

Tijdschrift voor CURATOREN

JAARGANG 11 - JANUARI 2024

1

mr. S.A.H.J. Warringa
Voorwoord

Aankondiging nieuwe rubriek: Aanstormend talent - scripties

Herhaalde aankondiging nieuwe vragenrubriek: De economie van de insolventie verklaard

mr. M.K. Tiemensma en mr. J.J. van Ee
Het faillissement van de (levens)verzekeraar: de polishouder en het hoger beroep tegen overdracht of wijziging van de verzekeringsovereenkomst

mr. E. Doornhein en mr. L.J.M. Bruggeman
Hoe ga je als curator om met (elektronische) patiëntendossiers in een faillissement?

mr. R. Cats
Wetswijziging WSNP: goede, niet altijd goed uitgewerkte bedoelingen

mr. J.J.P.T. van Summeren
De TerugQijQ
Interview van Reinier Quint en Hylke Brandsma, voormalig partners en curatoren bij Nysingh

mr. J. Wind
Rechtspraakoverzicht oktober tot en met december 2023

Tijdschrift voor CURATOREN

Uitgeverij Den Hollander BV
Postbus 325, 7400 AH Deventer
tel. 0570 - 751225
e-mail: info@denhollander.info
www.denhollander.info

Hoofredacteur
mr. S.A.H.J. Warringa (Ten Holter Noordam)

Redactie
mr. E.A.H. ten Berge (Cees Advocaten N.V.)
mr. M.H. Boersen (Bierman Advocaten)
mr. R. Cats (Rechtspraak)
mr. J.L. van den Heuvel (Florent)
mr. E. Loesberg
mr. dr. M.L.H. Reumers (Open Universiteit)
mr. J. Wind (SFV Online B.V.)
mr. dr. M.J. Noteboom (Bowmer Nuiten Noteboom
Advocaten)

Redactiesecretaris
mr. R. de Jong (BG.legal)

Contactadres redactie
dejong@bg.legal

Prijs abonnement
Een persoonlijk online abonnement € 510 excl. btw
(korting JIRA-leden € 10)

Nieuwe abonnementen
Nieuwe abonnementen kunnen via de website opgegeven.
Abonnementen kunnen worden gestart per 1 januari van een kalenderjaar. Valt de aanvraag van een abonnement niet samen met het begin van een kalenderjaar, wordt de prijs naar rato in rekening gebracht mits het abonnement in het daaropvolgende jaar eveneens wordt afgenomen. Abonnementen kunnen alleen schriftelijk tot 1 december van het lopende abonnementsjaar worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een kalenderjaar verlengd. Prijswijzigingen voorbehouden. Het tijdschrift is eveneens af te nemen via de content integrators Legal Intelligence en Rechtsorde bv (basistarief is voor 1-3 gebruikers = 2.9 x de abonnementsprijs van het tijdschrift). Wij merken elke medewerker van uw organisatie, die op het aan het tijdschrift gerelateerde rechtsgebied werkzaam is, aan als een gebruiker. Uitgangspunt is het aantal specialisten dat vermeld staat op de website van uw organisatie.

Adreswijziging
Bij adreswijziging wordt u verzocht deze zo spoedig mogelijk en bij voorkeur schriftelijk door te geven aan de uitgeverij onder vermelding van: adreswijziging Tijdschrift voor Curatoren

Beëindiging abonnement
Abonnementen kunnen alleen schriftelijk, tot 1 december van het lopende abonnementsjaar, worden opgezegd. Bij niet-tijdige opzegging wordt het abonnement automatisch voor een kalenderjaar verlengd.

Citeerwijze
TvCu 2024, nr. 1
ISSN: 2352-9040



JAARGANG 11 - JANUARI 2024 - NUMMER 1

3	<i>mr. S.A.H.J. Warringa</i> Voorwoord
5	Aankondiging nieuwe rubriek: Aanstormend talent - scripties
6	Herhaalde aankondiging nieuwe vragenrubriek: De economie van de insolventie verklaard
7	<i>mr. M.K. Tiemensma en mr. J.J. van Ee</i> Het faillissement van de (levens)verzekeraar: de polishouder en het hoger beroep tegen overdracht of wijziging van de verzekeringsovereenkomst
13	<i>mr. E. Doornhein en mr. L.J.M. Bruggeman</i> Hoe ga je als curator om met (elektronische) patiëntendossiers in een faillissement?
21	<i>mr. R. Cats</i> Wetswijziging WSNP: goede, niet altijd goed uitgewerkte bedoelingen
27	<i>mr. J.J.P.T. van Summeren</i> De TerugQijQ Interview van Reinier Quint en Hylke Brandsma, voormalig partners en curatoren bij Nysingh
30	<i>mr. J. Wind</i> Rechtspraakoverzicht oktober tot en met december 2023

Voorwoord

mr. S.A.H.J. Warringa¹

De afgelopen tijd heb ik zelf met enige regelmaat bestuurders bijgestaan die door een curator in rechte dreigden te worden betrokken. Daardoor kreeg ik te maken met de "*pilot horen*". Ter toelichting: De laatste jaren is in een aantal arrondissementen een "pilot" van start gegaan gericht op het horen van partijen wanneer een curator op grond van art. 68 lid 3 Fw toestemming aan de rechter-commissaris vraagt om te procederen.

Alhoewel ik daar de volledigheid mogelijk geweld aandoe, lijkt de oorsprong van deze pilot te liggen in een artikel van mrs. Frima en De Vos.² Zij maakten zich in 2019 hard voor het horen van partijen, onder meer gericht om de rechter-commissaris een vollediger en afgewogener beeld te geven wanneer een curator toestemming voor procederen verzocht. In dat kader pleitten zij voor een aanpassing in die lijn van art. 68 lid 3 Fw. Dat lijkt een logisch pleidooi. Immers, de invulling van art. 68 lid 3 Fw wijzigt fundamenteel door het vooraf horen van betrokken partijen bij een procedure door een rechter-commissaris. In dat kader verwijs ik naar de conclusie van Snijders.³

Sindsdien hebben langzaam meer rechtbanken deze pilot ingezet. Het zal niet verbazen dat Rotterdam (aan welke rechtbank Frima destijds verbonden was) en Amsterdam (De Vos) op de troepen vooruit liepen. Nu heeft ook Midden-Nederland hier medio 2023 een start mee gemaakt en staan (al dan niet langs de lijnen van de pilot) in ieder geval ook rechtbanken Den Haag, Gelderland en Noord-Holland open voor vooraf horen.

De invulling die aan deze pilot gegeven wordt, verschilt echter nogal van rechtbank tot rechtbank en van rechter-commissaris tot rechter-commissaris. Dat start al bij de setting. Is er sprake van een "rechtbank" opstelling, waarbij partijen in toga zitten, of is er sprake van een informelere setting? Het is van belang dat rechter-commissarissen, zij bepalen immers setting én toon, zich hier bewust van zijn. Want, die setting en de toon bepalen in belangrijke mate hoe de beoogde tegenpartij zich voelt en wat voor beeld hij van de setting krijgt. Wordt hij verhoord of gehoord?

Dat brengt me automatisch bij het doel van de bijeenkomst. Wat is de insteek? Meet een rechter-commissaris zich een bemiddelende rol aan, als mediator, om een procedure te voorkomen? Of is het doel van de pilot dat een rechter-commissaris door een completer beeld te krijgen van de voorliggende materie een beter en weloverwogen oordeel kan vormen over het al dan niet toestemming geven voor een procedure?

Daarbij is van belang om te focussen op de rol van de rechter-commissaris, namelijk die van een toezichthouder. Hoe A. van der Hoeven de taak van de rechter-commissaris al in 1891 beschreef in zijn proefschrift⁴, is minder achterhaald dan de ouderdom van zijn proefschrift doet vermoeden. Hij schreef dat hij meende dat de wetgever beoogd heeft dat een rechter-commissaris erop toeziet dat (i) een curator zijn bevoegdheden niet overschrijdt en dat (ii) een curator met enige snelheid zal handelen.

In de praktijk kan echter in algemeenheid gezegd worden dat de rol van een rechter-commissaris veel verder gaat. Daar valt het nodige van te vinden, waar ik in het kader van dit voorwoord niet op in zal gaan. Het zou bijdragen aan rechtszekerheid en duidelijkheid wanneer er een leidraad komt, ook gedurende de looptijd van de pilot, met betrekking tot het horen in het kader van art. 68 lid 3 Fw.

Het is duidelijk dat rechter-commissarissen daar ook zelf diverse opvattingen over hebben. In het kader van het horen ex art. 68 lid 3 Fw zijn er rechter-commissarissen die zich als mediator opstellen, of een bestuurder aan een kruisverhoor onderwerpen als ware het een bijeenkomst in het kader van art. 105 Fw, rechter-commissarissen die graag van partijen gezamenlijk horen of er toch nog enige beweging in de voorgelegde kwestie buiten zijn of haar aanwezigheid komt. Of nadrukkelijk de curator als enig aanspreekpunt zien.

Frima en De Vos schreven onder meer "*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?*"

1. Sjoerd Warringa is advocaat bij Ten Holter Noordam advocaten te Rotterdam.

2. J.C.A.T. Frima en A.E. de Vos, 'Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?', FIP 2019/7

3. G. Snijders, ECLI:PHR:2022:384

4. A. van der Hoeven, De Rechter-Commissaris in het Faillissement, Leiden 1891, p. 30

Ik kan noch ga een antwoord geven op deze vragen. Wat ik wel kan en doe, is hierbij de suggestie geven een leidraad te maken voor voornoemde pilot. Die duidelijk maakt wat de bedoeling is van een horen van een beoogde tegenpartij van een curator. En wat de rol van de rechter-commissaris daarin is. Dat zal bijdragen aan duidelijkheid voor curator, beoogde tegenpartij én rechter-commissaris. Die zich uiteindelijk ook comfortabel zou moeten voelen bij een kader.

Aankondiging nieuwe rubriek: Aanstormend talent - scripties

De redactie van het *Tijdschrift voor Curatoren* wil recent afgestudeerden een podium bieden voor hun talent. Daartoe is de redactie op zoek naar enthousiaste afgestudeerden die hun insolventierechtelijke of goederenrechtelijke scripties zouden willen omzetten in een artikel, dat kan worden gepubliceerd in dit tijdschrift. Betrokkenen kunnen zichzelf melden bij de redactie, maar voordrachten zijn ook welkom. De redactie zal vervolgens contact opnemen met de betrokkene.

Het artikel dient een omvang te hebben van mini-

maal 2000 en maximaal 3000 woorden, exclusief voetnoten. In het artikel dient de essentie van de scriptie voor het voetlicht te worden gebracht.

Oproep

De redactie roept lezers op om voorstellen voor artikelen in te sturen aan Marike Boersen (boersen@bierman.nl) of Michele Reumers (michele.reumers@ou.nl).

Wij horen graag!

Herhaalde aankondiging nieuwe vragenrubriek: De economie van de insolventie verklaard

Bij de beoefening van het insolventierecht komen niet alleen juridische vragen voorbij, maar regelmatig ook vragen van financiële aard. Dat verbaast niet, nu insolventie de toestand aangeeft van de schuldenaar die in substantiële financiële problemen verkeert. Die financiële vragen kunnen betrekking hebben op bijvoorbeeld de bedrijfseconomische kant van de WHOA, financiële indicatoren voor discontinuïteit en de opzet van een financiële administratie. Kortom vragen die verband houden met de financiële kant van de afwikkeling van faillissementen, surseances en schuldsaneringen of die opkomen in reorganisatietrajecten.

De economie van de insolventie verklaard

De redactie heeft daarom een nieuwe rubriek gestart waarbij lezers financiële vragen verband houdend met insolventie van een schuldenaar kunnen stellen aan financieel deskundigen. De nieuwe vragenrubriek heeft als naam: 'De economie van de insolventie verklaard'. In het volgende nummer van dit tijdschrift zal de eerste vraag worden beantwoord.

Financieel specialisten

De redactie heeft drie financieel specialisten met ieder hun eigen aandachtsgebieden bereid gevonden de lezersvragen te beantwoorden. Het betreft de volgende specialisten:

- Jan Adriaanse (hoogleraar Turnaround Management verbonden aan de afdeling Bedrijfswetenschappen van de Universiteit Leiden),
- Peter Schimmel (forensische accountant en drijvende kracht achter deskundigenonderzoek.nl) en
- Pieter Christaan van Prooijen (partner bij Hermes Advisory).

Oproep

De redactie roept lezers op om (praktijk)vragen in te sturen via: noteboom@bnnlegal.nl.

De selectie van de ingestuurde vragen zal plaatsvinden door de heren Adriaanse, Van Prooijen en Schimmel. Over de selectie kan niet worden gecorrespondeerd.

Wij horen graag!

Het faillissement van de (levens)verzekeraar: de polishouder en het hoger beroep tegen overdracht of wijziging van de verzekeringsovereenkomst

mr. M.K. Tiemensma en mr. J.J. van Ee¹

De Vereniging voor Jonge Insolventierecht Advocaten (de Vereniging JIRA) organiseert vijf keer per jaar lezingen voor haar leden. Op 30 november 2023 kwam Willem Jan van Andel spreken over zijn ervaringen als co-curator in het in 2020 uitgesproken faillissement van Nederlandsche Algemeene Maatschappij van Levensverzekering "Conservatrix" N.V. (Conservatrix).² Dit faillissement is even spraakmakend als uniek, omdat het de eerste verzekeringsmaatschappij is die in Nederland failliet is verklaard sinds de inwerkingtreding van de Wet herstel en afwikkeling van verzekeraars (Whav) op 1 januari 2019.³ Het bijzondere karakter van dit faillissement (en de bevoegenheid waarmee Van Andel vertelde over zijn ervaringen) wakkerde bij de schrijvers van dit artikel het idee aan om de Whav onder de loep te nemen en om – meer in het bijzonder – enkele wijzigingen die de Whav voor de Faillissementswet (Fw) heeft meegebracht eens nader te bestuderen. De beschouwingen in dit artikel staan verder los van het faillissement van Conservatrix en de ervaringen van Van Andel.

1. De Whav

De Whav is op 1 januari 2019 in werking getreden, waarmee een nieuw afwikkelingskader werd geïntroduceerd voor verzekeraars. De bestaande Wet bijzondere maatregelen financiële ondernemingen werd daarmee vervangen.⁴ De Faillissementswet is onder de Whav uitgebreid met een aantal nieuwe wetsartikelen (met name te vinden vanaf artikel 212hgb e.v. Fw). Daarnaast is een aantal wetsartikelen van de Faillissementswet gewijzigd. Het faillissement van Conservatrix is het eerste faillissement van een (levens)verzekeraar dat sinds de inwerkingtreding van de Whav is uitgesproken. Het faillissement is op 7 december 2020 op verzoek van de Nederlandsche Bank (DNB) uitgesproken. DNB had een verzoekschrift ingediend op grond van artikel 213abis Fw, dat aan DNB de exclusieve bevoegdheid geeft om bij de rechtbank Amsterdam het faillissement te verzoeken van een verzekeraar indien is voldaan aan de voorwaarden van artikel 3A:85 lid 1a en b van de Wet op financieel toezicht.⁵

De Whav is door de wetgever ontworpen met oog op een toenemende druk op (onder meer) de levensverzekeringssector, waar ten tijde van het ontwerp het

premievolume en de winstgevendheid al een aantal jaren terugliep.⁶ De wetgever achtte het noodzakelijk om het toen bestaande instrumentarium ten aanzien van herstel en afwikkeling van (insolvente) verzekeraars aan te passen, te versterken en uit te breiden, aangezien dat bestaande instrumentarium niet meer toereikend zou zijn om haar doelen te bereiken.⁷ De wetgever was zich daarbij bewust van de maatschappelijke onrust die een ongecontroleerde afwikkeling van een (levens)verzekeraar tot gevolg zou kunnen hebben. Bij het ontwerpen van de Whav heeft de wetgever zich onder meer laten inspireren door de *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* van de Financial Stability Board van de G20.⁸ De Financial Stability Board heeft als doel de financiële stabiliteit op internationaal niveau te bevorderen. Dat doet zij onder meer door samen te werken met nationale en internationale financiële en/of toezichthoudende autoriteiten en organen.⁹ De *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions* is een voorbeeld van een richtlijn die is ontwikkeld in lijn met dat doel.

Met deze *Key Attributes* schrijft de Financial Stability Board het doel van een effectief afwikkelingssysteem voor:

1. Milou Tiemensma is bestuurslid bij Vereniging JIRA en advocaat bij Ten Holter Noordam Advocaten. Jonathan van Ee is ook bestuurslid bij Vereniging JIRA en advocaat en curator bij CMS. Dit artikel is afgesloten op 12 januari 2024.
2. Willem Jan van Andel is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht en werd samen met zijn kantoorgenoot Noor Zetteler tot curator aangesteld.
3. Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten in verband met de herziening van het kader voor herstel en afwikkeling van verzekeraars, (Stb.

2018, 489); Koninklijk besluit inwerkingtreding: Stb. 2018/491.

4. Stb. 2012, 241.
5. R. Konterman & P.F.M. van der Meer Mohr, *Het rapport Evaluatiecommissie Conservatrix*, 2021, p. 135.
6. *Kamerstukken II* 2017/2018, 34842, nr. 3, p. 1 (MvT).
7. *Kamerstukken II* 2017/2018, 34842, nr. 3, p. 2 (MvT).
8. *Kamerstukken II* 2017/2018, 34842, nr. 3, p. 2-3 (MvT).
9. <https://www.fsb.org/work-of-the-fsb/>, geraadpleegd op 12 januari 2024.

*"The objective of an effective resolution regime is to make feasible the resolution of financial institutions without severe systemic disruption and without exposing taxpayers to loss, while protecting vital economic function through mechanisms which make it possible for shareholders and uninsured creditors to absorb losses in a manner that respects the hierarchy of claims in liquidation."*⁹

Daarnaast formuleert de Financial Stability Board een aantal kernelementen die een goed werkend afwikkelingsregime in ieder geval zou moeten bevatten om het hierboven omschreven doel te kunnen bereiken. Een belangrijk kernelement is de bescherming van de rechten van polishouders.¹⁰ De wetgever merkt over deze bescherming van polishouders op dat polishouders niet onder alle omstandigheden beschermd (kunnen) zijn, zodat het ook zo kan zijn dat polishouders verliezen moeten absorberen.¹¹ Een ander belangrijk kernelement dat de Financial Stability Board identificeert, betreft de kernelementen van snelheid, transparantie en voorspelbaarheid.¹² Deze kernelementen komen samen maar botsen ook onder meer in de artikelen 213aga en 213agb Fw. Voornoemde artikelen zijn met de Whav geïntroduceerd en worden hierna toegelicht.

2. 213aga en 213agb Fw en probleemstelling0

Volgens de wetgever is het voor polishouders van een levensverzekering doorgaans gunstiger als de polis wordt uitgediend dan wanneer de polishouder een uitkering op zijn vordering ontvangt nadat de activa in de boedel te gelde zijn gemaakt, ook als dit een korting van de rechten van die polishouders inhoudt.¹³ Polishouders zouden te maken kunnen krijgen met schade als ze de 'faillissementswaarde' van hun vordering uitgekeerd zouden krijgen en een nieuwe verzekeringsovereenkomst zouden moeten afsluiten. De nieuwe verzekeraar zal vervolgens kosten in rekening brengen om het levensverzekeringscontract uit te voeren, zodat de polishouder daarvoor meer kosten maakt dan wanneer de oorspronkelijke verzekering zou worden voortgezet bij de bestaande verzekeraar. In een dergelijk geval is het beter als de verzekeringsovereenkomst wordt overgedragen aan een andere verzekeraar en daar wordt uitgediend, ook als dit een korting van de rechten van de polishouder inhoudt. Daarbij merken wij op dat dit 'voordeel' vanzelfsprekend - wat ons betreft - alleen maar kan gelden naar gelang die korting een

kleiner financieel nadeel betekent dan de schade die de polishouder lijdt bij het moeten afsluiten van een nieuwe levensverzekering.

Om die reden bieden de artikelen 213aga en 213agb Fw mogelijkheden om de positie van een verzekeraar onder bestaande verzekeringsovereenkomsten aan een derde over te dragen en om bij de overgang van die positie de desbetreffende verzekeringsovereenkomst te wijzigen. De curator kan op basis van deze artikelen de overgang van een volledige verzekeringsportefeuille bewerkstelligen en daarbij tegelijkertijd de verzekeringsovereenkomsten wijzigen.

Om de verzekeringsovereenkomsten te kunnen overdragen heeft de curator een machtiging van de rechtbank nodig op grond van artikel 213aga Fw. De machtiging van de rechtbank komt in de plaats van de toestemming of medewerking van een ander dan de derde, zodat de machtiging in de plaats komt van de medewerking van de betrokken polishouders die bij een normale contractoverneming ex artikel 6:159 BW vereist zou zijn. De curator heeft op basis van dit mechanisme de optie om verzekeringsportefeuilles in het geheel of gedeeltelijk over te dragen aan een andere verzekeraar.

De machtiging kan door de rechtbank worden verleend direct bij het uitspreken van het faillissement. Uitsluitend DNB kan (op grond van artikel 213abis Fw) de rechtbank Amsterdam verzoeken om het faillissement van een verzekeraar uit te spreken. De wettekst laat in het midden wie voorafgaand aan de faillietverklaring om een dergelijke machtiging zal moeten verzoeken of dat de rechtbank ook een ambtshalve bevoegdheid (of zelfs verplichting) heeft om dat te doen. Hoe dan ook heeft de curator zelf na het uitspreken van het faillissement nog de mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken de machtiging te verlenen. De Memorie van Toelichting lijkt ervan uit te gaan dat een verzoek tot machtiging altijd van de curator zal moeten komen: *"Overgang is slechts mogelijk nadat de curator de rechtbank daarom heeft verzocht, en de rechtbank daarvoor toestemming heeft gegeven."*¹⁴ Het wekt overigens verwarring dat hier wordt gesproken over 'toestemming' in plaats van 'machtiging'. De machtiging is op zichzelf geen toestemming maar komt in de plaats van de toestemming van de polishouder voor de overdracht van de specifieke verzekeringsovereenkomst.

Artikel 213agb Fw biedt de curator de mogelijkheid om – wanneer hij daartoe een machtiging van de

10. Financial Stability Board, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 October 2014, te raadplegen via: <https://www.fsb.org/2014/10/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions-2/>, p. 3: "protect, where applicable and in coordination with the relevant insurance schemes and arrangements such depositors, insurance policy holders and investors as are covered by such schemes and arrangements, and ensure the rapid return of segregated client assets."

11. *Kamerstukken II 2017/2018, 34842, nr. 3, p. 3 (MvT).*

12. Financial Stability Board, *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, 15 October 2014, te raadplegen via: <https://www.fsb.org/2014/10/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions-2/>, p. 3: "provide for speed and transparency and as much predictability as possible through legal and procedural clarity and advanced planning for orderly resolution."

13. *Kamerstukken II 2017/2018, 34842, nr. 3, p. 20 (MvT);* H. Bais, 'Commentaar op art. 213aga Fw', in: J.L.M. Groenewegen e.a. (red.), *T&C Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2022.

14. *Kamerstukken II 2017/2018, 34842, nr. 3, p. 117 (MvT).*

rechtbank krijgt – een verzekeringsovereenkomst te wijzigen. Uit de wettekst lijkt te volgen dat een dergelijke wijziging alleen mogelijk is bij een overgang van de verzekeringsovereenkomst zoals bedoeld in artikel 213aga Fw. De Memorie van Toelichting bij artikel 213agb Fw suggereert echter dat artikel 213agb Fw ook buiten die gevallen kan plaatsvinden: "Zie ook het algemene gedeelte van deze toelichting en, voor zover de wijziging plaatsvindt in het kader van een overgang van verzekeringsovereenkomsten, ook de toelichting op artikel 213aga Fw (onderstreping toegevoegd door auteurs)."¹⁵ De reikwijdte van de situaties waarin de machtiging kan worden verstrekt is dus niet meteen duidelijk.

De machtiging ex artikel 213agb Fw wordt direct verleend bij het uitspreken van het faillissement of daarna op verzoek van de curator. In dat laatste geval schrijft lid 4 voor dat de rechtbank het verzoek met de meeste spoed behandelt op een niet openbare terechtzitting op de voet van rechtspleging in burgerlijke zaken en DNB dient te worden gehoord.

Met de artikelen 213aga en 213agb Fw wordt de curator instrumenten gegeven om ten behoeve van de polishouders de verzekeringsovereenkomsten voort te zetten dan wel aan te passen. De bepalingen lijken voornamelijk de kernelementen snelheid, transparantie en voorspelbaarheid te dienen, omdat het instrumentarium de curator de mogelijkheid biedt om relatief snel verzekeringsportefeuilles in het geheel over te dragen aan een andere verzekeraar. Maar is in de regeling wel voldoende aandacht besteed aan het kernelement van de bescherming van polishouders? Met andere woorden: zijn er wel genoeg waarborgen om de belangen van individuele polishouders te beschermen?

De belangrijkste waarborg die is ingebouwd om de belangen van de polishouders te beschermen bij een door de curator bewerkstelligde overgang, is de vereiste machtiging van de rechtbank. Die machtiging zal voorafgaand aan de overgang en/of korting moeten worden verleend. Daarnaast dient DNB te worden gehoord bij een verzoek ex artikel 213agb lid 4 Fw. Het lot van de *individuele* polishouder ligt dus in handen van DNB en de rechtbank zal – naar wij verwachten – kijken naar het belang van de *gezamenlijke* polishouders en wellicht ook naar de belangen van de *gezamenlijke* schuldeisers.¹⁶ De belangen van *individuele* polishouders enerzijds en *gezamenlijke* polishouders en *gezamenlijke* schuldeisers anderzijds hoeven niet per se parallel aan elkaar te lopen. Bovendien is het verzoek tot machtiging een oordeel aan de poort. Nadat de machtiging is gegeven staat het de curator vrij om – binnen de grenzen van de machtiging – verzekeringsovereenkomsten over te dragen en de rechten van polishouders daaronder te korten. Dat lijkt ons onvoldoende bescherming voor de *individuele* polishouder die het

niet eens is met de keuze van de curator voor een specifieke verzekeraar of de voorwaarden waaronder de polishouder wordt verplicht om bij die verzekeraar de verzekeringsovereenkomst voort te zetten en nodigt uit om te onderzoeken of die conclusie juist is. Een manier om te beantwoorden aan het kernelement van de bescherming van polishouders zou kunnen worden gevonden in een mogelijkheid voor *individuele* polishouders om in hoger beroep te kunnen tegen de beslissing van de rechtbank om een machtiging te verlenen. De (Faillissements)wet lijkt echter geen expliciete mogelijkheid te bieden om in hoger beroep te komen. Dat verdient wat ons betreft een nadere beschouwing en overweging.

3. Onze visie

In onze visie is hoger beroep tegen een machtiging ex artikelen 213aga en 213agb Fw mogelijk. Wij lichten dit hierna nader toe, waarbij wij allereerst stilstaan bij argumenten waarom hoger beroep niet mogelijk zou zijn. Daarna lichten wij toe waarom wij het daar niet mee eens zijn en waarom hoger beroep wat ons betreft wél mogelijk is.

Geen hoger beroep

Het voornaamste argument om te stellen dat hoger beroep tegen een machtiging op grond van de artikelen 213aga en 213agb Fw niet mogelijk is, is dat de Faillissementswet een gesloten stelsel van rechtsmiddelen heeft.¹⁷ Dit houdt derhalve in dat als in de Faillissementswet niet een (expliciete) mogelijkheid is opgenomen om tegen een beslissing, beschikking, machtiging en/of uitspraak van het faillissement op te komen, dit ook niet mogelijk is.

In de artikelen 213aga en 213agb Fw is niet de mogelijkheid van hoger beroep – of een soortgelijk rechtsmiddel – opgenomen. Er zou kunnen worden beargumenteerd dat artikel 67 Fw van toepassing is op deze artikelen. In artikel 67 lid 1 Fw is de mogelijkheid van hoger beroep tegen een beschikking van de rechter-commissaris vastgelegd. In de artikelen 213aga en 213agb Fw is echter sprake van een machtiging die door de rechtbank wordt gegeven en niet door de rechter-commissaris. Verder staat artikel 67 lid 1 Fw alleen open voor beschikkingen, terwijl de vraag kan worden gesteld of de machtiging ex artikelen 213aga en 213agb Fw als een beschikking kan worden aangemerkt.

Het begrip 'beschikking' wordt in de Faillissementswet niet gedefinieerd. Door de Hoge Raad is echter een criterium gegeven om te bepalen of sprake is van een beschikking. Op basis van dit criterium is sprake van een beschikking als de rechter-commissaris iets heeft kunnen beslissen naar aanleiding van een verzoek dat in aanmerking komt voor een beslissing op

15. Kamerstukken II 2017/2018, 34842, nr. 3, p. 117 (MvT).

16. Zie ook Rb. Amsterdam 30 november 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:7475, waarin de rechtbank het verzoek ex

213agb Fw voornamelijk vanuit het perspectief van de gezamenlijke schuldeisers beoordeelt.

17. HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5550; HR 20 april 2007, ECLI:NL:2007:BA3413, NJ 2007/24; Wessels Insolventierecht I, 2018/1261 en 1389.

grond van de Faillissementswet.¹⁸ Uit de jurisprudentie volgt verder dat de volgende 'beslissingen' niet onder het criterium vallen en derhalve niet als beschikking kwalificeren: "gevallen waarin (i) de rechter-commissaris helemaal niets beslist, (ii) een door de wet bepaaldelijk voorgeschreven beslissing geeft en (iii) de rechtsgevolgen van de beslissing op andere wijze kunnen en moeten worden aangetast dan door beroep tegen die beslissing."¹⁹

Een machtiging ex de artikelen 213aga en 213agb Fw kan (i) tegelijk met het uitspreken van het faillissement óf (ii) op verzoek van de curator na faillietverklaring. Bij optie (ii) is sprake van een verzoek, waardoor kan worden gesteld dat dit een beschikking is. Bij optie (i) is dat niet zeker. Het grote verschil blijft echter de instantie, nu de machtiging ex artikelen 213aga en 213agb Fw door de rechtbank wordt gegeven en een beschikking door een rechter-commissaris wordt gegeven.

Het lijkt er dan ook op dat artikel 67 Fw niet rechtstreeks van toepassing is voor de artikelen 213aga en 213agb Fw en dat alleen over een parallel kan worden gesproken om te bepalen of hoger beroep tegen deze artikelen op basis van artikel 67 Fw mogelijk is.

Wél hoger beroep

In onze visie heeft de wetgever – ondanks het gestelde stelsel van rechtsmiddelen in de Faillissementswet – wel bedoeld de mogelijkheid van hoger beroep te creëren tegen de machtiging op grond van de artikelen 213aga lid 1 en 213agb Fw en is hoger beroep dus wél mogelijk. De reden hiervoor is als volgt.

In artikel 213ah Fw is vastgelegd dat een beschikking in de zin van artikelen 213aga lid 1 en 213agb Fw uitvoerbaar bij voorraad is. De betekenis van een uitvoerbaar bij voorraadverklaring is dat een beslissing van de rechtbank onmiddellijk kan worden uitgevoerd, ondanks het gegeven dat er nog een rechtsmiddel tegenin kan worden gesteld (artikel 233 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, **Rv**).²⁰ De mogelijkheid van een uitvoerbaar bij voorraadverklaring is in Rv dan ook ingevoerd om te voorkomen dat een partij moet wachten tot het vonnis in gezag van gewijsde is gegaan én dat de executie niet kan worden aangevangen als een rechtsmiddel is ingesteld tegen het vonnis (artikel 350 lid 1 en 404 Rv).²¹

Nu in artikel 213ah Fw specifiek is vastgelegd dat de machtiging ex artikelen 213aga en 213agb Fw uitvoerbaar bij voorraad is, lijkt het de bedoeling te zijn geweest van de wetgever om de mogelijkheid te bieden om met een rechtsmiddel tegen deze machtiging op te komen. Anders is het de vraag wat de noodzaak is geweest voor de wetgever van het opnemen van een

artikel 213ah Fw.

Een tweede argument kan wat ons betreft worden gevonden in artikel 212hi lid 2 Fw. Dit artikel staat opgenomen in Afdeling 11AA van de Faillissementswet en regelt het faillissement van een bank. Artikel 212hi lid 2 Fw sluit expliciet artikel 10 Fw uit, zodat de wetgever hier een expliciete keuze heeft gemaakt om de mogelijkheid van verzet uit te sluiten. *A contrario* zou dit betekenen dat de wetgever expliciet de keuze heeft gemaakt om – in ieder geval ten aanzien van een faillissement van een bank zoals bedoeld in Afdeling 11AA van de Fw – de mogelijkheid van hoger beroep *niet* uit te sluiten en dus open te houden.

Artikel 212hi Fw is de evenknie van artikel 213ah Fw. De wetgever heeft ten aanzien van artikel 213ah Fw in het geheel afgezien van het opnemen van het equivalent van artikel 212hi lid 2 Fw, waarmee de mogelijkheid tot verzet zou worden uitgesloten. Wanneer de bovenstaande redenering wordt gevolgd voor artikel 213ah Fw, leidt dat wat ons betreft tot de conclusie dat de wetgever er bewust voor heeft gekozen om de mogelijkheid van hoger beroep *niet* uit te sluiten en dus open te houden.

Ontvankelijkheid

Indien wordt meegegaan in onze visie dat hoger beroep tegen de machtiging van de rechtbank op grond van de artikelen 213aga lid 1 en 213agb Fw mogelijk is, rijst vervolgens de vraag welke partijen dit recht toekomt. De machtiging wordt namelijk gegeven door de rechtbank en is gericht aan DNB óf de curator. Er zou dan ook kunnen worden gesteld dat alleen DNB en de curator in hoger beroep kunnen, als partijen die bij de machtiging rechtstreeks zijn betrokken. Wij vinden echter dat juist ook polishouders in hoger beroep moeten kunnen tegen deze machtiging, omdat de waarborgen voor *individuele* polishouders wat ons betreft onvoldoende zijn. Dit lichten wij als volgt toe.

Zoals hiervoor is toegelicht, lijkt artikel 67 Fw niet van toepassing te zijn op artikelen 213aga lid 1 en 213agb Fw. Toch willen wij de parallel met artikel 67 Fw in ieder geval doortrekken voor de vraag wie in hoger beroep kan, nu voor ontvankelijkheid van partijen dit artikel een strikte toets hanteert. Het recht van hoger beroep op grond van artikel 67 Fw komt namelijk slechts toe aan twee categorieën belanghebbenden. Deze categorieën moeten worden aangemerkt als (i) degene die 'partij' is bij de beschikking, waarmee degene wordt bedoeld die het tot de beschikking leidende verzoek aan de rechter-commissaris heeft ingediend en (ii) degene tot wie de beschikking is gericht.²² Indien dezelfde categorieën

18. Zie: HR 27 augustus 1943, NJ 1943/680.

19. F.M.J. Verstijlen, 'Artikel 67 Faillissementswet', in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Faillissementswet*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 1.1; HR 19 mei 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0787, NJ 1989/784, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Loven Truck/Hoyng*) en HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4143, NJ 2004/253 (*Shurgard/Tideman q.q.*).

20. P. de Bruin, 'Artikel 233 Burgerlijke Rechtsvordering', in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 1.

21. P. de Bruin, 'Artikel 233 Burgerlijke Rechtsvordering', in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 1.

22. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4558, NJ 2013/173 (*S./Hoppenbrouwers q.q.*).

zouden worden gehanteerd voor hoger beroep tegen de machtiging ex artikelen 213aga en/of 213agb Fw, geldt dat de curator zelf hoger beroep kan instellen én de partijen die onderdeel zijn van de overeenkomst waar de machtiging op ziet. Dit zou inhouden dat iedere polishouder in hoger beroep kan tegen de machtiging van de rechter-commissaris.

In artikelen 213aga en 213agb Fw heeft de wetgever er bewust voor gekozen om alleen machtiging van de rechtbank als vereiste op te nemen. Er is derhalve geen toestemming van derden, zoals bijvoorbeeld de polishouder of wederpartij bij de verzekeringsovereenkomst, noodzakelijk.²³ De reden hiervan is dat dit ondoenlijk zou zijn – aldus de wetgever – nu het veel tijd vergt en daarnaast niet praktisch is omdat de situatie zich kan voordoen dat de ene polishouder wél toestemming verleent en de andere polishouder niet.²⁴ Indien voor de ontvankelijkheid van het hoger beroep de parallel wordt getrokken met artikel 67 lid 1 Fw zouden deze partijen geen toestemming hoeven te verlenen voor het machtigingsverzoek, maar vervolgens wél in hoger beroep kunnen tegen de beslissing omtrent machtiging omdat de partijen moeten worden aangemerkt als degene tot wie de beslissing is gericht aangezien de machtiging ingrijpende gevolgen heeft voor hun overeenkomst. Dit lijkt niet in lijn met de visie van de wetgever bij de artikelen 213aga en 213agb Fw, nu de wetgever er bewust voor heeft gekozen het standpunt van de individuele polishouder (in eerste instantie) niet bij de verlening van de machtiging te betrekken.²⁵

Hoewel dat niet in lijn lijkt met de visie van de wetgever, is onze visie toch dat óók polishouders in hoger beroep moeten kunnen komen tegen de machtiging ex artikelen 213aga en 213agb Fw. De bescherming van polishouders is een belangrijk doel in de Whav, wordt door de Financial Stability Board als kernelement van een effectief afwikkelstelsel aangemerkt en moet derhalve ook in het oog worden gehouden bij een faillissement van een verzekeraar. Het is begrijpelijk dat de wetgever ervoor heeft gekozen de toestemming van polishouders niet als vereiste op te nemen voor machtiging op grond van artikelen 213aga en 213agb Fw, omdat op dat moment snel moet kunnen worden gehandeld, een ander kernelement. Een hoger beroep-procedure is echter een volledig ander soort procedure, waarbij wij vinden dat – voornamelijk om de belangen van de *individuele* polishouders te waarborgen – polishouders hier wél gebruik van moeten kunnen maken. Anders dan bij toestemming door polishouders vooraf, doet de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen weinig tot geen afbreuk aan de kernelementen snelheid, transparantie en voorspelbaarheid. Het zal ondoenlijk zijn om vooraf toestemming te halen van alle polishouders, terwijl het minder snel te verwachten valt dat alle polishouders *en masse* hoger beroep zullen instellen tegen de overgang of wijziging van hun verzekeringsovereenkomst. De meeste polishouders

zullen immers gebaat zijn bij de soepele overgang van hun verzekeringsovereenkomst, ook als dat in beperkte mate een wijziging meebrengt. Juist voor de uitzonderingsgevallen zou er voor een *individuele* polishouder dan de mogelijkheid moeten zijn tot hoger beroep.

4. Conclusie

De Whav is op 1 januari 2019 in werking getreden en heeft een aantal wijzigingen en uitbreidingen voor de Faillissementswet met zich gebracht. De wetgever heeft zich daarbij gebaseerd op de door de Financial Stability Board van de G20 geformuleerde *Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions*, op basis waarvan de wetgever onder meer de bescherming van polishouders, snelheid, transparantie en voorspelbaarheid als kernelementen identificeert.

De curator heeft op grond van de nieuwe artikelen 213aga en 213agb Fw de mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken om een machtiging te verlenen een verzekeringsovereenkomst over te dragen en/of te wijzigen. De machtiging komt dan in de plaats van de medewerking van de polishouders die bij een normale contractoverneming ex artikel 6:159 BW vereist zou zijn. De machtiging kan ook al bij het uitspreken van het faillissement worden verleend.

Wij vroegen ons af of de individuele polishouder voldoende wordt beschermd bij de toepassing van de artikelen 213aga en 213agb Fw en vroegen ons af of het niet mogelijk zou moeten zijn voor individuele polishouders om in hoger beroep te komen tegen de machtigingen van de rechtbank.

Op het eerste gezicht lijkt hoger beroep niet mogelijk gelet op het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in de Faillissementswet. De mogelijkheid om in hoger beroep te komen tegen de machtigingen van de rechtbank is niet expliciet opgenomen in de wet. Ook een integrale parallelle toepassing van artikel 67 Fw lijkt om verschillende redenen niet mogelijk.

Wij menen dat de wetgever echter wél bedoeld heeft om in de mogelijkheid van hoger beroep te voorzien, omdat in artikel 213ah Fw wordt bepaald dat de beschikkingen die op grond van de artikelen 213aga en 213agb Fw worden gegeven, uitvoerbaar bij voorraad zijn. Dit suggereert dat een rechtsmiddel beschikbaar is.

Dan resteert de vraag voor wie dit rechtsmiddel beschikbaar zou moeten zijn. Wij menen dat het wenselijk is als die mogelijkheid bestaat voor de *individuele* polishouder, omdat een overdracht en/of wijziging van hun verzekeringsovereenkomst ingrijpende gevolgen kan hebben en de waarborgen die de belangen van *individuele* polishouders moeten be-

23. Kamerstukken II 2017/18, 34842, 3, p. 117.

24. Zie: H. Bais, in: *T&C Insolventierecht*, commentaar op artikel 213aga Fw.

25. Kamerstukken II 2017/18, 34842, 3, p. 117.

schermen beperkt zijn. Voor dit element zou aansluiting kunnen worden gezocht bij het systeem van artikel 67 Fw, zodat de polishouders geen toestemming hoeven te geven voor de machtiging maar wel achteraf in hoger beroep kunnen komen tegen de

machtiging. Op deze manier worden de kernelementen van snelheid, transparantie en voorspelbaarheid niet beperkt, maar wordt ook recht gedaan aan het kernelement bescherming van polishouders.

Hoe ga je als curator om met (elektronische) patiëntendossiers in een faillissement?

mr. E. Doornhein en mr. L.J.M. Bruggeman¹

Gelet op de financiële situatie van zorgorganisaties in Nederland - in 2022 verdubbelde het aantal zorgorganisaties dat in de rode cijfers duikt - is de verwachting dat er meer faillissementen in deze sector zullen volgen.² In faillissementen van zorgverleners is vaak sprake van een aanzienlijke hoeveelheid, veelal elektronische, patiëntendossiers. De manier waarop de curator moet omgaan met deze patiëntendossiers roept vragen op. Zo is niet altijd duidelijk op wie tijdens, maar vooral ook na afwikkeling van het faillissement, de bewaarplicht van patiëntendossiers rust: op (de bestuurder van) failliet, de curator, de hulpverlener, de zorgverzekeraar of de patiënt? Ook de wijze waarop patiëntendossiers in faillissement mogen verwerkt, denk aan het verlenen van inzage in een dossier, het vernietigen of overdragen van een dossier, is vaak niet glashelder. In dit artikel proberen de auteurs een antwoord op deze vragen te vinden en bespreken zij waar een curator tegenaan kan lopen in een faillissement waarin sprake is van (elektronische) patiëntendossiers. Zij richten zich specifiek op het faillissementsrecht, privacy- en gegevensbeschermingsrecht en gezondheidsrecht.

Hierna wordt in het eerste hoofdstuk het privacy- en gegevensbeschermingsrecht en de rol van de curator als verwerkingsverantwoordelijke toegelicht. Daarna wordt in hoofdstuk twee ingegaan op de bewaarplicht van patiëntendossiers vanuit het perspectief van het gezondheidsrecht, privacy- en gegevensbeschermingsrecht en faillissementsrecht. In het derde hoofdstuk wordt gekeken naar verschillende gegevensverwerkingen, zoals het verlenen van inzage in een dossier. Hoofdstuk vier gaat over het overdragen van de patiëntendossiers. In hoofdstuk vijf wordt een aantal knelpunten in de praktijk behandeld. Daarin wordt een oproep gedaan voor een (financiële) oplossing voor de gevallen waarin het patiëntenbelang in het geding is, bijvoorbeeld wanneer de middelen in een boedel ontbreken om de patiëntendossiers (digitaal) in de lucht te kunnen houden of wanneer een opvolgend hulpverlener ontbreekt die de bewaarplicht na het faillissement op zich kan nemen.

1. Privacy- en gegevensbescherming en de rol van de curator

1.1. Het privacy- en gegevensbeschermingsrecht

De Algemene verordening gegevensbescherming ("AVG") is sinds 25 mei 2018 in de gehele Europese Unie van toepassing.³ De AVG heeft directe werking en geldt in bijna alle situaties waarin persoonsgegevens worden verwerkt. Zo is de AVG ook van toepassing op de verwerking van fysieke patiëntendossiers (voor zover deze volgens specifieke criteria zijn gestructureerd) en elektronische dossiers.⁴ Kenmerkend voor patiëntendossiers is dat deze dossiers niet alleen "gewone" persoonsgegevens bevatten, zoals naam, adres, e-mailadres en telefoonnummer, maar ook een heleboel "bijzondere" persoonsgegevens, waaronder gezondheidsgegevens.⁵ Dat betekent dat voor elke verwerkingshandeling, dus bijvoorbeeld voor het verzamelen, opslaan, raadplegen, bijwerken, verstrekken en ook het vernietigen van een patiëntendossier, niet alleen een grondslag zoals genoemd in artikel 6 lid 1 AVG nodig is, maar ook een van de in artikel 9 lid 2 AVG genoemde uitzon-

1. Els Doornhein is advocaat bij De Vos & Partners Advocaten te Amsterdam. Zij is als curator betrokken geweest bij een aantal faillissementen in de zorg. Lisanne Bruggeman is advocaat bij Ploum te Rotterdam.
2. 'Aantal zorgorganisaties in de rode cijfers is verdubbeld, vooruitzichten voor komende jaren zijn nog somberder', *De Volkskrant* 5 september 2023, <https://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/aantal-zorgorganisaties-in-de-rode-cijfers-is-verdubbeld-vooruitzichten-voor-komende-jaren-zijn-nog-somberder-b15349f2/#>
3. Art. 99 lid 2 AVG.
4. De AVG is van toepassing op persoonsgegevens die geheel of gedeeltelijk op geautomatiseerde wijze worden verwerkt. Daarnaast geldt de AVG ook voor persoonsgegevens die in een fysiek "bestand" zijn opgenomen of be-

stemd zijn daarin te worden opgenomen (art. 2 lid 1 AVG). Van een "bestand" is sprake als de persoonsgegevens volgens specifieke criteria zijn gestructureerd (art. 4 lid 6, zie ook ov. 15 AVG). De AVG geldt *niet* voor de gegevens van overleden personen (ov. 27 AVG).
5. Patiëntendossiers bevatten veelal gezondheidsgegevens en eventueel genetische gegevens, maar kunnen ook gegevens bevatten over seksueel gedrag of seksuele gerichtheid, ras of etnische afkomst en religieuze of levensbeschouwelijke overtuigingen. Deze categorieën van persoonsgegevens kwalificeren als "bijzondere" gegevens in de zin van art. 9 lid 1 AVG.
6. De uitzonderingsgronden van art. 9 lid 2 AVG zijn nader uitgewerkt in par. 3.1 UAVG.

deringsgronden op het verbod om bijzondere persoonsgegevens te verwerken.⁶ Daarnaast is voor verwerking van het burgerservicenummer van de patiënt een aparte wettelijke grondslag nodig.⁷ Verder vereist de AVG onder meer dat een aantal basisprincipes, zoals transparantie, doelbinding, data-minimalisatie, juistheid en een passende beveiliging van gegevens, in acht worden genomen.⁸

Aanvullingen op of uitzonderingen van de AVG worden hoofdzakelijk geregeld in de Uitvoeringswet algemene verordening gegevensbescherming ("UAVG"). Specifieke regels met betrekking tot de verwerking van patiëntendossiers zijn onder andere te vinden in de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst ("WGBO") als opgenomen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek ("BW"), de Wet aanvullende bepalingen verwerking persoonsgegevens in de zorg ("Wabvpz") en de sinds 1 juli 2023 geldende Wet elektronische gegevensuitwisseling in de zorg ("Wegiz").⁹ De Wegiz ziet op de (verplichte) elektronische uitwisseling van gegevens tussen zorgaanbieders en zal in dit artikel niet verder besproken worden. Ook de Jeugdwet, die ziet op jeugdhulpverlening, zal in dit artikel niet aan bod komen.

1.2. De curator als verwerkingsverantwoordelijke

Onder de AVG is de zogeheten "verwerkingsverantwoordelijke" verantwoordelijk voor de naleving van de AVG.¹⁰ De verwerkingsverantwoordelijke is degene die het doel en de middelen van een verwerking van persoonsgegevens vaststelt.¹¹ De Autoriteit Persoonsgegevens ("AP"), de Nederlandse toezichthouder op het gebied van het privacy- en gegevensbeschermingsrecht, stelt zich op het standpunt dat de curator in een faillissement, al dan niet gezamenlijk, als verwerkingsverantwoordelijke moet worden aangemerkt.¹² Ook de wetgever gaat er in de memorie van toelichting bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming vanuit dat de curator gedurende het faillissement de verwerkingsverantwoordelijke is.¹³

Er is een voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming aanhangig waarin een nieuw artikel 68a Faillissementswet ("Fw") curatoren specifieke grondslagen biedt voor de verwerking van persoonsgegevens in faillissement, voor zover dit bij of krachtens de wet noodzakelijk is voor het beheer en de vereffening van de bedoel.¹⁴ Hierbij kan worden gedacht aan alle verwerkingen die noodzakelijk zijn om de taak als curator goed te kunnen uitvoeren, zoals verwerkingen in het kader van de voortzetting van het bedrijf, het opstellen van faillissementsverslagen, het bewaren van bescheiden en ook in het kader van het oorzakenonderzoek. Met betrekking tot bepaalde verwerkingen biedt het wetsvoorstel een grondslag voor de verwerking van bijzondere persoonsgegevens en strafrechtelijke gegevens door de curator.¹⁵

2. De bewaarplicht van patiëntendossiers

2.1. Vóór faillissement

2.1.1. Vanuit gezondheidsrechtelijk oogpunt

Een hulpverlener die een patiënt behandelt, heeft op grond van de WGBO de verplichting een patiëntendossier in te richten.¹⁶ De hulpverlener moet dit patiëntendossier in beginsel gedurende twintig jaar bewaren, of zoveel langer als redelijkerwijs uit de zorg van een goed hulpverlener voortvloeit. Deze twintig jaar begint te lopen vanaf het tijdstip waarop de laatste wijziging in het dossier plaatsvindt.¹⁷ De hulpverlener is degene die de behandelingsovereenkomst met de patiënt aangaat,¹⁸ meestal is dat degene die de zorg verleent of de zorginstelling.¹⁹

2.1.2. Vanuit privacyrechtelijk oogpunt

Degene die verantwoordelijk is voor de verwerking van het (elektronische) patiëntendossier onder de AVG is zoals gezegd degene die het doel en de middelen van die verwerking vaststelt.²⁰ Dit zal in prin-

7. Art. 87 AVG en 46 UAVG. Voor de vermelding van het burgerservicenummer in een patiëntendossier kan een beroep worden gedaan op art. 4 en 8 lid 1 Wabvpz.

8. Art. 5 lid 1 AVG.

9. Zie tevens het Besluit elektronische gegevensverwerking door zorgaanbieders en het Besluit gebruik Burgerservicenummer in de zorg.

10. Art. 5 lid 2 AVG.

11. Art. 4 lid 7.

12. Zie de brief van de AP aan INSOLAD van 6 januari 2020 met als onderwerp 'De verwerking van persoonsgegevens in faillissement', autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief_aan_insolad.pdf, p. 3-4.

13. MvT bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 36. Zie voor een aantal kanttekeningen bij de rol van de curator als verwerkingsverantwoordelijke: G.J. Zwenne en J. Van Vlijmen, 'Drie vragen over de toepassing van de AVG in faillissementen', 2021, https://zwenneblog.weblog.leidenuniv.nl/files/2021/02/2021.02.05_GJZ-JV_Drie_vragen_AVG-failliss_PenI2021_2.pdf, p. 4-10.

14. Als bedoeld in art. 68 Fw.

15. Art. 68a lid 1-3 Fw van het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-0c3e5483aea27ed2f5c2305f81d59e8d95dbd216/pdf> en MvT bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 38-43.

16. Art. 7:454 lid 1 BW.

17. Art. 7:454 lid 3 BW. Zie ook art. 7:455 BW. Tot 1 januari 2020 was de bewaartermijn vijftien jaar.

18. Art. 7:446 lid 1 BW.

19. De behandelingsovereenkomst wordt aangegaan met een persoon als hulpverlener, wanneer deze persoon zijn praktijk zelfstandig uitoefent en dus niet in dienst is van een (rechts)persoon. Zie *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3 (MvT), p. 26-27. Zie ook rb. Midden-Nederland 26 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1107, r.o. 3.3.

20. Zie par. 1.2.

cipe de hulpverlener zijn die de behandelingsovereenkomst met de patiënt aangaat. De hulpverlener is in dat geval verantwoordelijk voor het naleven van de vereisten van de AVG. Tot zover sluit dat aan bij de verplichting van de hulpverlener om voor elke patiënt een dossier in te richten en te bewaren.

2.2. In faillissement

2.2.1. Vanuit gezondheidsrechtelijk oogpunt

De WGBO kent geen regelingen voor (de bewaarplicht van) patiëntendossiers wanneer de hulpverlener failliet gaat. Wel is in de memorie van toelichting bij de wijziging van de WGBO aangegeven dat de bewaarplicht van de hulpverlener naar aard en strekking niet gekoppeld is aan de status van hulpverlener.²¹ Dat betekent volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming dat de bewaarverplichting blijft gelden in geval van faillissement (alsook in geval van pensionering of overlijden), en dat het de verantwoordelijkheid van de hulpverlener is dat de dossiers gedurende de bewaartermijn worden bewaard en beheerd.²² In de (faillissementen)praktijk stuit dat nogal eens op problemen, in het bijzonder wanneer deze hulpverlener niet een natuurlijk persoon is, maar een rechtspersoon.²³ Zo kan het (en zal het vaak ook) gebeuren dat de dossiers in (de digitale) handen van de curator belanden.²⁴

2.2.2. Vanuit faillissementsrechtelijk oogpunt

In geval van een faillissement is de curator op grond van de Fw belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.²⁵ De curator dient voor de bewaring van de boedel te zorgen. In dat kader neemt de curator onmiddellijk na de aanvaarding van zijn rol bescheiden en gegevensdragers in beslag.²⁶ In sommige gevallen krijgt de curator bij een faillissement ook de beschikking over (elektronische) patiëntendossiers.²⁷ Volgens het hof Arnhem-Leeuwarden was het - in een faillissement waarin geen andere hulpverleners in beeld waren - de taak van de

curator om de patiëntendossiers te bewaren en zo nodig een overdracht aan een opvolgend hulpverlener te realiseren.²⁸

2.2.3. Vanuit privacyrechtelijk oogpunt

Zoals hiervoor opgemerkt, wordt aangenomen dat de curator de verwerkingsverantwoordelijke is in een faillissement.²⁹ Meer concreet betekent deze verantwoordelijkheid dat de curator voor de verwerking van persoonsgegevens een juridische grondslag nodig heeft, zowel voor de verwerking van gewone als bijzondere persoonsgegevens.³⁰ De curator dient er verder voor te zorgen dat persoonsgegevens adequaat worden beveiligd.³¹ Ook zal de curator passende maatregelen moeten nemen om betrokkenen informatie te verstrekken over de (voorgenomen verdere) verwerking van hun persoonsgegevens en hun rechten.³² Mogelijk dient de curator zelfs een zogeheten "gegevensbeschermingseffectbeoordeling" uit te voeren in geval van een nieuwe of gewijzigde verwerking.³³ Overigens is de curator niet per definitie ook altijd de verwerker.³⁴ Op grond van een verwerkersovereenkomst kan de verwerking worden uitgevoerd door een ander.³⁵

Het wringt in de praktijk wanneer de curator de verwerkingsverantwoordelijke is voor de persoonsgegevens in een faillissement en te maken krijgt met een hulpverlener die niet (meer) aan zijn verplichting om de patiëntendossiers te bewaren kan voldoen. In hoofdstuk 5 van dit artikel wordt verder op deze situatie ingegaan.

2.3. Ná faillissement

2.3.1. Vanuit gezondheidsrechtelijk oogpunt

De WGBO kent geen regeling voor (de bewaarplicht van) patiëntendossiers ná faillissement. Zoals hiervoor aangegeven,³⁶ blijft de hulpverlener in geval van faillissement volgens de (toelichting op de) WGBO verantwoordelijk voor de bewaarplicht van dossiers.

21. *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3 (MvT), p. 7.

22. MvT bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 23.

23. Zie ook par. 2.1.1.

24. Zie bijvoorbeeld: 'Curator bepaalt het lot van medische dossiers', *Medisch Contact* 13 maart 2019, <https://www.medischcontact.nl/actueel/laatste-nieuws/artikel/curator-bepaalt-het-lot-van-medische-dossiers>.

25. Art. 68 lid 1 Fw.

26. Art. 92 Fw.

27. MvT bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 23.

28. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2644, r.o. 4.14.

29. Zie par. 1.2 van dit artikel.

30. Art. 6 en 9 AVG. Zie ook par. 3.1 UAVG.

31. Zie art. 24 lid 1 en 25 lid 1 AVG. Zie de brief van de AP aan INSOLAD van 6 januari 2020 met als onder-

werp 'De verwerking van persoonsgegevens in faillissement', autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief_aan_insolad.pdf, p. 6.

32. Zie art. 12-14 AVG. Zie ook de brief van de AP aan INSOLAD van 6 januari 2020 met als onderwerp 'De verwerking van persoonsgegevens in faillissement', autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief_aan_insolad.pdf, p. 7 en Article 29 Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679, <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/62227/en>.

33. Zie art. 35 en ov. 91 AVG en het Besluit lijst verplichte DPIA. Zie ook de brief van de AP aan INSOLAD van 6 januari 2020 met als onderwerp 'De verwerking van persoonsgegevens in faillissement', autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief_aan_insolad.pdf, p. 7-8.

34. Zie art. 4 lid 8 AVG.

35. Zie specifiek met betrekking tot patiëntendossiers rb. Midden-Nederland 26 maart 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:1107, r.o. 3.7.

36. Zie par. 2.2.1.

2.3.2. Vanuit faillissementsrechtelijk oogpunt

In het BW is enkel bepaald dat na ontbinding van een failliete rechtspersoon boeken, bescheiden en andere gegevensdragers door een bewaarder zullen worden bewaard.³⁷ Curatoren stellen in de regel na beëindiging van een faillissement de bestuurder van een rechtspersoon³⁸ tot bewaarder aan.

2.3.3. Vanuit privacyrechtelijk oogpunt

Na ontbinding van de onderneming kan de verantwoordelijkheid voor de verwerking van persoonsgegevens van de curator verschuiven naar de bewaarder. Deze bewaarder dient er niet alleen voor te zorgen dat gegevens gedurende de bewaartermijn worden bewaard, maar ook dat de vereisten die de AVG stelt gedurende deze termijn worden nageleefd.³⁹ Specifiek voor patiëntendossiers zal de bewaarplicht in principe bij de hulpverlener blijven, wat tot problemen kan leiden wanneer de hulpverlener een rechtspersoon is die met het einde van het faillissement ophoudt te bestaan.

2.4. Tussenconclusie

Buiten faillissement rust de bewaarplicht van patiëntendossiers op de hulpverlener. Ook in geval van faillissement blijft deze bewaarplicht volgens de WGBO op deze hulpverlener rusten. In de faillissementspraktijk komen de dossiers echter geregeld in de (digitale) handen van de curator terecht en zal de curator een (nieuwe) bestemming voor de dossiers moeten vinden.

3. Verwerkingen van patiëntendossiers tijdens faillissement

3.1. Inzage in patiëntendossiers

3.1.1. Inzagerecht voor patiënten

Het inzagerecht voor patiënten is specifiek vastgelegd in de WGBO en Wabvpz. De hulpverlener (in geval van de WGBO) of zorgaanbieder (in geval van de Wabvpz) verstrekt de patiënt op zijn verzoek inzage in en afschrift van de gegevens uit zijn dossier.⁴⁰ De Wabvpz regelt specifiek (kosteloze) inzage op elektronische wijze,⁴¹ en regelt dat ook loggingsinformatie kan worden opgevraagd.⁴² De WGBO bepaalt dat inzage achterwege blijft "voor zover dit noodzakelijk is

in het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van een ander".⁴³

Deze bijzondere regels worden aangevuld met de regels van het algemene inzagerecht uit de AVG.⁴⁴ Zo bepaalt (ook) de AVG dat het inzagerecht in principe kosteloos is.⁴⁵ De AVG biedt wel de ruimte de patiënt een redelijke vergoeding voor *bijkomende* (fysieke) kopieën van patiëntendossiers aan te rekenen op basis van administratieve kosten.⁴⁶ Wat een redelijke vergoeding is, is niet wettelijk vastgelegd.

3.1.2. Het inzagerecht: een taak van de curator?

Volgens het hof Arnhem-Leeuwarden is het de taak van de curator om patiëntendossiers te bewaren en zo nodig een overdracht aan een opvolgend hulpverlener te realiseren. In dat kader is het ook aan de curator om *desgevraagd* inzage in en een afschrift van een medisch dossier aan een patiënt of nabestaande van een patiënt te verstrekken. Daarmee wordt volgens het hof het maatschappelijk belang gediend dat ook in een faillissement het verstrekken van de noodzakelijke inzage in en afschrift van medische bescheiden en dossiers is gewaarborgd.⁴⁷ De WGBO, die zoals gezegd geen regeling kent voor faillissement, legt - net als de bewaarplicht - de verstrekking van inzage en afschrift neer bij de hulpverlener.⁴⁸

In het geval van een patiëntendossier lijkt het voor de curator lastig om een kopie per post of e-mail te verstrekken, zonder zelf inzage in het dossier te krijgen en dus zonder de geheimhoudingsplicht van de hulpverlener te schenden.⁴⁹ Het heeft mede daarom niet de voorkeur dat de curator de inzage in een dossier geeft. Mocht er echter geen andere uitweg zijn, dan kan de curator als praktische oplossing de patiënt inzage verlenen op een plaats waar de patiënt zelf een kopie van een fysiek dossier kan maken. Ook is denkbaar dat de patiënt via elektronische weg toegang krijgt tot zijn dossier zonder dat eerst inzage door de curator nodig is.

De patiënt dient binnen een maand geïnformeerd te worden over het gevolg dat aan zijn inzageverzoek wordt gegeven. Die termijn kan indien nodig met twee maanden worden verlengd. De patiënt moet binnen een maand na de ontvangst van zijn verzoek van een eventuele verlenging op de hoogte worden gesteld.⁵⁰ Als het inzageverzoek wordt afgewezen, dan dient de patiënt binnen een maand hierover te worden geïnformeerd, inclusief over de reden van de

37. Art. 2:19 lid 1 en 2:24 lid 1 BW.

38. Art. 162 lid 2 Fw.

39. Zie de brief van de AP aan INSOLAD van 6 januari 2020 met als onderwerp 'De verwerking van persoonsgegevens in faillissement', autoriteitpersoonsgegevens.nl/uploads/imported/brief_aan_insolad.pdf, p. 11.

40. Art. 7:456 BW en art. 15d en 15e Wabvpz.

41. Art. 15d lid 1 en 3 Wabvpz.

42. Art. 15e sub b Wabvpz.

43. Art. 7:456 BW.

44. Art. 15 AVG. Met de komst van de AVG zijn sommige bepalingen omtrent het inzagerecht van patiënten komen te vervallen, zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34939, nr. 3 (*MvT*), p. 62-63.

45. Art. 12 lid 5 AVG.

46. Art. 15 lid 3 AVG.

47. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2644, r.o. 4.14.

48. Art. 7:456-7:458b BW.

49. Art. 7:457 lid 1 BW.

50. Art. 12 lid 3 AVG.

afwijzing. Ook dient de patiënt dan te worden geïnformeerd over de mogelijkheid van het indienen van een klacht bij de AP en het instellen van beroep bij de rechter.⁵¹ De curator kan de patiënt ter bevestiging van zijn identiteit om aanvullende informatie vragen, indien er redenen zijn om aan zijn identiteit te twijfelen.⁵²

3.2. **Andere verwerkingen**

Het inzagerecht kan ook worden uitgeoefend door anderen dan de patiënt. In beginsel is daar wel de toestemming van de patiënt voor nodig.⁵³ In sommige gevallen, bijvoorbeeld als de gegevens uit het dossier nodig zijn ten behoeve van statistiek of wetenschappelijk onderzoek op het gebied van de volksgezondheid, is geen toestemming van de betreffende patiënt nodig, maar zal voordat inzage wordt gegeven een belangenafweging moeten worden gemaakt.⁵⁴

Naast het faciliteren van het hiervoor omschreven inzagerecht is denkbaar dat de curator in de praktijk nog tegen een aantal andere verwerkingen aanloopt. Zo kunnen er in een zorgfaillissement patiënten zijn die bepaalde gegevens in hun dossier gecorrigeerd, toegevoegd of verwijderd willen hebben,⁵⁵ of een verzoek tot de vernietiging van hun dossier doen.⁵⁶

3.3. **Tussenconclusie**

Bij de behandeling van een faillissement in de zorgsector moet de curator erop bedacht zijn met verschillende verzoeken van patiënten te maken te kunnen krijgen. De curator moet daarbij rekening houden met de bijzondere regels die gelden voor patiëntendossiers, aangevuld met de algemene bepalingen uit de AVG.

4. **Overdracht van patiëntendossiers tijdens faillissement**

4.1. **Opvolgend hulpverlener**

Wanneer patiëntendossiers in een faillissement in handen van de curator komen, kan het (op grond van

de AVG) tot de taak van de curator worden gerekend om patiëntendossiers niet alleen te bewaren maar zo mogelijk een overdracht van deze dossiers aan een opvolgend hulpverlener te realiseren.⁵⁷

Een overdracht van patiëntendossiers zal in de regel in het kader van een doorstart gebeuren, waarbij een opvolgend hulpverlener de activiteiten en zorg voor de patiënten overneemt. In dat kader zal een curator ervoor dienen te zorgen dat in de overeenkomst met de opvolgend hulpverlener waarborgen en voorwaarden voor de voortzetting van de dienstverlening aan de patiënten zijn opgenomen, zodat de patiënt bij de opvolgend hulpverlener in goede handen is.

Een belangrijk onderdeel hiervan is dat de beheeren en bewaarverplichting van de patiëntendossiers bij de opvolgend hulpverlener wordt belegd. Het is hierbij belangrijk dat een curator er in een dergelijk geval voor zorgt dat niet alleen de actieve, maar ook de oudere, al afgesloten dossiers (die ook nog onder de bewaarplicht vallen) onder de verantwoordelijkheid van de opvolgend hulpverlener komen te staan.

4.2. **Overdracht van patiëntendossiers en de AVG**

4.2.1. *Uitdrukkelijke toestemming*

Voordat de curator de patiëntendossiers aan een andere hulpverlener mag overdragen, geldt dat in de regel op grond van de AVG, de voorafgaande en uitdrukkelijke toestemming van de betrokkenen nodig is.⁵⁸ Het verkrijgen van uitdrukkelijke toestemming is verbonden aan strenge eisen. Niet alleen moet de toestemming zelf worden vastgelegd, ook moet kunnen worden aangetoond op basis van welke informatie iemand de toestemming heeft gegeven.⁵⁹

4.2.2. *Wetsvoorstel Verzamelwet Gegevensbescherming*

Het hiervoor al genoemde voorstel voor een Verzamelwet Gegevensbescherming bevat een aantal aanpassingen van de UAVG.⁶⁰ Het wetsvoorstel heeft onder andere betrekking op de voorwaarden waaronder patiëntendossiers aan een andere hulpverlener kunnen worden overgedragen. Mede na consulta-

51. Art. 12 lid 4 AVG.
52. Artikel 12 lid 6 AVG.
53. Art. 7:457 lid 1 BW.
54. Art. 7:458 BW.
55. Zie art. 16 AVG, 7:454 lid 2 BW, 7:455 BW.
56. Art. 7:455 BW. Zie ook art. 17 lid 3 sub c AVG.
57. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2644, r.o. 4.14.
58. De elektronische patiëntendossiers kunnen mogelijk worden verwerkt op grond van art. 6 lid 1 sub c (wettelijke plicht), sub d (vitale belangen van de betrokkene) óf sub e (uitoefening taak van algemeen belang door de curator), én art. 9 lid 2 sub a (uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene) óf art. 9 lid 2 sub c (vitale belangen van de betrokkene) AVG. Er kan enkel worden verwerkt op grond van art. 9 lid 2 sub c (vitale belangen van de betrokkene) AVG als de betrokkene fysiek of juridisch niet in staat is zijn toestemming te geven (art. 22 lid 2 sub b UAVG). Anders is de uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene vereist (art. 22 lid 2 sub a UAVG jo. 9 lid 2 sub a AVG).
59. Zie EDPB Richtsnoeren 05/2020 inzake toestemming overeenkomstig Verordening 2016/679, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guideline_s_202005_consent_nl.pdf.
60. Voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-0c3e5483aea27ed2f5c2305f81d59e8d95dbd216/pdf>.

tie bij de AP en het uitvoeren van een zogenaamde "gegevensbeschermingseffectbeoordeling", is het inmiddels voorstel van wet dat een overdracht van patiëntendossiers aan een andere hulpverlener met het oog op het beheren en het bewaren daarvan mogelijk is, zonder dat voorafgaande toestemming van de patiënt nodig is. In de curatorenpraktijk bestaat hieraan grote behoefte.

Het organiseren en opvolgen van het verkrijgen van uitdrukkelijke toestemming voor de overdracht van patiëntendossiers aan een andere hulpverlener vraagt niet alleen de tijd en inzet van de curator, maar ook die van derde partijen die bij een dergelijke overdracht vereist zijn. In het geval van elektronische patiëntendossiers zal een IT-expert vereist zijn om een geautomatiseerde procedure te organiseren. Niet elke boedel bevat de hiervoor vereiste middelen.

Een andere situatie waarin het vragen van uitdrukkelijke toestemming aan patiënten niet altijd haalbaar is, is wanneer de actuele adresgegevens van de patiënten niet te achterhalen zijn. Bijvoorbeeld in de situatie dat er sprake is van hele oude adresgegevens, waardoor ook nog eens het risico bestaat dat medische gegevens naar een verkeerde persoon gestuurd worden.⁶¹

In het geval van papieren dossiers kan het door de curator in de dossiers zoeken naar de NAW-gegevens al snel de vertrouwelijkheid van een patiëntendossier en het medisch beroepsgeheim schenden. Nog los van het feit dat ook het raadplegen van een patiëntendossier met daarin bijzondere persoonsgegevens een verwerking in de zin van de AVG is, waarvoor de curator op grond van het huidige recht geen juridische grondslag heeft.

Onder het wetsvoorstel wordt de mogelijkheid van de curator om dossiers over te dragen gezien als de uitoefening van een taak van algemeen belang die de curator op grond van de Faillissementswet uitvoert. Bij het niet langer verplicht stellen van de voorafgaande uitdrukkelijke toestemming van betrokkenen is in overweging genomen dat het risico dat een dossier tegen de wil van een patiënt wordt overgedragen kan worden voorkomen door:

*"[...] in het wetsvoorstel te bepalen dat tijdig zo breed mogelijke kenbaarheid moet worden gegeven aan de overdracht. Dit kan bijvoorbeeld door berichtgeving middels verschillende kanalen (zoals door huisartsen in de omgeving van de hulpverlener van wie de verantwoordelijkheid voor het beheren en bewaren van het medisch dossier is overgenomen). Bij ministeriële regeling kunnen nadere regels worden gesteld om te borgen dat de patiënt tijdig weet van de overdracht en zijn rechten kan uitoefenen."*⁶²

Niet in elk faillissement zal het eenvoudig zijn om aan deze informatieverplichting te voldoen, zeker niet wanneer informatie en assistentie van de bestuurder of hulpverlener ontbreekt, dan wel de boedel onvoldoende middelen bevat om passende communicatie te organiseren. De curator zal er dan goed aan doen deze informatieverplichting in het geval van een doorstart, zoveel mogelijk bij de opvolgend hulpverlener neer te leggen.

4.2.3. Overdracht van patiëntendossiers

Een curator die op grond van het huidige recht een overdracht van patiëntendossiers wil verzorgen, kan ondanks dat een wetswijziging in het zicht is, de regels van het privacy- en gegevensbeschermingsrecht overtreden.

Het is verstandig dat een curator totdat de wetswijziging een feit is, aan de hand van de specifieke omstandigheden in een faillissement de beste route voorwaarts kiest, en daarbij zoveel mogelijk anticipeert op de aankomende wetgeving. Welke keuze er hierbij ook wordt gemaakt, goede en heldere communicatie over het hoe en waarom van de doorstart of van de overdracht van de patiëntendossiers aan een derde hulpverlener is uiteraard van wezenlijk belang. Hoe duidelijker kan worden uiteengezet dat het belang van de betreffende patiënt (hiermee) wordt gediend, des te kleiner de kans dat de overdracht op bezwaren stuit.

5. Problemen in de praktijk

5.1. De kosten van het toegankelijk houden van de patiëntendossiers

Tijdens het faillissement kan de curator te maken krijgen met verschillende verzoeken van (oud-)patiënten die door de curator in behandeling dienen te worden genomen. In het geval er sprake is van elektronisch bewaarde patiëntendossiers is van belang dat de patiëntendossiers tijdens het faillissement "in de lucht" blijven en ook toegankelijk zijn. Tegelijkertijd zullen de partijen waar de patiëntendossiers digitaal zijn ondergebracht de hosting en verdere dienstverlening willen staken wanneer betaling (van achterstallige en/of toekomstige bedragen) gedurende het faillissement uitblijft.

Het is niet altijd een gegeven dat dit soort kosten vanuit de boedel kunnen worden betaald, waardoor het kan voorkomen dat de patiëntendossiers niet langer beschikbaar kunnen worden gehouden. Ook het verzorgen van een drager met daarop een kopie van de patiëntendossiers kost (veel) geld. Om de gegevens in de toekomst te kunnen (laten) benaderen, bijvoorbeeld in het geval dat er een inzageverzoek door een

61. Zie MvT bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 27.

62. MvT bij het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming, <https://open.overheid.nl/documenten/ronl-6ddc0388129d20165d0f0bd9e9a53d0afaaf8014/pdf>, p. 24.

patiënt wordt gedaan, is in de regel een speciaal programma nodig en zijn verschillende (software)licenties vereist. Zolang er geen opvolgend hulpverlener tot overname van de patiëntendossiers bereid blijkt te zijn, lopen deze kosten tijdens het faillissement voortdurend op.

5.2. Geen opvolgend hulpverlener

Helaas is er in sommige faillissementen in de zorg geen doorstart mogelijk, omdat de failliet zijn activiteiten al voor de faillissementsdatum heeft gestaakt en er geen activiteiten meer zijn die door een andere hulpverlener kunnen worden overgenomen. Dan kan het zomaar zijn dat een curator, met het einde van het faillissement in zicht, geen nieuwe bestemming voor de patiëntendossiers weet te vinden.

In een ideale wereld bereidt de (bestuurder van de) hulpverlener die een dergelijke situatie voorziet en het patiënten belang in acht neemt, een oplossing voor de op de hulpverlener rustende bewaar- en beheerplicht van de patiëntendossiers voor. Ook de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst ("**KNMG**") is van mening dat de plicht van een hulpverlener om patiëntendossiers te bewaren ook impliceert dat de hulpverlener tijdig geschikte maatregelen treft om ervoor te zorgen dat deze dossiers correct bewaard blijven op het moment dat de hulpverlener daar zelf niet meer voor kan zorgen.⁶³

Bij het ontbreken van een opvolgend hulpverlener en bewaarder van de patiëntendossiers kan een curator, gelet op zijn taak en het algemeen belang (het belang van de betrokken patiënten), de patiëntendossiers niet negeren en zal hij daarvoor een oplossing moeten zoeken. De gedachte dat de bewaarverplichting die uit hoofde van de WGBO op een hulpverlener rust, voortaan door een curator zou moeten worden overgenomen, is - ook juridisch gezien - onjuist. En bovendien niet acceptabel voor curatoren die daarvoor na de opheffing van faillissement in sommige gevallen nog twintig jaar patiëntendossiers zouden moeten bewaren.

5.3. Opstelling zorgverzekeraars en het ministerie van VWS: praktijkervaringen

In een van de door het kantoor van deze curator behandelde faillissementen was vanwege het ontbreken van een doorstart van activiteiten, geen opvolgend hulpverlener in beeld die de bewaarplicht van de patiëntendossiers kon overnemen. De bestuurder van de hulpverlener, een rechtspersoon, was zelf niet bereid en in staat om de bewaarplicht van de patiëntendossiers na faillissement op zich te nemen (en de kosten te betalen om de patiëntendossiers gedurende die periode voor (inzage)verzoeken van patiënten, digitaal beschikbaar te houden).

Vanwege deze zorgwekkende situatie is eerst om hulp gevraagd bij de zorgverzekeraars en onderzocht of deze bereid waren tot (financiële) hulp om in ieder geval de kosten voor het in de lucht en toegankelijk houden van de patiëntendossiers gedurende de bewaartermijn te verzorgen. Die bereidheid was er niet, hetgeen te maken zal hebben gehad met het feit dat de zorgverzekeraars in het faillissement een zeer aanzienlijke vordering hadden ingediend vanwege te veel betaalde bedragen.

Vervolgens is het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ("het ministerie van VWS") medegedeeld dat het onmogelijk werd om na faillissement de zorg voor het bewaren van de dossiers te waarborgen, en is gevraagd om assistentie. Hoewel het de verwachting en hoop was dat het ministerie van VWS in dit geval een derde zou aanwijzen, werd de curator op pad gestuurd om te onderzoeken of er in de regio een andere hulpverlener bereid zou kunnen worden gevonden om deze taken vrijwillig op zich te nemen. Geen derde bleek bereid de dossiers (kosteloos) te bewaren. Om "precedentwerking te voorkomen" bleek het ministerie van VWS niet bereid om medewerking te verlenen aan een (financiële) oplossing, waarbij het voor derde hulpverleners wellicht aantrekkelijker zou zijn geweest om de bewaar- en beheerverplichting tegen betaling over te nemen van de failliete hulpverlener. Bij de betrokken ambtenaren bestond de vrees dat een dergelijke oplossing een precedent zou kunnen scheppen en ertoe zou kunnen leiden dat bestuurders van zorginstellingen de bewaarverplichting maar op zijn beloop zouden laten.

Uiteindelijk is, op aanwijzing van het ministerie van VWS, de bewaarplicht bij de bestuurder belegd. Deze bestuurder was zelf niet de hulpverlener. Het zou naar onze mening wenselijker zijn geweest als de zorgverzekeraars en het ministerie van VWS, gelet op het maatschappelijk belang en het patiëntenbelang in het bijzonder, in een oplossing voor deze kwestie zou hebben voorzien. Alleen al omdat de bewaarplicht van de dossiers dient te worden uitgeoefend door een hulpverlener die de patiëntendossiers goed kan bewaren en de patiënten die hun rechten willen uitoefenen beter kan begeleiden.

5.4. Oplossingen

Gelet op de in de introductie al genoemde verwachting dat er meer faillissementen in de zorg zullen volgen, is het in het belang van ons allen dat het patiëntenbelang in faillissementen niet in het gedrang komt.

Zoals uit het aangehaalde praktijkvoorbeeld blijkt, kan een curator in een situatie terecht komen waarin er noch bij de zorgverzekeraars, noch bij het ministerie van VWS sprake is van helpende hand om de maatschappelijk zo relevante bewaar- en be-

63. Kamerstukken II 2017/18, 34994, nr. 3 (MvT), p. 7.

heerverplichting onder te brengen bij een geschikte (rechts)persoon. In het aangehaalde faillissement zijn de patiëntendossiers gedurende de zoektocht naar een oplossing uiteindelijk feitelijk op kosten van het kantoor van de curator in de lucht gehouden, omdat de boedel hiervoor geen dekking bood.

Zo zouden in het geval van een lege boedel de kosten van het tijdens faillissement en erna (digitaal) beschikbaar en toegankelijk houden van de patiëntendossiers moeten worden gedragen door de zorgverzekeraars, die immers het patiëntenbelang dienen. Er zou een fonds in het leven kunnen worden geroepen waaraan de zorgverzekeraars allemaal een financiële bijdrage leveren, naar rato van het aantal verzekerden voor wie zij verantwoordelijk zijn.

Wanneer in het geval van een faillissement van een hulpverlener een opvolgend hulpverlener ontbreekt en de bewaarplicht in het gedrang komt, zou het ministerie van VWS in het uiterste geval een partij in de markt moeten kunnen aanwijzen die tegen een door de verantwoordelijke zorgverzekeraar of een door het ministerie van VWS te betalen vergoeding de pa-

tiëntendossiers gedurende de wettelijke bewaartermijn bewaart en beheert.

Om misbruik of nonchalance bij het bestuur van een zorginstelling te voorkomen, zou een wettelijke meldplicht in het leven kunnen worden geroepen waarbij verplicht melding moet worden gedaan in het geval het de verwachting is dat er in een faillissementssituatie geen geld actief beschikbaar is om de patiëntendossiers digitaal te beheren en op termijn te bewaren. Bijvoorbeeld bij een toezichthouder, zoals de Inspectie Gezondheidszorg. Dit is in lijn met de gedachte van de KNMG dat een hulpverlener tijdig geschikte maatregelen moet treffen om ervoor te zorgen dat ook in de toekomst de patiëntendossiers correct bewaard blijven op het moment dat deze hulpverlener voorziet daar zelf niet meer voor te kunnen zorgen. Het niet nakomen van deze verplichting zou dan kunnen worden gekwalificeerd als "onbehoorlijk bestuur", net zoals dat het geval is bij het niet of niet tijdig melden van betalingsonmacht. Hopelijk werkt een dergelijke verplichting preventief. En hebben curatoren van toekomstige faillissementen een zorg minder.

Wetswijziging WSNP: goede, niet altijd goed uitgewerkte bedoelingen

mr. R. Cats¹

In september 2021 is aan de Tweede Kamer een wetsvoorstel aangeboden waarvan de bedoeling is de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldhulpverlening te verbeteren. Dit was een overzichtelijk wetsvoorstel met voorstellen waarvan niemand achterover sloeg. Dankzij een aantal leden van de Tweede Kamer veranderde dit spoedig. Er zijn amendementen ingediend die uitblinken door goede bedoelingen en tegelijkertijd de nodige vragen oproepen. Ondanks waarschuwingen vanuit 'het veld' zijn die amendementen in de Tweede Kamer met overgrote meerderheid van stemmen aangenomen. Het aangepaste wetsvoorstel is aan de Eerste Kamer voorgelegd en is daar een week later als hamerstuk afgedaan. Aldus verwelkomen wij de Wet van 10 februari 2023 tot wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Deze wet is op 1 juli van dit jaar inwerking getreden. Hieronder bespreek ik een aantal veranderingen die deze wetswijziging teweeg heeft gebracht.

1. De 285-verklaring (artikel 285 lid 1 onder f Fw)

Een WSNP-verzoek moet vergezeld gaan met onder meer een zogenoemde 285-verklaring. Dit is *"een met redenen omklede verklaring dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen"*. Dankzij één van de amendementen wordt nu in de wet opgenomen dat *"Als aannemelijk is dat onvoldoende aflossingsmogelijkheden bij de schuldenaar of andere omstandigheden het onmogelijk maken om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen, hoeft voor de afgifte van deze verklaring niet eerst een poging te zijn gedaan om tot een dergelijke regeling te komen."* De indieners beogen met dit amendement vooral ruimte te creëren voor gemeenten om sneller over te gaan tot het begeleiden van de schuldenaar richting een WSNP-traject. Bedoeling is dat gemeenten de schuldenaar direct kunnen doorgeleiden naar de WSNP zodra duidelijk is dat het beproeven van een buitengerechtelijke schuldregeling zinloos is.

Welke andere omstandigheden maken een buitengerechtelijke schuldregeling onmogelijk? De indieners van het amendement gaan er van uit dat het *"in bepaalde gevallen"* al direct duidelijk is dat de totstandkoming van een buitengerechtelijke schuldregeling *"in de gegeven situatie"* kansloos is. Ook komt het voor dat al snel duidelijk wordt dat het onmogelijk zal zijn om met een bepaalde schuldeiser overeenstemming te bereiken over een schuldregeling. Door dakloosheid of een echtscheiding van de schuldenaar is het onmogelijk om binnen afzienbare tijd een volledig beeld te krijgen van alle schulden, wat essentieel is om überhaupt een schuldregeling te kunnen voor-

leggen aan de schuldeisers. Dit aldus de indieners van het amendement.²

Het is de vraag wat wij hier in de praktijk mee kunnen en moeten. Onduidelijk is wat bedoeld wordt met het hebben van onvoldoende aflossingsmogelijkheden die het onmogelijk maken om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. Wordt hier bedoeld de onmogelijkheid tot aflossing ten behoeve van de *gezamenlijke* schuldeisers, zodat een loonbeslag ten behoeve van een enkele schuldeiser niet daar onder valt?³

Waarom maakt de omstandigheid dat één of meer schuldeisers vooraf al heeft laten weten niet in te stemmen met een buitengerechtelijke schuldregeling, dat een dergelijke schuldregeling kansloos is? Dit met name ook gelet op de mogelijkheid om die schuldeisers te dwingen mee te werken aan een minnelijke schuldregeling.⁴

Waarom maken dakloosheid of echtscheiding het zonder meer onmogelijk om binnen afzienbare tijd een volledig beeld te krijgen van alle schulden? Is een zo goed mogelijk (in plaats van een volledig) beeld niet voldoende? Stimuleert dit niet een afwachtende houding van schuldhulpverleners? En 'last but not least' hoe kan er dan een volledig verzoekschrift worden ingediend (artikel 285 lid 1 onder a Fw) en hoe moet de rechtbank dan beoordelen of aannemelijk is dat de schuldenaar ten aanzien van het ontstaan en onbetaald laten van zijn schulden te goeder trouw is geweest?

1. Ron Cats is senior rechter en rechter-commissaris insolventies in de rechtbank Den Haag. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven en op 9 oktober 2023 voltooid.

2. Tweede Kamer, vergaderjaar 2022-2023, 35915, nr. 20.

3. Zie Rechtbank Den Haag, 28 augustus 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:12843, waarin wordt geoordeeld dat een gelegd loonbeslag niet automatisch betekent dat het onmogelijk is om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen. Zie ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:7171, r.o. 3.11.

4. Artikel 287a Fw.

Over onder meer deze vragen lijken de indieners van het amendement niet te hebben nagedacht, althans de antwoorden daarop blijken niet uit de parlementaire behandeling.

2. De goede trouw termijn (artikel 288 lid 1 onder b Fw)

Om tot de WSNP te worden toegelaten moet een schuldenaar aannemelijk maken dat hij gedurende een bepaalde periode te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden. Die periode was vijf jaar en is nu drie jaar. De minister gaat er hierbij van uit dat informatie over de afgelopen drie jaar voor de rechter voldoende is "om te kunnen bepalen of verwacht mag worden dat een schuldenaar de verplichtingen die samenhangen met een Wsnp-traject zal nakomen".⁵ Of dit een steekhoudend argument is, valt te betwijfelen. Het al dan niet kunnen nakomen van de WSNP-verplichtingen staat immers los van de wijze waarop de schulden zijn gemaakt. Dit verder daargelaten, lijkt verkorting van de goede trouw termijn naar drie jaar alleszins werkbaar.

Deze verkorting lijkt wel weerslag te hebben op de toepassing van de hardheidsclausule van artikel 288 lid 3 Fw. In de memorie van toelichting is er namelijk op gewezen dat voor toelating op basis van de hardheidsclausule de schuldenaar zal moeten aantonen dat het hem in minder dan drie jaar gelukt is om zijn gedrag wezenlijk te veranderen en om voor zichzelf een stabiele situatie te creëren die heel anders is dan de situatie waarin hij zich bevond op het moment dat hij niet te goeder trouw handelde bij het aangaan of onbetaald laten van schulden. Een dergelijke verandering is moeilijk te realiseren binnen zo een korte periode. Daarom zal de hardheidsclausule ook alleen in duidelijke uitzonderingsgevallen worden toegepast.⁶

3. De tienjaarstermijn (artikel 288 lid 2 onder d Fw oud)

Nadat een WSNP-traject – al dan niet met goed resultaat – was voltooid, of die regeling tussentijds was beëindigd, moest tien jaar worden gewacht totdat opnieuw een WSNP-verzoek kon worden gedaan. Werd een dergelijk verzoek binnen die tien jaar gedaan, dan was dat een verplichte afwijzingsgrond.⁷ Het oorspronkelijke wetsvoorstel beoogde deze regeling te versoepelen door de rechter de mogelijkheid te geven een schuldenaar in schrijnende gevallen binnen de tienjaarstermijn toch opnieuw tot het WSNP-traject toe te laten.

Een aantal leden van de Tweede Kamer meent ech-

ter dat "iedereen die te goeder trouw is in principe een tweede kans verdient." De indieners van het amendement vermelden verder: "(...) Nu bepaalt artikel 288, eerste lid, onderdeel b, Fw dat een schuldenaar in de vijf jaar voorafgaand aan de indiening van zijn verzoek om toelating tot de WSNP te goeder trouw moet zijn geweest ten aanzien van het ontstaan en onbetaald laten van zijn schulden. De termijn van deze «goede trouwtoets» wordt in het wetsvoorstel teruggebracht naar drie jaar. Op basis van de hardheidsclausule in artikel 288, derde lid, Fw blijft het als niet voldaan is aan de «goede trouwtoets» toch mogelijk om voor de rechter om een schuldenaar toe te laten tot de WSNP als «voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar de omstandigheden die bepalend zijn geweest voor het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden, onder controle heeft gekregen». Is aan deze voorwaarde voldaan, dan zou de schuldenaar in principe toegang moeten kunnen krijgen tot de WSNP. Daarom regelt dit amendement dat de tienjaarstermijn komt te vervallen."⁸

Hiermee lijkt door de indieners van het amendement over het hoofd te zijn gezien dat een schuldsaneringstraject op zich al als een tweede kans kan worden beschouwd. Zij lijken zich er echter wel van bewust dat het niet de bedoeling is dat schuldenaren keer op keer een beroep op de WSNP doen. Klaarblijkelijk dienen wij volgens de indieners de goede trouw toets voortaan aldus te verstaan dat de schuldenaar niet alleen aannemelijk moet maken dat hij te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan van zijn schulden, maar ook dat hij de omstandigheden die bepalend zijn geweest voor het ontstaan daarvan onder controle heeft gekregen.

4. De looptijd van de WSNP (artikel 349a lid 1, eerste zin Fw)

De looptijd van de WSNP was 36 maanden. Gedurende die looptijd gelden voor de schuldenaar de WSNP-verplichtingen: de afdrachtplicht, de inspanningsplicht, de informatieplicht en de plicht om geen nieuwe schulden te maken. In de reactie van degenen die hebben gereageerd op de adviesaanvraag van de Minister ('de respondenten') is vrijwel geen steun te vinden voor de verkorting van de WSNP-looptijd van 36 naar 18 maanden.⁹ In de consultatiedocumenten is er op gewezen dat het zich laat aanzien dat er geen valide redenen zijn om er van uit te gaan dat een looptijd van 36 maanden te lang is. Toch is bij amendement voorgesteld de WSNP-termijn te verkorten naar 18 maanden.

De indieners "achten verkorting van het Wsnp-traject noodzakelijk om de perspectieven op een schulden-vrije toekomst voor mensen in een problematische schulden-situatie te verbeteren. Een traject om te komen tot een

5. Tweede Kamer, vergaderjaar 2021-2022, 35915, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 9.
6. Tweede Kamer, vergaderjaar 2021-2022, 35915, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 9. Zie in dit verband ook

Rechtbank Midden-Nederland, 7 september 2023, ECLI: NL:RBMNE:2023:4628
7. Behoudens enkele uitzonderingen: zie artikel 288 lid 2 onder d Fw oud.
8. Tweede Kamer, vergaderjaar 2021-2022, 35915, nr. 21.
9. Tweede Kamer, vergaderjaar 2022-2023, 35915, nr. 16.

schone lei is vaak een langdurig en intensief traject. Dit traject begint met een buitengerechtelijk schuldhulpverleningstraject. Eerst wordt in de stabilisatiefase alle schulden in kaart gebracht, en wordt vastgesteld of en zo ja, welke mogelijkheden de schuldenaar heeft om in ieder geval nog een deel van zijn schulden af te lossen. In een buitengerechtelijk schuldhulpverleningstraject volgt na stabilisatie mogelijk een schuldregeling van minstens 3 jaar. Het is ook mogelijk dat een dergelijke regeling uiteindelijk niet tot stand komt en dat de burger doorstroomt naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (Wsnp). Het Wsnp-traject duurt dan nu in principe ook 3 jaar. De periode dat mensen in de schulden zitten kan daardoor oplopen tot 9 jaar. Uit onderzoek blijkt dat de gevolgen hiervan niet alleen desastreus zijn voor het individu, maar ook leiden tot hoge maatschappelijke kosten."¹⁰

Op geen enkele wijze wordt duidelijk gemaakt waarom 'de tijdswinst' wordt gezocht in een WSNP-traject en niet in het daaraan voorafgaande traject dat in het algemeen veel langer duurt. Evenmin lijkt in aanmerking te zijn genomen dat een groot deel van de schuldhulpverleningstrajecten niet met een WSNP-regeling eindigt, bijvoorbeeld omdat het minnelijk schuldregelingstraject slaagt of een dwangverzoek wordt toegewezen.¹¹ Aan de belangen van de schuldeisers wordt geen aandacht geschonken. Maar goed, we hebben het er mee te doen en per 1 juli 2023 is de duur van een WSNP-traject 18 maanden.

Hierbij moet erop worden gewezen dat bij het amendement geen rekening is gehouden met de situatie dat personen die op 1 juli in een 36 maanden durende WSNP-regeling zitten, opeens worden geconfronteerd met een WSNP-regeling die nog maar 18 maanden duurt. Kunnen die personen aanspraak maken op verkorting van hun WSNP-regeling? Het antwoord daarop is 'nee'. In zijn brief van 26 mei 2023 aan de Tweede Kamer¹² schrijft de Minister: "Daarbij is nadrukkelijk gekeken of er mogelijkheden zijn om reeds lopende Wsnp-trajecten op basis van de wetswijziging te verkorten. Deze mogelijkheden zijn er helaas niet. Dit komt omdat er rekening gehouden dient te worden met dat de duur van een Wsnp-traject bij vonnis wordt bepaald. Daarnaast is bij de wetsbehandeling en specifiek deze wijziging die bij amendement is ingediend geen overgangsbepaling opgenomen. Ik ben me er van bewust dat dit voor een burger die in een lopend Wsnp-traject zit als moeilijk zal worden ervaren. Dit is mede reden geweest om de wet zo spoedig mogelijk in te voeren, zodat het aantal personen waarvoor dit geldt zo beperkt mogelijk wordt gehouden." Een verzoek tot verkorting van de looptijd in een 'oude' (36 maanden durende) WSNP-regeling dat enkel is gebaseerd op

de wetswijziging, zal dus geen kans van slagen hebben.¹³

Zijdelings wordt hier nog vermeld dat zal moeten worden gezien of de verkorting van de looptijd naar 18 maanden invloed zal moeten hebben op de verslagtermijn van de bewindvoerder. De bewindvoerder moet binnen twee maanden na toepassing van de WSNP een verslag uitbrengen, vervolgens telkens na zes maanden¹⁴ en tenslotte uiterlijk drie maanden voor het verstrijken van de looptijd een eindverslag.¹⁵ Dit lijkt wat te gaan knellen bij een looptijd van 18 maanden. Dit zal er toe leiden dat rechters-commissarissen in WSNP-zaken die na 1 juli 2023 zijn uitgesproken in beginsel de verslagtermijnen zullen gaan inkorten naar drie maanden.¹⁶

5. Wijziging looptijd van de WSNP (artikel 349a lid 1, tweede zin en artikel 349a lid 2 Fw)

De rechtbank kan bij toelating tot de WSNP een langere termijn dan 18 maanden vaststellen "als de aard van de schulden daartoe aanleiding geeft of de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen", maar maximaal 3½ jaar.

De termijn van de WSNP kan ook door de rechter-commissaris worden gewijzigd. Een verlenging van de termijn tot maximaal vijf jaar is mogelijk als de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen, of als de schuldenaar toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van een of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen, of als zich andere omstandigheden voordoen, die bij algemene maatregel van bestuur kunnen worden bepaald.

6. Ingangsdatum WSNP (artikel 349a lid 1, eerste zin Fw)

Van de looptijd moet worden onderscheiden de datum waarop die looptijd begint (de ingangsdatum). Het nieuwe eerste lid van artikel 349a leidt er toe dat de termijn van de schuldsaneringsregeling niet perse begint te lopen op de dag van de uitspraak tot toepassing van de schuldsaneringsregeling. De looptijd kan ook beginnen vanaf een daarvóór gelegen dag, namelijk de dag waarop de eerste aflossing is gedaan in het kader van de buitengerechtelijke schuldregeling.

10. Tweede Kamer, vergaderjaar 2022-2023, 35915, nr. 30.
11. Bijvoorbeeld 2021: 620.000 problematische schulden, 78.698 aanmeldingen schuldhulp, 17.408 schuldregelingen en 2.999 toelatingen WSNP (Bronnen: CBS 2021, NVVK 2021, Bureau WSNP 2021, Divosa 2021).
12. Kamerbrief d.d. 26 mei 2023 over de inwerkingtreding van de wetswijziging WSNP van de minister van Justitie en Veiligheid aan de voorzitter van de Tweede Kamer.

13. Rechtbank Gelderland 4 juli 2023, ECLI:NL:RBGEL:2023:3829, Rechtbank Overijssel 11 juli 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:2668, Rechtbank Oost-Brabant, 22 augustus 2023, ECLI:RBOBR:2023:4180.
14. Artikel 318 Fw.
15. Artikel 351a Fw.
16. Artikel 318 lid 2 Fw.

Met dit laatste lijken het minnelijke traject en het wettelijke traject in elkaar te worden geschoven. Dit levert wel wat praktische problemen op. Wat is aflossen, afdragen of sparen? Aflossen op basis van de beslagvrije voet of een Vrij te laten bedrag (Vtlb) zoals wij in de WSNP kennen? Indien in het minnelijke traject onregelmatig is afgelost, wanneer is dan met aflossen begonnen? Wanneer in een buitengerechtelijk schuldregelingstraject 18 maanden wordt afgelost, komt die schuldenaar dan bij toelating direct in aanmerking voor de schone lei? Hoe wordt daarbij getoetst of de andere WSNP-verplichtingen (bijvoorbeeld de informatieverplichting en de verplichting om geen nieuwe schulden te maken) zijn nagekomen?

Op een aantal van deze vragen heeft Recofa antwoord proberen te geven. In de Landelijk uniforme beoordelingscriteria toelating schuldsaneringsregeling¹⁷ is het volgende opgenomen:

Uitgangspunten bij de beoordeling van de vraag of sprake is van aflossingen in het kader van een buitengerechtelijke schuldregeling (artikel 349a, eerste lid 1 Fw)

1. Aflossen is maximaal aflossen.
2. De hoogte van de aflossing wordt vastgesteld aan de hand van het vrij te laten bedrag zoals berekend met de calculator die via het internet beschikbaar is.
3. Invulling van de inspanningsplicht zoals in de Wsnp:
 - a. Sollicitatieplicht die op dezelfde wijze wordt ingevuld als in de WSNP.
 - b. Controle op sollicitatieplicht op vergelijkbare wijze als in de WSNP.
 - c. Vrijstelling sollicitatieplicht die op vergelijkbare wijze wordt ingevuld als in de WSNP.

In het Landelijk procesreglement verzoekschrift-procedures insolventiezaken rechtbanken wordt bepaald (artikel 3.1.2.6. Bijvoeging stukken):

f. Indien verzoeker reeds aflossingen heeft gedaan ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het kader van de buitengerechtelijke schuldregeling als bedoeld in artikel 285 lid 1 onder f Fw:

- de datum van de eerste aflossing;
- opgave van de hoogte van de aflossingen op maand-basis, met overlegging van de berekening van het vrij te laten bedrag in die maand met de calculator die via het internet beschikbaar is (...) en met overlegging van stukken die eventuele correcties in het nominale deel onderbouwen;
- tenzij verzoeker volledig arbeidsongeschikt is: met overlegging van stukken waaruit blijkt dat verzoeker in die maanden (i) ten minste 36 uur per week (of minder in geval van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid) werkzaam was of (ii) minimaal vier keer per maand heeft gesolliciteerd naar een bij het arbeidsvermogen passende dienstbetrekking;
- in geval van (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid: een bewijs van (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid;

Op deze wijze wordt tot uitdrukking gebracht dat wanneer een schuldenaar wenst dat de WSNP ingaat op een datum die is gelegen vóór de datum van het toelatingsvonnis, dit kenbaar moet worden gemaakt door middel van een onderbouwd verzoek. Dat verzoek moet zijn voorzien van de stukken zoals vermeld in het Procesreglement (bij gebreke waarvan het verzoek niet-ontvankelijk kan worden verklaard) en zal onder meer worden beoordeeld aan de hand van de hiervoor weergegeven beoordelingscriteria.¹⁸

Maar dan zijn we er nog niet. Wanneer er eerder wordt afgelost, kan de ingangsdatum WSNP dus worden bepaald op een datum vóór de toelatingsdatum. Hierdoor gaat ook de periode tussen de eerdere ingangsdatum en de toelatingsdatum (de vóórperiode) tot de WSNP-periode behoren. In die periode moet aan de (andere) WSNP-verplichtingen worden/zijn voldaan. Denk hierbij aan de informatieverplichting en de verplichting om geen nieuwe schulden te maken. Ook moeten de aflossingen die in de vóórperiode zijn gedaan nog daadwerkelijk op de boedelrekening terechtkomen. Bovendien geldt dan ook met terugwerkende kracht de vereffenings-taak voor de bewindvoerder.¹⁹ Dit laatste is een taak waarvoor een schuldhulpverlener veelal geen aandacht zal hebben en waarvoor die ook geen bevoegdheden heeft. Voor uitvoering van de vereffenings-taak (inclusief onderzoek) en de controle op de nakoming van verplichtingen in de vóórperiode is tijd nodig, waarbij kan worden uitgegaan van zes maanden. Die periode van zes maanden kan worden gerealiseerd door ieder WSNP-traject waarbij de ingangsdatum meer dan 12 maanden vóór de toelatingsdatum ligt te verlengen, zodanig dat de WSNP in ieder geval nog zes maanden vanaf toelatingsdatum van toepassing is. Indien en voor zover al 18 maanden correct aan de boedel is afgedragen, kan worden bepaald dat gedurende de verlengingsperiode geen verplichting bestaat om aan de boedel af te dragen, maar geldt bijvoorbeeld wel de informatieverplichting. Dit verdient wellicht geen schoonheidsprijs, maar is een gevolg van een wetswijziging waarbij over dit punt niet lijkt te zijn nagedacht.

Hoe om te gaan met de situatie dat in het minnelijk traject wel een bepaald bedrag is gespaard, maar dit niet iedere opeenvolgende maand is gebeurd en/of niet gelijk is aan bedragen die in de WSNP moeten worden afgelost (netto inkomsten minus Vtlb)? Ook hier is tijdens de parlementaire behandeling niet over nagedacht. Wel is vermeld: "(...) Op dit moment is het zo geregeld dat de aflosperiode in de Wsnp pas (ingaat; rc) vanaf het moment dat de rechter uitspraak doet. Dit terwijl mensen met problematische schulden dan soms al vele maanden tot zelfs ruim een jaar aan het aflossen zijn. Deze extra aflossingen hebben geen effect op het bedrag of de duur van de schuldsanerings-regeling die de rechter uitspreekt. De indiener is van

17. Bijlage III bij het Landelijk procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken (artikel 5.3.6).

18. Zie ook: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 augustus 2023: ECLI:NL:GHARL:2023:7171

19. Artikel 316 lid 1 onder b Fw.

mening dat dit ongewenst is en om die reden regelt dit amendement dat de termijn van de schuldsaneringsregeling start vanaf het moment dat de eerste aflossing is gedaan in het kader van de gemeentelijke schuldhulpverlening.²⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat de wetgever bij een volledig schuldsaneringstraject – dus het minnelijke traject én het wettelijke traject tezamen – een aflosperiode van 18 maanden tot uitgangspunt neemt. Hiervan uitgaand kan met onregelmatige of onvoldoende aflossingen in het minnelijk traject rekening worden gehouden door terug te rekenen. Bijvoorbeeld, in het minnelijk traject is € 795,- bij elkaar gebracht. Op basis van de inkomsten en de overgelegde Vtlb-berekeningen had gedurende de laatste 6 maanden vóór de behandeling van het WSNP-verzoek een bedrag van € 100,- moeten worden afgelost en gedurende de 6 maanden daarvoor € 125,- per maand. Dan kan worden teruggerekend dat het gespaarde bedrag van € 795,- voldoende is om de laatste 6 maanden voor de toelatingszitting af te lossen en 1 maand van de daaraan voorafgaande periode. In dat geval kan de ingangsdatum worden bepaald op 7 maanden vóór de datum van het vonnis waarbij de schuldenaar tot de WSNP wordt toegelaten.

Het is niet duidelijk of de wetgever ook oog heeft gehad voor schuldenaren die géén afloscapaciteit hebben. Een eerdere ingangsdatum is volgens de wetstekst immers slechts mogelijk na eerdere aflossing. Dit zou dus betekenen dat als niet eerder is afgelost, er geen sprake kan zijn van een eerdere ingangsdatum, ongeacht de reden van het niet-aflossen. De rechtbank Overijssel vraagt zich in dit verband af of dit niet tot schrijnende en onaanvaardbare gevolgen leidt.²¹ Ik vraag mij echter af, of in een situatie waarin kan worden vastgesteld dat een schuldenaar in het minnelijk traject geen afloscapaciteit had én duidelijk is dat dit niet zal veranderen, niet uitgaan kan worden van "maximaal aflossen". De schuldenaar kon niet aflossen en zal niet kunnen aflossen, zodat de financiële uitkomst voor de schuldeisers hetzelfde zal blijven, ongeacht de ingangsdatum van de WSNP-regeling.

In dit verband doet zich nog een kwestie voor. Stel een schuldenaar wordt met ingang van de toelatingsuitspraak tot de WSNP toegelaten, terwijl hij om een eerdere ingangsdatum heeft verzocht. Kan de schuldenaar van de beslissing in hoger beroep komen? Bij lezing van artikel 292 lid 2 Fw zou kunnen worden geconcludeerd dat dit niet het geval is. Echter, wanneer het verzoek om een eerdere ingangsdatum wordt aangemerkt als onderdeel van het WSNP-verzoek en afwijzing daarvan dus als een gedeeltelijke afwijzing van het WSNP-verzoek, kan daar anders over worden gedacht. Dit doet het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dan ook.²² In een geval waarin het WSNP-verzoek wordt toegewezen, maar het verzoek om een eerdere ingangsdatum wordt afgewe-

zen, oordeelt het hof dat hoger beroep tegen de afwijzende beslissing mogelijk is. Opvallend hierbij is dat het hof overweegt dat het verzoek om een eerdere ingangsdatum feitelijk neerkomt op een verzoek tot termijnverkorting. Dit is mijns inziens niet juist. Ook indien een verzoek om een eerdere ingangsdatum wordt toegekend, is en blijft de termijn van de wettelijke schuldsaneringsregeling 18 maanden. Er is 'slechts' sprake van de bijzonderheid dat een deel van die termijn is gelegen vóór de WSNP-uitspraak.

7. Samenvatting

De wetswijziging laat zich als volgt samenvatten:

- Geen poging tot een minnelijke regeling nodig als aannemelijk is dat onvoldoende aflossingsmogelijkheden bij de schuldenaar of andere omstandigheden het onmogelijk maken om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen: artikel 285 lid 1 onder f.
- De goede trouw termijn naar 3 jaar (was 5 jaar): artikel 288 lid 1, onder b.
- De tienjaarstermijn (oud: artikel 288 lid 2 onderdeel d) vervalt.
- Looptijd WSNP 18 maanden in plaats van 36 maanden: artikel 349a lid 1.
- Bij toelating een langere termijn (dan 18 maanden) mogelijk, maar maximaal 3½ jaar: artikel 349a lid 1.
- Ingangsdatum WSNP: de dag van de uitspraak tot de toepassing WSNP of de dag waarop de eerste aflossing is gedaan in het kader van de buitengerechtelijke schuldregeling: artikel 349a lid 1.
- Wijziging door rechter-commissaris van de termijn WSNP tot ten hoogste 5 jaar als de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen, of als de schuldenaar toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van een of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen of als zich andere omstandigheden voordoen, die bij algemene maatregel van bestuur kunnen worden bepaald: artikel 349a lid 2.

De bedoeling van dit alles is goed, maar of dit er toe gaat leiden dat de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de WSNP zal verbeteren, is onduidelijk en tot op heden in de praktijk nog niet waarneembaar. Wel is duidelijk dat het wetsontwerp door de amendementen aan overzichtelijkheid heeft ingeboet, waardoor op meerdere punten de indruk bestaat dat 'het grote geheel' uit het oog is verloren. Misschien toch wat te weinig aandacht voor 'het veld' gehad? Dat is jammer. Tenminste even jammer is dat het risico bestaat dat het maatschappelijk draagvlak van de WSNP aangetast raakt, nu de onderbouwing van de amendementen niet altijd erg

20. Tweede Kamer, vergaderjaar 2022–2023, 35915, nr. 29 & overzicht van de stemmingen in de Tweede Kamer (brief d.d. 24 januari 2023 aan de leden van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid).

21. Rechtbank Overijssel 10 juli 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:2628.

22. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 24 augustus 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:7171

overtuigend of steekhoudend is en het belang van de schuldeisers als gevolg van de wijzigingen wel erg op de achtergrond is geraakt. Nu maar hopen dat dit risico zich niet verwezenlijkt.²³

23. De Vtlb-calculator, te vinden op www.bureauwsnp.nl.

De TerugQijQ

Interview van Reinier Quint en Hylke Brandsma, voormalig partners en curatoren bij Nysingh

mr. J.J.P.T. van Summeren¹

Elektronicaketen Megapool, ATAG, landbouwmachinegroothandel Netago, fietsenfabriek Union en producent Biodiesel Kampen. Dit is slechts een greep uit de vele honderden, zo niet duizenden faillissementen, die Hylke Brandsma en Reinier Quint tijdens hun carrière hebben behandeld. Een carrière waarover zij met passie spreken op een warme zomerdag in augustus, in een dorp middenin de Veluwe. Een gesprek waarin niet de juridische inhoud, maar de praktische kant van de faillissementspraktijk en de belangenafwegingen die curatoren maken centraal stonden.

De eerste stappen als advocaat en curator

Brandsma als Quint begonnen hun carrière allebei in Rotterdam. Brandsma bij een rechtsvoorganger van het huidige Simmons & Simmons, Quint bij een voorganger van het huidige Loyens & Loeff. Zoals destijds gebruikelijk was, betekende beëdiging als advocaat vrijwel meteen de eerste benoeming als curator. Zonder enige ervaring werd je verantwoordelijk voor de afwikkeling van een faillissement. *"De chef de bureau nam je onder de arm"*, herinnert Brandsma zich die periode. De faillissementen van kleine ondernemingen en particulieren behandelden Brandsma en Quint veelal zelfstandig. In de grotere faillissementen was het meelopen met andere, ervaren curatoren. Kijken, leren en daarna heel snel veel werkzaamheden zelf uitvoeren.

Quint startte in de familierechtpraktijk, maar werd al vrij snel betrokken bij de ondernemings- en insolventiepraktijk van zijn kantoor. Als jonge advocaat raakte hij betrokken bij de surseance van betaling van het Rijn-Schelde-Verolme-concern. Een jaar lang zat hij vooral op het hoofdkantoor van het scheepsbouwconcern. *"Een buitengewoon leerzame periode"*, zo omschrijft Quint zijn eerste kennismaking met de curatorenpraktijk. Hij kreeg veel vrijheid, kon zelfstandig handelen en activa verkopen. Hij maakte van dichtbij de werkwijze van banken en rechters mee. Rechters schakelden snel en op verzoekschriften werd soms per kerende post beslist. Brandsma sluit daarbij aan als hij de 'natte praktijk' in Rotterdam beschrijft. *"Je ging naar de president thuis om een rekest in te dienen."* Brandsma en Quint zeggen allebei zonder enige twijfel dat de start in Rotterdam een goede leerschool is geweest.

De faillissementspraktijk in 'het oosten'

De start in Rotterdam is niet de enige overeenkomst in de carrières van Brandsma en Quint. Na de periode aldaar werd de praktijk voortgezet in het oosten van het land. Tot aan hun pensioen zijn beide heren verbonden geweest aan Nysingh advocaten en haar

rechtsvoorgangers. De overstap van oost naar west was een wereld van verschil. Brandsma noemt als voorbeeld dat in het oosten de teller niet meteen begon te lopen. *"De cliënt verwacht geen factuur na een eerste kop koffie."* Quint vult aan dat de omgang met cliënten ook anders was. Meer ontspannen.

Terugkerende thema's bij de afwikkeling van faillissementen

In hun jarenlange carrières als advocaat en curator behandelden Brandsma en Quint de meest uiteenlopende faillissementen. In grote faillissementen zoals Netagco en Tel Sell waren zij allebei curator. Volgens Quint waren dergelijke grote faillissementen boeiend, maar zeker niet maatgevend. Een groot faillissement is uitzonderlijk, niet de standaard en maak je niet dagelijks mee. Desondanks zijn er altijd bepaalde terugkerende thema's, ongeacht de omvang van een faillissement.

Eén daarvan betreft de lege boedelproblematiek. Ook in grote faillissementen is het geen vanzelfsprekendheid dat je als curator je salaris voldaan krijgt. Brandsma noemt de faillissementen van Atag en Netagco als voorbeeld. In het faillissement van Atag werd hij als curator direct geconfronteerd met dwangcrediteuren. Hij kon geen kant op, omdat toegang tot de software onmogelijk was. *"De eerste € 1.200.000 was ik al kwijt voordat er ook maar iets in de boedel zat."* Quint vult aan dat je als curator in een dergelijke situatie vaak bent overgeleverd aan de bank, die de financiële touwtjes in handen heeft. Dat kan het lastig maken om in een later stadium ten behoeve van de bank gevestigde zekerheidsrechten te betwisten. Als curator moet je voorkomen dat je aan de leiband van de bank loopt, aldus Quint. Hij pleit voor een waarborgfonds voor curatoren, uit welk fonds aan curatoren in lege boedels een soort *"opruimpremie of afvalstoffenheffing"* wordt betaald.

Twee andere terugkerende thema's, ongeacht de omvang van het faillissement, zijn het bewaren en vei-

1. Jolanda van Summeren is advocaat bij Stellicher advocaten te Arnhem.

ligstellen van administratie en het kiezen van de juiste overnamekandidaat. Bij dat eerste gaat het veelal over de daarmee gemoeid gaande kosten, bij het tweede spelen onderwerpen als maatschappelijk belang en reputatie van de overnemer of doorstarter een rol. Op mijn prikkelende vraag, *"wat als een aasgier het hoogste bedrag biedt?"*, volgt het antwoord dat er voor een curator niets te kiezen valt als er maar één bod is. De situatie wordt anders bij meerdere gegadigden. Naast de koopsom kan de reputatie van de bieder een rol gaan spelen. De Hoge Raad heeft de curator de vrijheid gegeven om werkgelegenheid mee te wegen als bijvoorbeeld één bod veel hoger is dan de andere biedingen, maar bij dat hoogste bod niet of nauwelijks werkgelegenheid wordt behouden. Een oplossing voor het selecteren van de juiste doorstart- of overnamekandidaat is niet voorhanden. Volgens Brandsma en Quint lost regelgeving niets op. *"Je slaat daarmee alles dood."* Brandsma herinnert zich het faillissement van Megapool waarin niet is gegund aan degene met het hoogste bod. Redenen daarvoor waren de persoon van de bieder en het gegeven dat het bod te mooi was om waar te zijn. *"De praktijk is weerbarstig"*, zegt Brandsma. *"Je wordt aan alle kanten beïnvloed als curator."* Dit maakt ook dat je je altijd moet realiseren dat je een informatieachterstand hebt. Een informatieachterstand die er niet is voor bijvoorbeeld het oud-bestuur.

Het ethisch kompas van een curator

De mijmeringen van Brandsma over doorstart- en overnamekandidaten vormen het bruggetje naar het ethisch kompas van de curator. Quint geeft aan dat Brandsma en hij verschillend waren en elkaar tegelijkertijd goed aanvulden. *"Waar wij elkaar in vonden? Dat is denk ik integriteit."* De curatoren geven aan niet roomser dan de paus te zijn geweest, maar wel altijd aandacht te hebben gehad voor de zuiverheid van hun handelen. Zij werkten bij een groot kantoor en konden altijd overleggen over ethische kwesties en dilemma's. Het uitwisselen van ervaringen en sparren met collega's hielp heel erg in de faillissementspraktijk. Quint: *"Je moet alle schijn voorkomen anders zit je op een hellend vlak."* Brandsma vult aan *"dat het gaat om de kleine dingen."* Als voorbeeld noemt hij het meegeven van boedelactief aan een derde omdat toch niemand dat actief zal missen. Sommige mensen zouden denken *"waar maak je je druk om?"* Voor Brandsma zijn het juist die kleine dingen waarbij integriteit het allerbelangrijkst is. Quint geeft aan nog altijd trots te kunnen zijn op de wijze waarop Brandsma en hij handelden. *"Vertrouwen komt te voet en gaat te paard."*

Een thema bij integriteit is het procederen in hoedanigheid van curator. *"Moet je als curator zelf procederen?"* vraagt Brandsma zich hardop af. Hij en Quint zijn het erover eens dat je dat eigenlijk niet moet doen. Een kantoorgenoot inschakelen heeft ook niet de voorkeur. Het meest zuiver is het verlenen van opdracht aan een andere, externe, advocaat. Vanuit integriteitsoogpunt is de keuze helder, vanwege de legeboedelproblematiek is de praktijk anders. *"Wie ga je bij een lege boedel vragen?"*, zegt Quint. *"Een andere advocaat gaat echt geen procedure voor een curator*

voorfinancieren."

Contacten en ervaringen met sterkhouders

Niet alleen de onderlinge samenwerking passeert de revue. Brandsma en Quint gaan uitgebreid in op de omgang met de rechter-commissaris, de failliet en andere betrokkenen. Brandsma en Quint hebben vele rechters-commissarissen zien komen en gaan. Zij spreken positief over het onderlinge contact tussen curatoren en rechters-commissarissen. Die contacten zijn goed en goed geweest, hoewel sommige rechters-commissarissen deskundiger waren dan anderen.

Een verdere professionalisering van rechters-commissarissen is wat Quint betreft een gewenste ontwikkeling. Het volgen van de INSOLAD/Grotius specialisatieopleiding zou verplichte kost moeten zijn. Brandsma merkt over de deskundigheid en betrokkenheid van rechters-commissarissen op dat het *"onmogelijk is om alles te managen"* vanwege de hoeveelheid aan dossiers bij de insolventieafdeling van de rechtbank. *"Soms trof je een rechter-commissaris die actief bij de faillissementsontwikkeling betrokken was."* In het faillissement van Biodiesel Kampen had Quint bijvoorbeeld wekelijks overleg met de rechter-commissaris. Dat was eerder uitzondering dan regel. In andere faillissementen kreeg je als curator wel eens de instructie om een hogere opbrengst uit te onderhandelen. Een curator moet een rechter-commissaris echter niet in de verleiding brengen om beheerstaken te verrichten. Quint beaamt dat: *"Je moet niet op de stoel van de curator gaan zitten als rechter-commissaris."* Als curator moet je de rechter-commissaris daartoe ook niet in de verleiding brengen. Je moet staan voor je handelswijze. Een curator heeft toestemming nodig van de rechter-commissaris: de rechter-commissaris is niet zijn juridisch loket. Een tweede aandachtspunt bij het rechtercommissariaat is het intern wisselen van afdeling, dat zou veel minder snel moeten plaatsvinden. Rechters-commissarissen moeten de curatoren en het werkveld leren kennen. Daar is tijd voor nodig. Het zou een goede ontwikkeling zijn als rechters voordat zij rechter worden *"eerst met de poten in de modder staan"*, zegt Brandsma gedecideerd.

Al pratend komen Brandsma en Quint bij de contacten binnen de eigen balie. De heren zijn eensgezind: welwillendheid is van belang. Als advocaten en curatoren kom je elkaar regelmatig tegen. *"Een goede onderlinge verstandhouding doet de zaak alleen maar goed"*, volgens Brandsma. Ook aan hun contacten met de Belastingdienst bewaren de oud-curatoren goede herinneringen. *"Ik belde altijd met de Belastingdienst"*, zegt Brandsma. *"Mijn contactpersonen waren heel benaderbaar en ik kreeg altijd informatie."* Ook met de FIOD verliepen de contacten goed. *"Die jongens waren toegankelijk, die van het UWV trouwens ook."* Met name de buitendienst van UWV verdient een compliment. De buitendienstmedewerkers gaven UWV een gezicht en dat verzacht voor werkne-

mers de pijn. Werknemers zien toch iemand van vlees en bloed die voor hen staat.

Veranderingen in de faillissementspraktijk

In de loop der jaren hebben Brandsma en Quint de insolventiepraktijk zien veranderen. Specialisatie vinden zij allebei een goede ontwikkeling, omdat het gewoonweg onmogelijk is om op ieder rechtsgebied specialist te zijn. Misschien nog wel meer dan bij andere rechtsgebieden speelt het praktischelement in het insolventierecht een grote rol. Curator zijn leer je niet in de collegebanken. Brandsma: *"Je moet een beetje van de straat zijn."* Het hebben van een dikke huid is zeker geen overbodige luxe.

De laatste jaren besteedt de Nederlandse orde van advocaten steeds meer aandacht aan veiligheid en weerbaarheid van advocaten en curatoren. Een ontwikkeling die Brandsma niet meer heeft meegeemaakt. *"Ik moet niet denken aan het ontvangen van haatmail"*, zegt hij. Quint geeft aan dat het met name door de komst van sociale media voor werknemers en schuldeisers veel gemakkelijker is om zich te uiten. Brandsma geeft aan één keer bedreigd te zijn met een pistool. Degene die hem bedreigde had mentale problemen. Brandsma werd weken, misschien wel maanden 's nacht gebeld, ook in de weekenden. Echt bang dat er iets ernstig zou gebeuren was hij niet, maar de situatie was verre van plezierig te noemen. *"De r-c's springen wel voor je in de bres als het nodig is"*, aldus Brandsma. Je staat er als curator in een dergelijk geval niet alleen voor.

Tips voor de praktijk

Brandsma en Quint geven nog vier heldere tips voor de praktijk. Allereerst moet er bij iedere curator het besef zijn dat de failliet aan het eind van zijn Latijn is. Een slechtere positie is niet denkbaar. Met gestrekt been erin gaan, is nooit de oplossing. Dat laatste is niet alleen een tip voor curator, maar evenzeer voor stakeholders, verduidelijkt Brandsma. *"Ook die zouden er niet met gestrekt been in moeten gaan"*. De tweede tip sluit aan bij de eerder in het gesprek besproken integriteit van een curator. *"Leg uit wat je*

doet en doe wat je zegt."

Curatoren moeten zich daarnaast bewust zijn van hun tekortkomingen. Quint: *"Je bent geen ondernemer, je bent geen accountant."* Het doordraaien van een onderneming is risicovol en zou een curator volgens hem niet zomaar moeten doen. Brandsma haakt daarop aan met zijn opmerking dat er in de rechtenstudie en in ieder geval tijdens de beroepsopleiding voor advocaten meer aandacht moet worden besteed aan financieel inzicht. Bedrijfseconomisch moet een curator goed onderlegd zijn. INSOLAD levert een heel goede bijdrage en zet in op professionalisering en grondige financieel-economische kennis, maar dat is eigenlijk veel te laat.

De laatste tip is kort maar krachtig: *"Je hebt als curator alleen wat te zeggen over de spulletjes."* Deze tip relateert en brengt de taak van een curator terug tot de kern: het beheren en vereffenen van de failliete boedel zoals bepaald in artikel 68 lid 1 Fw. Zo simpel als dat klinkt, is het niet in de praktijk. In het faillissement van Netagco zagen Brandsma en Quint zich geconfronteerd met actief in Rusland. In onderling overleg hadden de curatoren besloten dat Brandsma het 'Russische deel' samen met de bank voor zijn rekening zou nemen en de onderhandelingen in Rusland zou voeren. Dat was gemakkelijker gezegd dan gedaan, niet in de laatste plaats vanwege de taalbarrière. Alleen de bestuurder was in het actief geïnteresseerd en hij heeft dat uiteindelijk voor een appel en een ei gekocht.

Op mijn slotvraag of Brandsma en Quint met de kennis en wijsheid van nu een andere carrière zouden hebben nagestreefd, volgt een volmondig *"nee"*. *"Wij zouden het zo weer doen."* De stelligheid van de heren wordt overigens niet door iedereen gedeeld. Met een brede lach op zijn gezicht sluit Quint het gesprek af met de opmerking dat *"heel veel kantoorgenoten een moord zouden doen om nooit curator te hoeven worden."* Gelukkig hebben Brandsma en Quint hun praktijk met een gerust hart kunnen overdragen aan kundige en enthousiaste kantoorgenoten.

Rechtspraakoverzicht oktober tot en met december 2023

mr. J. Wind

Rechtbank Noord-Nederland 5 oktober 2023; ECLI:NL:RBNNE:2023:4179

Op 9 februari 2016 wordt X vof op verzoek van haar beide vennoten failliet verklaard.

De curator komt tot de slotsom dat actief in de boedel onvoldoende is om de schulden van de vof te betalen. Hij spreekt daarop de beide vennoten voor het tekort aan, ex art. 33 KvK, en verzoekt het faillissement van ieder van de vennoten. Beide vennoten worden op hun verzoek vervolgens toegelaten tot de WSNP.

De rechter-commissaris in het faillissement van de vof is van oordeel dat door het indienen van een vordering als bedoeld in art. 33 KvK in de WSNP's van de vennoten de taak van de curator is voltooid, zodat het faillissement kan worden opgeheven ex art. 16 Fw. Een verzoek tot opheffing wordt door de rechter-commissaris bij de rechtbank ingediend.

Ten aanzien van het salaris van de curator voert de rechte-commissaris aan dat ingevolge art. 6.3 onder e van de Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling bij een faillissement van een natuurlijk persoon het salaris c.a. in beginsel wordt vastgesteld op een bedrag dat niet hoger is dan het beschikbare actief en dat dat ook dient te gelden wanneer er sprake is van een vof, om te voorkomen dat vennoten na afloop van het faillissement (kunnen) worden geconfronteerd met een vordering van de curator (voor het niet betaald gedeelte van het vastgestelde salaris c.a.; JW).

De curator verwacht dat de vordering ex art. 33 KvK in de WSNP's zal leiden tot een substantiële uitkering aan de faillissementsboedel van de vof. De curator stelt zich op het standpunt dat de vorderingen van de zaaks crediteuren primair in het faillissement dienen te worden afgewikkeld en dat verreweg de meeste van die crediteuren (zelf; JW) geen vordering hebben ingediend in de WSNP's.

Art. 6.3 onder e van de Richtlijnen is volgens de curator niet aan de orde omdat een vof niet gelijkgesteld kan worden met een natuurlijk persoon. De curator is van oordeel dat het actief waartoe het salaris c.a. in beginsel zou moeten worden beperkt volgens hem betreft de som van het actief in de faillissementsboedel en de WSNP-boedels van beide vennoten. Hij heeft verzocht het (eind)salaris vast te stellen op € 85.319,97 (waarop hij al een voorschot heeft ontvangen van € 41.632,23).

De curator heeft ook het voornemen in de WSNP's een vordering in te dienen ter zake van zijn salaris in het faillissement.

De rechtbank vindt het verzoek tot beëindiging van het faillissement van de vof prematuur. Er heeft in

de WSNP's nog geen verificatievergadering plaatsgevonden, noch een vereffening in de WSNP's van de vennoten. De verificatievergadering staat gepland op 30 oktober 2023. Het opheffingsverzoek wordt door de rechtbank afgewezen.

Met een verwijzing naar de uitspraak van haar eigen rechtbank van 19 april 2019 (ECLI:NL:RBNNE:2019:649) is de rechtbank van oordeel dat het gestelde in art. 6 onder e van de Recofa-richtlijnen ook toegepast moet worden op een faillissement van een maatschap of een vof.

Het huidige boedelsaldo bedraagt € 8.415,72, zodat het eindsalaris, inclusief het al ontvangen voorschot van € 41.632,32, wordt vastgesteld op € 50.047,95 (excl. BTW).

De rechtbank heeft ook nog overwogen: De curator heeft de verwachting dat uit de afwikkeling van de WSNP's een (substantiële) uitkering aan de faillissementsboedel zal volgen. Indien die verwachting juist zou blijken te zijn kan de curator (te zijner tijd) in het kader van de opheffing van het faillissement de rechtbank verzoeken zijn salaris alsnog op een hoger bedrag vast te stellen, welk verzoek dan tegen de achtergrond van de danmalige stand van de boedel en het bepaalde in art. 6.3 onder e van voormeld richtlijnen dient te worden beoordeeld.

Hoge Raad 6 oktober 2023; ECLI:NL:HR:2023:1372

In deze zaak heeft de Hoge Raad twee (uitgebreide) prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) betreffende de pre-pack en het bepaalde in art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG (overgang van onderneming). De antwoorden van het HvJEU zijn, samengevat, dat wanneer de pre-pack procedure is geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen de richtlijn op de overgang van een onderneming niet van toepassing is.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10 oktober 2023; ECLI:NL:GHARL:2023:8459

Y heeft aan X BV een lening verstrekt van € 23.600. In verband met de lening is ook een pandovereenkomst afgesloten waarin, voor zover van belang, is opgenomen dat wanneer X BV in verzuim is ten aanzien van haar betalingsverplichtingen, Y bevoegd is de verpande zaken op te eisen en te verkopen. Feitelijk wordt vastgesteld dat X BV daarop per eind 2014

een bedrag van € 18.000 heeft terugbetaald, waardoor de restschuld van X BV toen € 5.600 was.

Als gevolg van een inkoopfactuur van 31 december 2014 van Y aan X BV ter hoogte van € 27.830 (voor roerende zaken waaronder o.m. 3 bestelbussen) heeft Y op de factuur vermeld dat overeengekomen is dat het (gehele) bedrag van € 27.830 verrekend werd met de openstaande lening.

Tevens zou zijn overeengekomen dat X BV de roerende zaken van Y zou huren.

X BV is op eigen aangifte failliet verklaard op eigen aangifte op 12 januari 2016. De curator heeft (o.m.) de hiervoor genoemde overeenkomst, ook volgens het Hof terecht, op grond van art. 42 Fw buitengerechtelijk vernietigd.

Y stelt dat zij de lening heeft opgeëist en dus bevoegd was de roerende zaken onder zich te nemen. Het Hof stelt vast dat uit niets blijkt dat Y de lening heeft opgeëist en daarvoor ook geen aanleiding was (in december 2014) omdat er door X BV regulier werd afbetaald en de aflossingen waren niet gestaakt. Daardoor was het aangaan van de overeenkomst onverplicht en is er sprake van benadeling van de overige schuldeisers. Y heeft niets tegen de vaststelling van de rechtbank dat er ook sprake van wetenschap van benadeling was ingebracht. De rechtbank heeft geoordeeld dat Y aan de boedel zou moeten betalen € 27. Het Hof is van oordeel dat er geen verrekening mag plaatsvinden tussen het bedrag dat ex art. 51 Fw terug gebracht moet worden in de boedel (€ 27.830) en de voor faillissementsdatum ontstane restantvordering uit de lening (€ 5.600). Het Hof overweegt: Uit de strekking van art. 51 W blijkt dat de wetgever bedoeld heeft dat bij een geslaagd beroep op art. 42 Fw de gevolgen van de nietige handeling ten opzichte van de boedel zoveel mogelijk ongedaan moeten worden. Dat brengt mee dat hetgeen ten onrechte betaald is moet worden terugbetaald en dat bij een herstel in de oude toestand van verrekening geen sprake kan zijn, omdat dat ook al niet ten tijde van de betaling mogelijk was. De schuld van Y komt niet voor verrekening in aanmerking, omdat zij is ontstaan na het faillissement, namelijk door het invoeren van de nietigheid, ook al werkt die nietigheid terug. Tenslotte merkt het Hof nog op dat voor een beroep op verrekening nodig is dat de partij die wil verrekenen een schuld heeft die te goeder trouw moet zijn ontstaan. Dat is i.c. niet het geval. De schuld van Y is immers op paulianeuze wijze ontstaan.

Rechtbank Oost-Brabant 11 oktober 2023; ECLI:NL:RBOBR:2023:5074

In het faillissement van X heeft de rechter-commissaris ex art. 104 Fw op verzoek van de curator goedkeuring verleend voor een door die gesloten vaststellingsovereenkomst. X is van mening dat die goedkeuring niet had mogen worden verleend en stelt ex art. 67 lid 1 Fw hoger beroep in.

De rechtbank verklaart X niet-ontvankelijk in dat hoger beroep. Volgens de rechtbank komt het hoger beroep tegen een beslissing van de rechter-commissaris uitsluitend toe aan twee categorieënbelanghebbenden die dienen te worden aangemerkt als 'partij' bij de beschikking: degene die de beschikking van

de rechter-commissaris heeft 'uitgelokt' en degene tot wie de beschikking is gericht. De rechtbank stelt vast dat het verzoek ex art. 104 Fw niet door X is gedaan en dat die beschikking ook niet tot hem is gericht.

Rechtbank Rotterdam 12 oktober 2023; ECLI:NL:RBROT:2023:10016

X heeft aan zijn enige schuldeiser een prognose akkoord aangeboden, inhoudende een betaling van 2,89% tegen finale kwijting. De vordering van de schuldeiser bedraagt € 62.366,78. De schuldeiser weigert met het aangeboden akkoord in te stemmen, waarop X de rechtbank verzoekt die schuldeiser te bevelen in te stemmen met het akkoord (met subsidiair het verzoek om toegelaten te worden tot de WSNP).

De rechtbank stelt (o.m.) vast dat voldoende aanneemelijk is geworden dat X de komende jaren geen inkomen zal kunnen verwerven dat hoger is dan zijn huidige AOW-uitkering en dat naar verwachting het aangeboden akkoord een gunstiger resultaat zal hebben voor de schuldeiser dan wanneer de WSNP van toepassing zou worden verklaard.

Het verzochte bevel wordt gegeven, met afwijzing van het subsidiaire verzoek.

Rechtbank Limburg 17 oktober 2023; ECLI:NL:RBLIM:2023:6126

X verzoekt toegelaten te worden tot de WSNP. Tijdens de behandeling van het verzoek blijkt dat X niet werkt en dat ook nog niet heeft gedaan. X is bezig met het behalen van zijn rijbewijs om touringcarchauffeur te worden. X schat in dat hij over zes maanden zijn rijbewijs heeft en dat hij dan kan beginnen met werken (hij heeft een baangarantie als hij zijn examen haalt).

De rechtbank laat X tot de WSNP toe en verlengt de termijn daarvan met zes maanden.

Rechtbank Limburg 17 oktober 2023; ECLI:NL:RBLIM:2023:6127

Het verzoek van X om toegelaten te worden tot de WSNP wordt afgewezen omdat in het minnelijke traject het aan de crediteuren gedane aanbod niet is gebaseerd op een juist inkomen. Daardoor is het aanbod € 60,00 geweest in plaats van (ten minste) € 313,53. De rechtbank is van oordeel dat de schuldeisers een nieuw aanbod hadden moeten krijgen op basis van het hogere inkomen van X en berekend aan de hand van het VTLB. Dat is niet gebeurd en het is, aldus de rechtbank, dus niet bekend of de schuldeisers met het nieuwe aanbod wellicht wel akkoord zouden zijn gegaan.

Rechtbank Den Haag 19 oktober 2023; ECLI:NL:RBDHA:2023:15823

X verzoekt toegelaten te worden tot de WSNP. De schuldhelpverlener van X heeft verzocht de looptijd van de WSNP te verkorten met 15 maanden voorafgaand aan de ingangsdatum van het te wijzen toe-

latingsvonnis. X zou volgens de schuldhulpverlener vanaf juni 2022 uit zijn inkomsten een bedrag van € 812,00 hebben grespaard.

De rechtbank stelt vast dat X een Participatie-uitkering heeft die lager is dan het VTLB, zodat er geen sprake is van enige afloscapaciteit (als bedoeld in art. 349a lid 1 Fw). Daarnaast is het voor de rechtbank onduidelijk of X gedurende het minnelijke traject voldaan heeft aan zijn inspanningsverplichting. Op grond van het voorgaande wordt het verzoek tot verkorting van de looptijd, als zijnde onvoldoende onderbouwd, afgewezen.

Zie ook: Rechtbank Gelderland 19 oktober 2023; ECLI:NL:RBGEL:2023:5916.

Rechtbank Rotterdam 19 oktober 2023; ECLI:NL:RBROT:2023:10017

X verzoekt tot de WSNP toegelaten te worden. De schuldenlast bedraagt volgens de verklaring ex art. 285 Fw (bijna) € 1,9 miljoen. X ontvangt een Participatiewet-uitkering.

Tijdens de behandeling van zijn verzoek heeft X meegedeeld dat een vordering van de Frieslandbank van € 500K ten onrechte niet op de schuldenlijst is vermeld en dat de wel opgenomen vordering van de Rabobank van (ruim) € 1,6 daarop ten onrechte is vermeld; dat had hooguit € 600K moeten zijn.

Op grond van het voorgaande overweegt de rechtbank dat het verzoek niet aan de eisen van art. 285 Fw voldoet.

In aanvulling op het verzoekschrift heeft de rechtbank ambtshalve kennis genomen van de volgende (openbare) stukken: het 16^e openbare verslag in het faillissement van Y BV, waarvan X enige tijd bestuurder is geweest, een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en een arrest van de Hoge Raad, waarnaar wordt verwezen in het hiervoor genoemde faillissementsverslag en een uitspraak van de rechtbank Rotterdam, waarnaar verwezen wordt in het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

De rechtbank overweegt dat zij aanleiding heeft gezien ambtshalve van het voorgaande kennis te nemen, mede gelet op de hoogte van de schuld aan de Rabobank en de connectie die er lijkt te zijn met de schulden van de partner van X (die ook tot de WSNP toegelaten wil worden), een en ander met het doel om het verzoek en de daarbij betrokken belangen beter te kunnen beoordelen. De hiervoor genoemde stukken zijn ter zitting ook met X besproken.

Op grond van het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat X niet voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de Rabobank geen vordering op hem heeft uit onrechtmatige daad. Gelet op de omstandigheden waaronder die schuld zou zijn ontstaan is bovendien sprake van een te kwader trouw schuld. Dat laatste geldt ook voor (een deel van) de schuld aan het LBIO: X heeft de schuld laten oplopen terwijl hij om een nihil stelling had moeten en kunnen vragen. Ten slotte is de rechtbank van oordeel dat X zijn schulden niet te goeder trouw onbetaald heeft gelaten: Niet is aannemelijk geworden dat X zich maximaal heeft ingespannen om op de schulden af te lossen.

Het verzoek van X wordt afgewezen.

Zie ook: Rechtbank Rotterdam 19 oktober 2023; ECLI:NL:RBROT:2023:10020 (Het WSNP-verzoek van de partner van X).

Rechtbank Oost-Brabant 25 oktober 2023; ECLI:NL:RBOBR:2023:6057

In het kader van een WHOA-procedure heeft X BV onder opschortende voorwaarde een deel van haar activa verkocht aan Y BV. De opschortende voorwaarde hield, heel kort samengevat, in dat uiterlijk op 27 oktober 2023 dat een door X BV aan haar crediteuren aan te bieden akkoord door al die crediteuren zou zijn goedgekeurd dan wel dat het akkoord alsdan zou zijn gehomologeerd. Die deadline bleek vervolgens niet haalbaar, waarop (namens) X BV een machtiging ex art. 42a Fw. heeft ingediend voor De rechtbank stelt (o.m.) vast dat de inhoud van de overeenkomst niet voldoet aan de criteria van art. 42a Fw, omdat de overeenkomst voornamelijk ziet op de uitvoering van een (aan te bieden) akkoord en niet op rechtshandelingen ter voorbereiding van een akkoord.

Het verzoek wordt afgewezen.

Rechtbank Den Haag 25 oktober 2023; ECLI:NL:RBDHA:2023:16067

In het faillissement heeft een verificatievergadering plaatsgevonden, maar de curator heeft op de uitdelingslijst alleen de preferente crediteuren vermeld, omdat alleen die (deels) konden worden betaald. Na het verbindend worden van de uitdelingslijst is er nog sprake van een nagekomen bate, waardoor er ook een uitdeling aan de concurrente crediteuren kan plaatsvinden. De (voormalig) curator verzoekt de rechtbank het bevel ex art. 194 Fw tot vereffening en verdeling van de nagekomen bate, met benoeming van hem tot vereffenaar.

De rechtbank overweegt (o.m.) dat er een nieuwe uitdelingslijst moet worden opgemaakt.

Het verzoek van de (voormalig) curator wordt toegewezen.

Rechtbank Rotterdam 1 november 2023; ECLI:NL:RBROT:2023:10685

X verzoekt om toegelaten te worden tot de WSNP, welk verzoek wordt ingewilligd. X is bezig met een opleiding die naar verwachting door hem in mei 2024 zal worden afgerond. Daardoor kan hij niet voldoen aan de inspanningsverplichting. X heeft er wel belang bij om nu al tot de WSNP toegelaten te worden, want dat levert voor hem rust en stabiliteit, waar hij grote behoefte aan heeft. De duur van de WSNP wordt daarom door de rechtbank vastgesteld op twee jaar.

Zie ook: Rechtbank Rotterdam 1 november 2023; ECLI:NL:RBROT:2023:10686, waarbij het verzoek van X om een schuldeiser te bevelen in te stemmen met een door hem aangeboden schuldregeling wordt afgewezen.

Rechtbank Rotterdam 3 november 2023; ECLI:NL:RBROT:2023:11388

Stichting A, stichting B en stichting C verzoeken om X BV failliet te verklaren. X BV heeft de rechtbank per e-mail een verweerschrift, met bijlagen, gestuurd waaruit blijkt dat zij de vordering van stichting B en die van stichting C heeft betaald en dat zij sinds augustus 2023 een betalingsregeling van € 1.000 per maand nakomt ten aanzien van de vordering van stichting A.

De rechtbank overweegt dat summierlijk is gebleken van een vordering van stichting A, maar dat er geen sprake is van enige steunvordering, noch dat X BV verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen. De faillissementsverzoek wordt afgewezen.

Rechtbank Midden-Nederland 6 november 2023; ECLI:NL:RBMNE:2023:5732

Aan X BV zijn leningen verstrekt met hypotheekrechten op te realiseren onroerende zaken. Y BV heeft uit hoofde van verrichte werkzaamheden ten behoeve van die onroerende zaken een vordering op X BV, die onbetaald bleef. Daarop heeft Y BV een beroep gedaan op haar retentierecht en de onroerende zaken teruggehouden. Vervolgens is X BV failliet verklaard, waardoor (o.m.) de hypotheekhouders hun vorderingen vervroegd mogen opeisen en het daaraan verbonden zekerheidsrecht mogen uitoefenen.

De curator heeft ex art. 60 Fw de onroerende zaken van Y BV opgeëist.

De hypotheekhouders en de curator verschillen (o.m.) van mening wie de onroerende zaken mag verkopen/executeren.

De voorzieningenrechter in kort geding overweegt dat het retentierecht in feite bestaat uit twee elementen, te weten (1) het recht om de zaak terug te houden (art. 3:290 BW) en (2) het recht op verhaal met voorrang (art. 3:292 BW). Wanneer de curator het teruggehouden goed opeist om dat zelf te verkopen, is van terughouding van de zaak door de retentor (element 1) geen sprake meer, maar nog wel van het recht van de retentor (element 2) om uit de opbrengst van de verkochte zaak met voorrang te worden voldaan (zie art. 60 lid 2 Fw). De hypotheekhouders zijn separatist (in het faillissement van X BV; JW) en zij kunnen tot executie en 'vrije' levering overgaan, maar zijn wel gehouden om uit de opbrengst de vordering van Y BV aan de curator op grond van art. 57 lid 3 Fw af te dragen.

Rechtbank Rotterdam 6 november 2023; ECLI:NL:RBROT:2023:11138

X verzoekt toelating tot de WSNP. Uit de schuldenlijst blijkt dat een ruime meerderheid van de totale schuldenlast verschuldigd is aan zijn (ex-)schoonvader en verband houden met een incident dat zich afspeelde in februari 2018. X is voor dat incident niet door de strafrechter veroordeeld, maar heeft wel een beschikking (en een taakstraf) van het OM opgelegd gekregen. De rechtbank overweegt dat die beschikking niet zonder meer gelijkgesteld kan worden met een strafrechtelijke veroordeling, waardoor de afwijzingsgrond van art. 288 lid 2 sub c Fw niet van toepassing is. De schulden vallen bovendien, gelet op

de datum van het incident en het ontstaan van de schade ook buiten de termijn van art. 288 lid 1 onder b Fw.

X wordt tot de WSNP toegelaten.

Rechtbank Midden Nederland 6 november 2023; ECLI:NL:RB:MNE:2023:5732

Als aannemer heeft X BV werkzaamheden verricht, in opdracht van Z BV, aan het 'bouwproject'. Y BV heeft aan Z BV leningen verstrekt met hypotheekrechten op het bouwproject.

X BV heeft, omdat Z BV haar betalingsverplichtingen niet nakwam een beroep gedaan op haar retentierecht en het 'bouwproject' teruggehouden. Vervolgens is Z BV failliet verklaard en heeft de curator ex art. 60 Fw het 'bouwproject' opgeëist. Als (o.m.) het volg van het faillissement van Z BV mag Y BV haar hypothecaire leningen vervroegd opeisen en het daaraan verbonden zekerheidsrecht uitoefenen.

Y BV en de curator stellen beiden dat alleen zij het eerste recht hebben om het 'bouwproject' te verkopen.

De voorzieningenrechter overweegt onder meer dat het retentierecht bestaat uit twee elementen, te weten (1) het recht om de zaak terug te houden en (2) het recht op verhaal met voorrang. Wanneer de curator de teruggehouden goed opeist om dat zelf te verkopen, is van terughouding van de zaak door de retentor (X BV) geen sprake meer, maar nog wel van het recht van de retentor om uit de opbrengst van de verkochte zaak met voorrang te worden voldaan. De hypotheekhouder (Y BV) is separatist en kan tot executie/verkoop overgaan, maar is wel gehouden om uit de opbrengst, via de curator ex art. 57 lid 3 Fw, de vordering van X BV (zoveel als mogelijk is) af te dragen.

Rechtbank Den Haag 7 november 2023; ECLI:NL:RBDHA:2023:17044

X verzoekt de faillietverklaring van Y BV. X stelt dat zij een vordering heeft op Y BV, dat er ook een steunvordering is en dat Y BV door middel van een turboliquidatie is ontbonden, maar dat (summierlijk) is gebleken van feiten en omstandigheden die voldoende aannemelijk maken dat Y BV nog over meer baten beschikt. Y BV verweert zich en stelt dat er geen sprake is geweest van een turboliquidatie, maar van een vereffening door een daarin gespecialiseerde advocaat en een accountant; alle activa is getaxeerd en verkocht en er is een eindbalans opgesteld, waaruit onder meer blijkt dat er nog sprake is van schulden. De rechtbank overweegt dat wat wanneer tijdens de vereffening blijkt dat de schulden de baten (vermoedelijk) zullen overtreffen de vereffenaar in beginsel gehouden is tot een aangifte faillietverklaring (art. 2:23a lid 4 BW). In casu is dat ten onrechte niet gebeurd. De vereffening door een professionele partij is in casu geëindigd doordat er geen baten meer aanwezig waren waarna Y BV is uitgeschreven uit het register van de Kamer van Koophandel. Dat brengt, aldus de rechtbank, mee dat niet snel kan worden aan-

genomen dat er toch nog baten aanwezig zijn. Die lat ligt hoger dan wanneer sprake zou zijn geweest van turboliquidatie. Gelet op het voorgaande kan niet door een summier onderzoek worden vastgesteld dat er (vermoedelijk) nog baten aanwezig zijn. De rechtbank wijst het verzoek van X af.

Rechtbank Den Haag 13 november 2023; ECLI:NL:RBDHA:2023:17320

Y heeft een verzoek ingediend om tot de WSNP toegelaten te worden en een verzoek om een voorlopige voorziening ex art. 287 lid 4 Fw, te weten de Belastingdienst 'te gebieden het beslag op loon/uitkering en/of goederen van de verzoeker' op te schorten (tot het moment dat onherroepelijk is beslist op het WSNP-verzoek).

Feitelijk stelt de rechtbank vast dat niet is gebleken dat de Belastingdienst beslag heeft gelegd en dat is nodig voor het geven van een voorlopige voorziening.

Aan het voorgaande voegt de rechtbank toe dat de onderbouwing in het WSNP-verzoek voor het achterwege laten van een poging om tot een buitengerechtelijke regeling te komen onvoldoende is.

Op grond van het voorgaande wordt het verzoek voor een voorlopige voorziening wordt afgewezen en wordt Y niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek om tot de WSNP toegelaten te worden.

Hoge Raad 17 november 2023; ECLI:NL:HR:2023:1569

Y BV heeft verzocht X BV failliet te verklaren. Y BV heeft een vordering op X BV, er is sprake van een steunvordering van de Vlaamse overheid ter zake van door X BV verbeurde dwangsommen. Y BV is van mening dat die vordering van de Vlaamse overheid niet gebezigd kan worden als steunvordering. Het Hof heeft dienaangaande overwogen dat art. 611^e lid 2 Rv meebrengt dat een faillissementsaanvraag niet alleen kan worden gebaseerd op een vordering ter zake van verbeurde dwangsommen en daarvan is in casu geen sprake nu ook summierlijk is gebleken van de vordering van Y BV. En het artikel staat er niet aan in de weg dat de vordering ter zake van de verbeurde dwangsommen naast andere vorderingen ten grondslag wordt gelegd aan de stelling dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, en verzet zich evenmin ertegen dat die vordering van verbeurde dwangsommen door de aanvrager wordt gebezigd als steunvordering. Het Hof verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van 20 september 1996 (ECLI:NL:HR:1996:ZC2146, rov 3.1).

Y BV gaat in cassatie en stelt dat de Hoge Raad terug is gekomen op het hiervoor genoemde arrest in de zaak ABN AMRO/Berzona (ECLI:NL:HR:2014:1681). Die stelling berust op een onjuiste rechtsopvatting aldus de Hoge Raad, waarop het cassatieberoep wordt verworpen.

Rechtbank Rotterdam 23 november 2023; ECLI:NL:RBROT:2023:11244

X heeft aan zijn (enige) twee schuldeisers een schuldregeling aangeboden inhoudende een betaling van 1,86% ineens. Dat aanbod is gebaseerd op een ongewijzigde voortzetting van de PW-uitkering van X. Het aangeboden percentage wordt in één keer uitgekeerd door middel van een aan X ter beschikking gesteld saneringskrediet. Beide schuldeisers weigeren met het aanbod in te stemmen, waarop X zich tot de rechtbank wendt met het (primaire) verzoek beide schuldeisers te bevelen met het aanbod in te stemmen.

De rechtbank overweegt dat nu beide schuldeisers 100% van de totale schuldenlast vertegenwoordigen niet snel kan worden aangenomen dat zij in redelijkheid niet konden weigeren om met het aanbod in te stemmen. Daarnaast is de rechtbank van oordeel dat uit het verzoekschrift en het verhandelde ter zitting onvoldoende duidelijk is geworden dat verzoeker niet in staat zou zijn om (minimaal) 36 uur per week te werken.

Het (primaire) verzoek van X wordt afgewezen.

Rechtbank Rotterdam 4 december 2023; ECLI:NL:RBROT:2023:11389

X is bij vonnis van 14 november 2023 failliet verklaard. Tegen dat vonnis heeft hij verzet ingesteld, met het verzoek het vonnis te vernietigen. De rechtbank verklaard hem niet-ontvankelijk.

De rechtbank stelt vast dat X is verschenen bij de eerste behandeling van het verzoek tot failliet verklaring op 31 oktober 2023. Tijdens die behandeling is een betalingsregeling afgesproken. De behandeling is vervolgens aangehouden tot 14 november 2023 en dat is door de behandelend rechter aan X aangezegd. Bij de behandeling op 14 november 2023 is X niet verschenen. De betalingsregeling is X nagekomen.

De rechtbank stelt vast dat X op de aanvraag tot faillietverklaring is gehoord in de zin van art. 8, tweede lid, Fw, omdat hij op de eerste behandeling op 31 oktober 2023 is verschenen en inhoudelijk verweer heeft gevoerd. Goede gronden dat X erop mocht vertrouwen dat de voortgezette behandeling niet zou doorgaan zijn niet aanwezig. Op grond van het voorgaande komt X niet het recht van verzet toe.

Rechtbank Rotterdam 8 december 2023; ECLI:NL:RBROT:2023:11796

X wordt toegelaten tot de WSNP. X heeft tevens verzocht de looptijd van de WSNP te verkorten met 18 maanden. De rechtbank stelt vast dat X volledig arbeidsongeschikt is en dat X gedurende 18 maanden voorafgaande aan het vonnis voldaan heeft aan de afdracht verplichting zodat de ingangsdatum wordt vastgesteld op 8 juni 2022. Of X ook voldaan heeft aan de overige verplichtingen van de WSNP, te weten de informatieverplichting en die om schuldeisers niet te benadelen kan de rechtbank niet beoordelen zodat de termijn verlengd wordt met 6 maanden, tijdens welke verlenging X niet meer gehouden is de inspannings- en afdracht verplichting na te komen.

