokkene] kan zich vinden in het voornemen tot het stellen van prejudiciële vragen. [betrokkene] is inmiddels in meerdere WHOA procedures geconfronteerd met de vraag of pensioenpremies onder het bereik van de WHOA vallen. Verder heeft [betrokkene] vernomen dat ook andere pensioenfondsen met dezelfde vraag in WHOA procedures zijn geconfronteerd. [betrokkene] stelt voor de vraag te veralgemeniseren in die zin dat de vraag de positie behelst van “bedrijfstakpensioenfondsen in de zin van de wet Bpf 2000”. Verder verzoekt zij om aan de Hoge Raad ook een vraag voor te leggen met betrekking tot de beoordeling van de voor haar geldende “best interest of creditors test” als bedoeld in artikel 384 lid 3 Fw.

**3. De beoordeling**

3.1. Artikel 392 lid 3, eerste volzin, Rv schrijft voor dat de beslissing waarbij de vra(a)g(en) worden gesteld ook het onderwerp van geschil, de door de rechter vastgestelde feiten en de door partijen ingenomen standpunten vermeldt.

3.2. Het onderwerp van geschil is, kort gezegd, of de vordering van [betrokkene] valt onder de