

Informatieverschaffing door de curator in faillissement

W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten¹

1. Inleiding

Kennis is macht. Indien er conflicterende belangen zijn, zal de partij die ‘op de informatie zit’ vaak als winnaar uit de strijd komen. Van nature zal die partij geneigd zijn die informatie niet te delen met anderen zolang er geen regel is die hem daartoe dwingt. Zo zal een partij die over een rapport van een deskundige beschikt waaruit blijkt dat de door hem verrichte prestatie ondeugdelijk is, dat rapport niet op eigen initiatief willen afstaan aan zijn wederpartij. Van de omstandigheden zal afhangen of hij daartoe in rechte op de voet van art. 843a Rv of een andere wettelijke regeling wel kan worden gedwongen. De vraag is of dit uitgangspunt – geen verplichting om informatie te verstrekken, *tenzij* – niet genuanceerd dient te worden indien een partij failliet gaat.

In deze bijdrage concentreren wij ons op de verplichting tot informatieverschaffing van de curator jegens de gezamenlijke schuldeisers, jegens individuele schuldeisers en jegens een commissie uit de schuldeisers. De vraag die daarbij opkomt, is of er een rechtvaardiging bestaat om crediteuren die betrokken zijn in een faillissement een meeromvattend recht op informatieverstrekking door de curator te gunnen dan zij buiten faillissement jegens de schuldenaar hadden. Nadat hij eerst enkele beschouwingen heeft gewijd aan de relatie van vennoten en aandeelhouders tot “hun” vennootschap schrijft A–G Huydecoper hierover in zijn conclusie vóór de eerste van de twee Jomed–arresten (Jomed I):

“Crediteuren zijn niet in een vergelijkbare mate betrokken bij de zaken van hun debiteuren [...] maar dat wordt anders wanneer de debiteur faillieert. Crediteuren zijn weliswaar niet de enigen met wier belangen in het kader van (de afwikkeling van) een faillissement rekening wordt gehouden, maar hun belangen staan daarbij wel op de voorgrond. Bij wege van beeldspraak kan men met evenveel recht zeggen dat de faillissementsboedel voor crediteuren “hun” boedel is, als men van aandeelhouders kan zeggen dat de aandelen “hun” vennootschap betreffen. Omdat beheer en afwikkeling van de faillissementsboedel in zo sterke mate gericht is op het (gezamenlijke) crediteurenbelang, ligt een aanspraak op informatie [...] inderdaad bepaald voor de hand.”²

Een interessante vraag is of curatoren zich in de praktijk veel aan dit uitgangspunt gelegen laten liggen. Wie in faillissementen regelmatig voor crediteuren optreedt, zal niet op onverdeeld enthousiasme stuiten. Waar crediteuren – met Huydecoper – denken dat het inderdaad om “hun” boedel gaat, krijgen zij in conflictsituaties met de curator vaak de indruk dat deze het als “zijn” boedel beschouwt. De curator als tegenstander in plaats van als medestander van de crediteuren. De curator die tegen de benoeming van een voorlopige crediteurencommissie is, de curator die zonder motivering weigert informatie aan individuele schuldeisers te

¹ Beide auteurs zijn advocaat bij Wijn & Stael Advocaten N.V. te Utrecht.

² Zie A–G Huydecoper, conclusie vóór HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 249, m.nt. PVS (*Jomed I*), sub 32.

verstrekken, de curator die een pandhouder van vorderingen tot aan de Hoge Raad weigert inzage te geven in de NAW-gegevens van de debiteuren in kwestie, de curator die weigert om, met uitzondering van de rechtbank, aan wie dan ook inzage in zijn urenverantwoording te verstrekken, zelfs niet aan de debiteur ten laste van wie die uren gedeclareerd worden, de curator die een crediteur die zijn eigendomsvoorbehoud over het hoofd ziet daar niet op wijst, omdat hij zijn succes afmeet aan de mate waarin hij “zijn” boedel weet te vullen. Kortom, de curator die het adagium dat kennis macht is als leidraad hanteert en die erop uit is om zijn machtspositie te versterken door zo min mogelijk kennis te delen. Het zijn allemaal praktijkvoorbeelden en helaas geen witte raven. Dit maakt duidelijk dat er binnen curatorenland nog wel wat zielen te winnen zijn voor een visie op de informatieplicht van de curator die meer recht doet aan de notie dat de curator zich primair *dienstbaar* en *toegankelijk* dient op te stellen jegens degenen wier belangen hij behoort te behartigen.

De Praktijkregels van Insolad vormden in hun eerste versie koren op de molen van curatoren wier streven erop is gericht zo min mogelijk informatie te delen.³ Artikel 8.1 van die Praktijkregels nam tot uitgangspunt dat de curator terughoudend dient te zijn bij het verstrekken van informatie aan derden met betrekking tot de boedel “anders dan indien en voor zover daartoe een wettelijke verplichting bestaat of het belang van de boedel of een zwaarwegend maatschappelijk belang zulks vordert”. Het is verheugend dat dit uitgangspunt in de in 2011 gewijzigde Praktijkregels is verlaten. Niet terughoudendheid bij het verstrekken van informatie dient het uitgangspunt voor de curator te zijn, maar transparantie en openheid. Het begin van art. 8.1 luidt thans:

“De curator streeft een transparante afwikkeling van het faillissement na. Hij betracht daarbij zoveel mogelijk openheid jegens de gefailleerde of diens bestuur, crediteuren en aandeelhouders.”

Hoever reikt nu dat streven naar transparantie en openheid? Welke verschillen bestaan er in de verplichting tot informatieverstrekking jegens (i) alle schuldeisers gezamenlijk, (ii) individuele schuldeisers en (iii) een commissie uit de schuldeisers? Die vragen zullen wij in deze bijdrage proberen te beantwoorden.

2. Informatieverstrekking aan alle schuldeisers gezamenlijk

Art. 73a Fw bepaalt dat de curator, telkens na verloop van drie maanden, een verslag uitbrengt over de toestand van de boedel. Deze verplichting is in de wet opgenomen opdat schuldeisers zich regelmatig op de hoogte kunnen stellen van het verloop van het faillissement en tevens met het oog op een vlottere afwikkeling.⁴ In *Jomed I* werd geoordeeld dat het openbaar verslag ertoe strekt een “globaal inzicht” te geven en dat het niet dient als volledige verantwoording van de afwikkeling van de boedel, mede in het licht van de verantwoording die de curatoren verschuldigd zijn aan de rechter-commissaris die met het toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel is belast. Wat is echter een globaal inzicht? Een tendens om hogere eisen te stellen aan het inzicht dat een openbaar verslag de crediteuren

³ Versie september 2004.

⁴ Zie de MvT, *Kamerstukken II 1970/71*, 11 085, nr. 3, p. 4.

dient te bieden, is waarneembaar. Enkele decennia geleden, toen faillissementen veelal nog via de kantoorrekening in plaats van een aparte faillissementsrekening werden afgewikkeld, was het nog niet gebruikelijk om tussentijdse financiële verslagen te deponeren en werden er nog geen eisen gesteld aan de inhoud en indeling van het verslag. Anno 2013 maken tussentijdse financiële verslagen – terecht – onderdeel uit van de verslaglegging, die voor het overige volgens het Recofa-model uit negen vastomlijnde hoofdstukken dient te bestaan. Dat laatste vinden wij overigens geen verbetering. Door rigide vast te houden aan dezelfde indeling in categorieën in ieder faillissement doen de huidige verslagen vaak meer aan als het resultaat van een verplichte invuloefening, dan als een lezenswaardig verhaal over het beheer van de boedel in de desbetreffende periode. Dat maakt het voor crediteuren die niet gewend zijn om faillissementsverslagen te lezen vaak lastig om een goed beeld te krijgen van het boedelbeheer en de vraag die hen met name zal bezighouden: kan ik een uitkering tegemoet zien en, zo ja, binnen welke termijn en tot welk percentage? Wij zouden ervoor willen pleiten om de strakke eisen die in het Recofa-model aan de indeling van het verslag worden gesteld, los te laten en de curator meer – op het specifieke faillissement toegesneden – redactionele vrijheid te bieden, waarbij wat ons betreft (nog steeds) wel hoge eisen mogen worden gesteld aan het inzicht in het boedelbeheer en de perspectieven voor de schuldeisers. Niet terughoudendheid, maar streven naar transparantie en openheid dient de leidraad van de curator te zijn. Ook zijn wij van mening dat de curator zijn verslagen in beginsel steeds op het internet zou moeten publiceren, tenzij er zwaarwegende redenen zijn om dat niet te doen. Dit is helaas nog steeds geen gemeengoed.

Naast artikel 73a Fw zijn er ook andere bepalingen in de Faillissementswet die aan de curator de verplichting opleggen om informatie aan de gezamenlijke schuldeisers te verstrekken. Zo bepaalt artikel 97 Fw dat door de curator gewaarmerkte afschriften van de boedelbeschrijving als bedoeld in artikel 94 en 95 Fw en, op de voet van artikel 96 Fw, “van een staat, waaruit de aard en het bedrag van de baten en schulden des boedels, de namen en woonplaatsen der schuldeisers alsmede het bedrag der vorderingen van ieder hunner blijken”, kosteloos ter inzage van een ieder worden neergelegd ter griffie. Wij zouden menen dat de curator ook deze informatie in beginsel op het internet dient te publiceren. Het voorschrift van artikel 97 Fw wordt in de praktijk overigens lang niet altijd nageleefd. In menig faillissement zal men ook na verloop van maanden tevergeefs zoeken naar openbaar gemaakte crediteurenlijsten. Curatoren (en rechters-commissarissen) zouden hier strakker de hand aan moeten houden. In Jomed I klaagde een aantal crediteuren – de *Funds* – tevergeefs over schending door de curatoren van hun verplichtingen als bedoeld in de artikelen 94–97 Fw. De *Funds* klaagden met name over het feit dat de door de curatoren gepubliceerde boedelbeschrijving en informatie als bedoeld in artikel 96 Fw onvoldoende gedetailleerd was. De rechtbank oordeelde echter dat de door de *Funds* geëiste detaillering, mede gezien het feit dat het in casu om een eerste en tweede verslag in een omvangrijk en ingewikkeld faillissement ging, niet van curatoren kon worden gevergd. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. Hieruit kan men a contrario afleiden dat naarmate het faillissement vordert hogere eisen gesteld kunnen worden ter zake van de detaillering van de boedelbeschrijving, de staat van baten en schulden en de crediteurenlijsten.

Als derde voorbeeld van een wettelijke verplichting van de curator tot informatiever-schaffing aan de schuldeisers noemen wij art. 137 Fw, op grond waarvan de curator na afloop van de verificatie verslag dient uit te brengen over de stand van de boedel en daarom-

trent tevens alle door de schuldeisers verlangde inlichtingen dient verschaffen. Dit laatste aspect stellen wij nader aan de orde in § 3.

Ook indien de wet niet met zoveel woorden voorschrijft dat de curator bepaalde informatie aan alle schuldeisers dient te verstrekken, kan het zijn dat de curator niettemin tot informatieverstrekking gehouden is, zoals bijvoorbeeld aan de orde was in het Lehman-faillissement.⁵ In dit faillissement verklaarde de rechter-commissaris in een beschikking bepaalde (van de wet afwijkende) procedurevoorschriften met betrekking tot de verificatie van vorderingen en de stemming over het akkoord van toepassing. Gelet op de korte beroepstermijn van vijf dagen mag van de rechter-commissaris gevergd worden dat hij er op toeziet dat zijn beschikking onverwijld ter kennis wordt gebracht van een hem bekende belanghebbende.⁶ In het Lehman-faillissement met vele duizenden schuldeisers over de hele wereld, kon dat praktisch gezien alleen via een door curatoren beheerde website en door aan de bekende schuldeisers (elektronisch) een signalering omtrent de publicatie van de beschikking op die website te zenden. In een dergelijk geval zijn curatoren naar ons oordeel verplicht om de beschikking langs die weg aan de schuldeisers – die in casu immers allen als belanghebbenden waren aan te merken – kenbaar te maken. *En passant* oordeelde de Hoge Raad in de Lehman-beschikking dat een website in de gegeven omstandigheden is aan te merken als een adequaat middel voor communicatie met schuldeisers.

Een fenomeen dat ook aandacht verdient in het kader van de vraag welke informatie de curator aan alle schuldeisers gezamenlijk dient te verschaffen, is het oorzakenonderzoek. Regel 5.1 van de Praktijkregels bepaalt dat de curator van een rechtspersoon onderzoekt of er aanleiding bestaat een vordering in te stellen tegen de bestuurders of commissarissen van de gefailleerde of tegen andere personen of rechtspersonen zoals beleidsbepalers, aandeelhouders en kredietverschaffers, in verband met het ontstaan van het faillissement. Bij grote faillissementen pleegt in de praktijk ook de rol van de accountant te worden onderzocht. De vraag is evenwel of in faillissementen met maatschappelijke relevantie, zoals die van RSV, Fokker en DSB Bank, niet plaats is voor een *breder* onderzoek, dat niet louter gericht is op de vraag of er aanleiding bestaat tot aansprakelijkstelling maar dat, ter vervulling van een maatschappelijke behoefte, openheid van zaken geeft over de oorzaken van het faillissement als zodanig. Ten aanzien van het recht van enquête oordeelde de Hoge Raad in de Ogem-beschikking dat het doel daarvan niet slechts is het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen een onderneming, maar tevens om opening van zaken te verschaffen.⁷ Geldt nu hetzelfde voor een onderzoek door de curator in een faillissement met maatschappelijke relevantie? Daarover kan men van mening verschillen. In een serie van arresten – beginnend met Sigmacon II – oordeelde de Hoge Raad dat de curator

⁵ Zie HR 1 maart 2013, *JOR* 2013, 190.

⁶ Deze formulering is ontleend aan een eerder arrest van de Hoge Raad van 10 januari 1992, *NJ* 1992, 195. Deze formulering is te prefereren boven de onzes inziens ongelukkige formulering in de in de vorige noot genoemde Lehman-beschikking dat het *wenselijk* is dat de rechter-commissaris er op toeziet dat zijn beschikking onverwijld ter kennis wordt gebracht van een hem bekende belanghebbende.

⁷ Om deze reden bestond volgens de Hoge Raad geen grond om aan te nemen dat de OK zich van ieder oordeel zou moeten onthouden indien de rechtspersoon in staat van faillissement is verklaard; zie HR 10 januari 1990, *NJ* 1990, 466, r.o. 4.1. Zie ook HR 17 december 2010, *JOR* 2011, 42 (KPNQwest), r.o. 4.4.2.

ook rekening heeft te houden met (zwaarwegende) belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en behoud van werkgelegenheid.⁸ Men zou kunnen betogen dat tot die belangen in faillissementen met maatschappelijke relevantie ook gerekend kan worden: het belang dat openheid gegeven wordt omtrent de oorzaken van het faillissement. Maar een dergelijk onderzoek vindt natuurlijk op kosten van de gezamenlijke schuldeisers plaats en het is de vraag of dat gerechtvaardigd is voor zover het niet betrekking heeft op de vaststelling van aansprakelijkheden.⁹ Wij zouden menen dat in faillissementen met maatschappelijke relevantie een oorzakenonderzoek dat niet louter gericht is op de vraag naar mogelijke aansprakelijkheden, inderdaad tot de taak van de curator gerekend kan worden, mits de curator vervolgens publiekelijk verantwoording aflegt omtrent de uitkomst van dat onderzoek.¹⁰ Zo werd in het faillissement van Fokker gedurende het onderzoek duidelijk aan de curatoren dat er geen aanleiding tot aansprakelijkstelling was, maar bestond tegelijkertijd het besef dat het vervolgens stopzetten van het onderzoek zonder in een openbaar verslag opening van zaken te geven omtrent de oorzaken van dat faillissement niet alleen bij “het publiek” maar ook bij de meeste schuldeisers niet in goede aarde zou zijn gevallen. Dat is een omstandigheid waarmee een curator rekening behoort te houden.

3. Informatieverschaffing aan individuele schuldeisers

Na een korte verkenning van de meer generieke verplichtingen tot informatieverschaffing die op de curator rusten, richten wij in deze paragraaf het vizier op de relatie tussen de curator en de individuele bij het faillissement betrokken schuldeisers. In hoeverre is de curator gehouden individuele crediteuren van de door hen verlangde informatie te voorzien en hoe kan die informatievoorziening in een voorkomend geval worden afgedwongen?

Contractuele informatierechten

Anno 2013 bevatten veel contracten enigerlei verplichting van één of beide partijen tot de verschaffing van informatie. Het kan daarbij bijvoorbeeld gaan om informatie over de voortgang van de overeengekomen werkzaamheden (voortgangsrapportages) of om informatie die betrekking heeft op de vermogenspositie van één van de contractspartijen of die anderszins van belang kan zijn om het verhaal van de uit het contract voortvloeiende aanspraken van de andere partij veilig te stellen. Wat is de status van de hier bedoelde informatierechten binnen faillissement?

⁸ Zie HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472, m.nt. WMK; HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. WMK (*Maclou*); HR 19 december 2003, *NJ* 2004, 293, m.nt. PvS (*Mobell/Interplan*).

⁹ De in de vorige voetnoot genoemde arresten bieden hiervoor geen aanknopingspunten, omdat daarin steeds het separatistenbelang van een individuele crediteur in het geding was (bodemrecht en eigendomsvoorbehoud). In *Maclou* en *Mobell/Interplan* oordeelde de Hoge Raad bovendien uitdrukkelijk dat het in de afweging betrekken van een zwaarwegend maatschappelijk belang kan meebrengen dat de curator daaraan voorrang geeft boven het belang van een *individuele* schuldeiser. Zie nader over de opmars van de maatschappelijke belangen in faillissement: T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 2.5.

¹⁰ Een wettelijke verankering lijkt echter gelet op het onder de huidige Faillissementswet bestaande primaat van de gezamenlijke schuldeisers wel gewenst.

In hun bijdrage aan de Insoladbundel 2009 merken Groenewegen en Orval op dat een schuldeiser het in faillissement niet zal moeten hebben van contractueel vastgelegde rechten op informatieverschaffing. Dergelijke rechten zouden volgens hen ook bij gestanddoening van het onderliggende contract door de curator niet afdwingbaar zijn, waarbij zij stellen dat dit in het verlengde ligt van het Nebula-arrest.¹¹ Naar onze mening is dit niet juist. Het Nebula-arrest heeft slechts betrekking op één aspect van het keuzerecht dat de curator ten aanzien van door de schuldenaar gesloten overeenkomsten heeft, namelijk diens recht om te kiezen voor *niet-nakoming*.¹² Dat recht bestaat volgens de Hoge Raad in beginsel steeds, ook in gevallen waarin de wederpartij voor nakoming feitelijk niet op de curator is aangewezen.¹³ Kiest de curator er echter voor de overeenkomst wél gestand te doen, dan is hij gehouden *alle* daaruit voortvloeiende verplichtingen van de schuldenaar na te komen, ook voor zover het gaat om verplichtingen tot het verschaffen van informatie; *cherry picking* is in dit opzicht niet mogelijk.¹⁴

Doet de curator de overeenkomst níet gestand, dan is hij naar onze mening inderdaad niet tot nakoming van de daaruit voortvloeiende informatieverplichting gehouden. Een contractueel informatierecht kan onzes inziens buiten gestanddoening niet op grond van art. 25 Fw tegen de curator worden ingesteld.¹⁵ Kan het in een voorkomend geval wel op de voet van art. 26 Fw worden geverifieerd? A. van Hees heeft zich op het standpunt gesteld dat verificatie hier niet mogelijk is, omdat aan een aanspraak op informatie moeilijk een waarde is toe te kennen, waarbij hij verwijst naar art. 133 Fw.¹⁶ Bij deze redenering kan men vraagtekens plaatsen. Art. 133 Fw maakt onzes inziens alleen duidelijk dat bij vorderingen met een onbepaalde, onzekere of niet in geld uitgedrukte waarde, die waarde in het kader van de verificatie zal moeten worden geschat, níet dat als schatting in een voorkomend geval moeilijk is, verificatie niet is toegelaten. Wij zien geen principiële bezwaren tegen de verificatie van een contractueel recht op informatie voor zover daaraan in de gegeven omstandigheden vermogenswaarde kan worden toegekend.

¹¹ Zie J.L.M. Groenewegen & M.J.H. Orval, 'Rechten van schuldeisers op informatie in faillissement: een begaanbare weg of een doodlopend pad?', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *Curator en crediteuren*, Insolad Jaarboek 2009, Deventer: Kluwer 2009, p. 41–42.

¹² Zie nader T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 5.

¹³ Zie HR 3 november 2006, *NJ* 2007, 155, m.nt. P.v.S. (*Nebula*). Zie ook HR 19 april 2013, *NJ* 2013, 291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.6.1.

¹⁴ Zie Wessels *Insolventierecht II*, 3^e druk, 2012, par. 2483; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 122.

¹⁵ Anders: G.J.P. Molkenboer & A.J. Verdaas, 'Stille verpanding van vorderingen en de informatieplicht van de curator jegens de pandhouder', *TvI* 2002/4, p. 208. Tevens anders: Rb. Dordrecht 28 februari 2002, *JOR* 2002, 36 inzake Hamm q.q./ABN AMRO. Aangetekend zij echter dat niet valt uit te sluiten dat hier voor de rechtbank doorslaggevend was dat het ging om een informatierecht van een pandhouder. Ook het hof en de Hoge Raad oordeelden in deze casus dat de pandhouder een informatierecht jegens de curator geldend kon maken, zij het beide op weer een andere grondslag. Zie hierover T.H.D. Struycken & T.T. van Zanten, 'Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement – deel 1', *TvI* 2010/2, 9, p. 62–63.

¹⁶ Zie A. van Hees, 'Stille verpanding van vorderingen en informatieplicht van de curator jegens de pandhouder; een reactie', *TvI* 2002/4, p. 213.

Uiteraard kan ook een vordering tot schadevergoeding ter zake van een tekortkoming in de nakoming van een contractuele informatieverplichting ter verificatie worden ingediend, al dan niet via de weg van art. 37a Fw. Het is evenwel de vraag of het niet voldoen aan een contractuele verplichting tot informatieverzorging door de curator vaak tot het ontstaan van een additionele schadevergoedingsvordering aanleiding zal geven. Met contractuele informatieverplichtingen beogen partijen vaak niet meer dan de nakoming van de overeenkomst te bevorderen en voor de schade die de wederpartij lijdt doordat geen nakoming wordt verkregen, kan zij sowieso op de voet van art. 37a Fw in het faillissement opkomen. Bovendien kan als gevolg van het faillissement niet langer zonder medewerking van de curator nakoming worden verkregen. Het feit dat ook informatieverplichtingen waarmee is beoogd die nakoming te bevorderen niet door de curator worden nageleefd, heeft dan op zichzelf geen schade tot gevolg.¹⁷

Goederenrechtelijke informatierechten

Maar er is meer. Sinds het arrest Hamm q.q./ABN AMRO uit 2009 weten wij dat er ook informatierechten zijn die niet uit een verbintenisrechtelijke, maar uit een goederenrechtelijke rechtsverhouding voortvloeien.¹⁸ De positie van de gerechtigde tot een dergelijk informatierecht is een stuk benijdenswaardiger dan die van de schuldeiser van een contractueel recht op informatie. Waar de laatstgenoemde voor nakoming afhankelijk is van een gestanddoening van het onderliggende contract, kan een partij met een goederenrechtelijk recht op informatie dat recht steeds op de voet van art. 25 Fw jegens de curator doordrukken.

In Hamm q.q./ABN AMRO ging het om het recht van de stil pandhouder van vorderingen op informatie benodigd om mededeling van zijn pandrecht te kunnen doen en aansluitend tot inning te kunnen overgaan. Het hof was van oordeel dat de pandhouder dat recht toekwam en baseerde zich daarbij op art. 3:15j BW.¹⁹ De Hoge Raad grondde dat recht echter op de "aard en strekking van het stil pandrecht op vorderingen", overigens zonder uitdrukkelijk de door het hof gehanteerde grondslag te verwerpen. Over de juistheid c.q. wenselijkheid van deze door de Hoge Raad gekozen grondslag voor het informatierecht van de stil pandhouder van vorderingen kan men van mening verschillen. Hoewel de goederenrechtelijke dogmatiek voor het aannemen van een goederenrechtelijk informatierecht van de stil pandhouder van vorderingen wel – zij het met enige moeite – de ruimte lijkt te bieden,²⁰ was ook een beroep op de meer flexibele zorgvuldigheidsnorm mogelijk en misschien wel verstandiger geweest,²¹ zoals de Hoge Raad lijkt te hebben gedaan in het aan Hamm q.q./ABN AMRO voorafgaande arrest ING/Verdonk q.q.,²² waarin eveneens een aantal regels voor de

¹⁷ Vgl. A. van Hees, 'Stille verpanding van vorderingen en informatieplicht van de curator jegens de pandhouder; een reactie', *TvI* 2002/4, p. 213.

¹⁸ Zie HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010, 96, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

¹⁹ Zie Hof Den Haag 25 september 2007, *JOR* 2007, 287, m.nt. W.J.M. van Andel.

²⁰ Zie daarover T.H.D. Struycken & T.T. van Zanten, 'Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement – deel 1', *TvI* 2010/2, 9, p. 64–67.

²¹ Zie in dit verband F.M.J. Verstijlen, 'Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers', *TvI* 2010/6, 33, p. 210–211.

²² Zie HR 22 juni 2007, *NJ* 2007, 520, m.nt. PvS.

inning van stil verpande vorderingen in faillissement is geformuleerd. Ook het door het hof gehanteerde art. 3:15j BW vormde naar onze mening overigens een afdoende grondslag.²³

Maar dát de stil pandhouder van vorderingen recht heeft op de desbetreffende informatie staat niet langer ter discussie; en terecht. Het is onzes inziens eigenlijk nogal schrijnend dat er een procedure in drie instanties voor nodig was om een curator zo ver te krijgen dat hij de pandhouder inzage in de administratie verschafte opdat deze zijn rechten kon uitoefenen. De curator die op de hoogte is van het recht van een pandhouder en van het feit dat die pandhouder zelf niet weet waarop zijn recht rust, dient die pandhouder daarop te wijzen.²⁴ Het gaat niet aan dat de curator onder die omstandigheden de opbrengst van het verpande goed in de boedel trekt en zo de gezamenlijke schuldeisers een voordeel bezorgt dat hun welbeschouwd niet toekomt. Ook is naar onze mening terecht dat de Hoge Raad in Hamm q.q./ABN AMRO heeft beslist dat de curator wel van de stil pandhouder kan verlangen dat hij de kosten vergoedt die de curator in redelijkheid heeft gemaakt voor het verschaffen van de gegevens of het verlenen van inzage. Men zij erop bedacht dat de pandhouder deze kostenvergoeding in de regel weer als executiekosten aan de schuldenaar zal doorbelasten. Is sprake van een overwaarde, dan komen die kosten dus uiteindelijk toch ten laste van de gezamenlijke schuldeisers.

Nu de Hoge Raad heeft beslist dat de curator de stil pandhouder van vorderingen van de benodigde informatie dient te voorzien, lijken discussies tussen de curator en de pandhouder over de hier bedoelde materie zich in de praktijk minder frequent voor te doen. De enige ons bekende gepubliceerde uitspraak betreft de zaak ING Bank/Van Rootselaar q.q.²⁵ Hierin was tussen de curator en de pandhoudende bank in discussie op welke gegevens het informatierecht van de pandhouder precies betrekking heeft en wat in de gegeven omstandigheden als een redelijke kostenvergoeding moest worden aangemerkt. De pandhouder maakte aanspraak op afgifte van c.q. inzage in de projectadministratie (met daarin afgetekende werkbonden, goedkeuring meerwerk etc.), die hem in staat moest stellen de verpande vorderingen daadwerkelijk te incasseren. De rechtbank oordeelde dat dit recht inderdaad bestond, hoewel de Hoge Raad zich hierover niet met zoveel woorden zou hebben uitgelaten.²⁶ De Hoge Raad oordeelde in Hamm q.q./ABN AMRO echter dat de pandhouder recht had op de voor mededeling én *inning* relevante gegevens, hetgeen op zijn minst een belangrijke aanwijzing vormt dat het door de rechtbank ingenomen standpunt – dat onzes inziens juist is – met dit arrest in overeenstemming is.²⁷ De curator had zijn verplichting om de hier bedoelde informatie te verstrekken echter opgeschort totdat hij de in zijn ogen in redelijkheid gemaakte kosten betaald zou krijgen. Die kosten waren aanzienlijk, doordat de curator de projectadministratie eerst up-to-date had gemaakt om zo de incasso te bevorderen. De extra kosten mocht hij van de rechtbank echter niet in rekening brengen, omdat deze kosten niet in overleg met de pandhouder waren gemaakt.

²³ Zie ook reeds W.J.M. van Aniel, noot onder Hof Den Haag 25 september 2007, *JOR* 2007, 287, sub 5.

²⁴ Zo ook F.M.J. Verstijlen, 'Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers', *TvI* 2010/6, 33, p. 211.

²⁵ Zie Rb. Rotterdam 15 maart 2011, *JOR* 2011, 269, m.nt. N.E.D. Faber.

²⁶ In deze zin ook N.E.D. Faber in zijn noot onder *JOR* 2011/269.

²⁷ Zie ook T.H.D. Struycken & T.T. van Zanten, 'Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement – deel 2', *TvI* 2010/3, 13, p. 91–92.

Opvallend aan deze uitspraak is dat het een hoger beroep betreft in een procedure op de voet van art. 69 Fw. Hoewel wij wenselijk achten dat die rechtsgang in een geval als het onderhavige voor de pandhouder openstaat, lijkt ons de vraag gerechtvaardigd of dit niet regelrecht in strijd is met bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad, op grond waarvan de weg van art. 69 Fw alleen openstaat indien een boedelbelang in het geding is en niet om persoonlijke rechten tegenover de boedel geldend te maken.²⁸ Tevens is opvallend dat de pandhouder die een informatierecht uitoefende niet een *stil* pandhouder, waarop het arrest Hamm q.q./ABN AMRO betrekking had, maar een *openbaar* pandhouder betrof. Reeds naar aanleiding van dat arrest is in de literatuur het standpunt ingenomen dat in de rede ligt de door de Hoge Raad geformuleerde regel door te trekken naar de openbaar pandhouder,²⁹ hetgeen de Rechtbank Rotterdam dus nu doet. Naar onze mening is dat terecht.

Het is echter wel de vraag waar dit eindigt. Door Verstijlen is er terecht op gewezen dat indien een informatierecht voortvloeit uit de aard en strekking van het pandrecht op een vordering, verdedigbaar is dat een dergelijk recht tevens voortvloeit uit de aard en strekking van het volledige recht op een vordering en ook uit het pandrecht of het eigendomsrecht op een zaak.³⁰ Dit impliceert dat bijvoorbeeld ook de leverancier onder eigendomsvoorbehoud,³¹ de stil pandhouder van zaken en de verkrijger *constituto possessorio* van de curator kunnen verlangen die informatie beschikbaar te stellen die hen in staat stelt hun goederenrechtelijke rechten uit te oefenen,³² met dien verstande dat uiteraard ook van hen kan worden gevergd dat zij de daarmee gepaard gaande redelijke kosten aan de boedel vergoeden.

Wettelijke informatierechten

Indien een schuldeiser een specifieke informatiebehoefte heeft en zich daarbij ten opzichte van de curator niet kan beroepen op een contractueel of goederenrechtelijk informatierecht, wil dat niet zeggen dat hij steeds met lege handen staat. In de wet is een aantal informatierechten voor schuldeisers in faillissement neergelegd.

Op grond van art. 137 lid 1 Fw geldt dat schuldeisers bij gelegenheid van de verificatievergadering recht hebben op alle door hen verlangde inlichtingen ‘over de stand van de boedel’. Deze bepaling dateert van 1893 en is destijds vrijwel zonder toelichting of debat in de wet opgenomen.³³ Hoewel de reikwijdte van dit recht op informatie enigszins onduidelijk is, lijkt het a prima vista bedoeld als een belangrijk instrument voor schuldeisers om informatie te verkrijgen over de wijze waarop de curator de boedel beheert en daarop invloed uit

²⁸ Zie bijvoorbeeld HR 10 mei 1985, *NJ* 1985, 791, m.nt. G.

²⁹ Zie T.H.D. Struycken & T.T. van Zanten, ‘Hamvragen omtrent de inning van stil verpande vorderingen in faillissement – deel 2’, *Tv* 2010/3, 13, p. 92.

³⁰ Zie F.M.J. Verstijlen, ‘Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers’, *Tv* 2010/6, 33, p. 211, die er evenwel de voorkeur aan geeft dat de hier bedoelde problematiek van de informatiever-schaffing niet in een goederenrechtelijke context wordt geplaatst, maar wordt opgelost via de band van de meer flexibele zorgvuldigheidsnorm.

³¹ Zie in dit verband ook reeds vóórdat de Hoge Raad in de zaak Hamm q.q./ABN AMRO arrest wees Hof Arnhem 31 maart 2009, *JOR* 2009, 181, waarin het hof in een procedure tussen een curator en een leverancier onder eigendomsvoorbehoud overwoog dat “het tot de taak van de curator [behoort] om de crediteur te voorzien van de door deze verlangde gegevens om zijn eigendomsrecht uit te oefenen”.

³² Vgl. N.E.D. Faber, noot onder Rb. Rotterdam 15 maart 2011, *JOR* 2011, 269, sub 5.

³³ Zie Van der Feltz II, p. 143–144.

te oefenen. De praktijk is evenwel dat in het gros van de faillissementen geen verificatievergadering wordt gehouden en indien dat bij uitzondering wel het geval is, dat veeleer in een stadium gebeurt waarin de belangrijkste beheers- en beschikkingshandelingen al lang en breed hebben plaatsgevonden.³⁴ Voor informatieverzoeken voorafgaand aan of na afloop van de verificatievergadering biedt art. 137 lid 1 Fw geen grondslag. Het belang hiervan voor de informatievoorziening in faillissement is dan ook uiterst beperkt.³⁵

Van meer betekenis in dit verband is de regeling van art. 69 Fw. In *Jomed I* oordeelde de Hoge Raad dat schuldeisers de rechter-commissaris op de voet van art. 69 Fw kunnen verzoeken de curator te bevelen hen van informatie te voorzien, voor zover het gaat om informatie die zij nodig hebben om zich een behoorlijk beeld van het beheer van de curator te vormen. Hij overwoog daarbij dat in het oog dient te worden gehouden dat het voorschrift van art. 69 Fw een beperkte strekking heeft en in beginsel slechts is gegeven om de daarin genoemden invloed toe te kennen op het beheer over de failliete boedel en om eventuele fouten in dat kader te voorkomen of doen herstellen en niet om hen in de gelegenheid te stellen persoonlijke rechten tegenover de boedel geldend te maken.³⁶ Uit deze overweging in samenhang met de beschikking van de rechtbank a quo lijkt te moeten worden afgeleid dat een informatieverzoek ex art. 69 Fw alleen kan worden gehonoreerd indien dit dient, althans kan dienen ter onderbouwing van en daarmee als opmaat voor een tweede verzoek op de voet van die bepaling, waarbij een bevel aan de curator wordt uitgelokt om een bepaalde beheershandeling te verrichten of juist na te laten.

Voldoet een informatieverzoek op de voet van art. 69 Fw aan de aldus door de Hoge Raad gestelde grenzen, dan betekent dat nog niet dat dit verzoek door de rechter-commissaris dient te worden gehonoreerd. Naar het oordeel van de Hoge Raad dient steeds het belang van de curator bij het achterhouden van de informatie te worden afgewogen tegen het belang van de verzoeker bij het verstrekken daarvan, waarbij hij onder meer van belang acht of de desbetreffende informatie ook via andere weg kan of had kunnen worden verkregen. Andere factoren die in de belangenafweging een rol kunnen spelen, zijn bijvoorbeeld de aard van de informatie en het moment waarop deze wordt verzocht.³⁷

In de eerste *Jomed*-zaak werd het informatieverzoek op de voet van art. 69 Fw afgewezen, omdat dit verzoek – zo werd althans in cassatie aangenomen – ertoe strekte de schuldeisers in kwestie (de Funds) een handvat te geven bij de beoordeling of aansprakelijkstelling van de boedel, curatoren dan wel de Staat (via de rechter-commissaris) voor het gevoerde beleid tot de mogelijkheden behoorde en dát geen belang is waarop art. 69 Fw ziet. Het ging dan kennelijk niet alleen bij de aansprakelijkstelling van de boedel, maar ook bij de aansprakelijkstelling van de curatoren *pro se* en de Staat om een aansprakelijkstelling door de Funds zelf. Zou men immers het oog hebben gehad op een aansprakelijkstelling van de

³⁴ Deze praktijk is gesanctioneerd in HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938, 9.

³⁵ Vgl. E.W.J.H. de Liagre Böhl in zijn bespreking van HR 21 januari 2005, *NJ* 2005/249 (*Jomed I*) in *Ondernemingsrecht* 2005/212.

³⁶ Zie reeds HR 10 mei 1985, *NJ* 1985, 791, m.nt. G.

³⁷ Zie in dit verband bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 8 september 2009, *JOR* 2010, 134, waarin in het kader van een appel tegen een art. 69 Fw-beschikking werd geoordeeld dat het belang van de boedel bij voorlopige geheimhouding van de overeenkomst zwaarder woog dan het belang van appellanten als schuldeisers bij controle van de curator, te meer nu zij niet hadden aangegeven waarom die controle niet in een later stadium kon plaatsvinden.

curatoren in privé of de Staat door de *boedel*, dan zou zonder twijfel een belang in het geding zijn geweest waarop de regeling van art. 69 Fw betrekking heeft.³⁸

In de tweede Jomed-zaak³⁹ kwam vervolgens de vraag aan de orde of er naast de rechtsgang van art. 69 Fw nog ruimte bestaat voor een informatieverzoek op de voet van art. 3:15j aanhef en onder d BW, welke bepaling aan schuldeisers in faillissement de bevoegdheid toekent openlegging van de boekhouding van de failliet te vorderen indien zij daarbij een rechtstreeks en voldoende belang hebben. Onder verwijzing naar het stelsel van de Faillissementswet en de gelijkheid van schuldeisers oordeelde de Hoge Raad dat met betrekking tot de door de curator gevoerde boekhouding naast de in art. 76 Fw aan de crediteurencommissie gegeven bevoegdheid te allen tijde raadpleging van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers die op het faillissement betrekking hebben te vorderen en de bevoegdheid van een individuele schuldeiser op de voet van art. 69 Fw een bevel aan de curator uit te lokken om die boekhouding open te leggen, geen plaats is voor een daartoe strekkende vordering op grond van art. 3:15j BW. Het toepassingsgebied van die bepaling is volgens de Hoge Raad beperkt tot de boekhouding van de failliet, voor zover deze betrekking heeft op de periode vóór faillissement. Ook voor het aannemen van een uit het ongeschreven recht voortvloeiende informatieverplichting zag de Hoge Raad binnen het stelsel van de wet geen ruimte.

De Hoge Raad kiest er dus niet alleen voor de rechtsgang van art. 69 Fw open te stellen voor individuele schuldeisers die op zoek zijn naar informatie omtrent het beheer van de boedel, maar ook om aan die rechtsgang een *exclusief* karakter toe te kenen. Men kan daar bedenkingen bij hebben. De rechtsgang van art. 69 Fw is door de Hoge Raad in een serie van arresten beperkt tot een instrument om het beleid van de curator te beïnvloeden, omdat die rechtsgang niet geschikt zou zijn om persoonlijke rechten geldend te maken. Daarvoor diende de schuldeiser in kwestie volgens de Hoge Raad een gewone civiele procedure te doorlopen.⁴⁰ Het gaat dan niet aan om vervolgens die weg naar de civiele rechter af te snijden, terwijl de in art. 69 Fw aangebrachte beperkingen onverkort worden gehandhaafd.⁴¹ Hier komt bij dat van een procedure op de voet van art. 69 Fw sowieso weinig heil is te verwachten. Hoewel de rechter-commissaris het beleid van de curator in het kader van een art. 69 Fw-procedure strikt genomen in volle omvang dient te toetsen (*i.e.* op rechtmatigheid én doelmatigheid),⁴² blijft het veelal bij een beperkte rechtmatigheidstoets.⁴³ Ook een op de

³⁸ Zie ook F.M.J. Verstijlen, 'Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers', *Tv* 2010/6, 33, p. 212.

³⁹ Zie HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 250, m.nt. PvS (*Jomed II*).

⁴⁰ Zie voor de eerste maal HR 31 december 1925, *NJ* 1926, 316.

⁴¹ Zie E.W.J.H. de Liagre Böhl in zijn bespreking van HR 21 januari 2005, *NJ* 2005/249 (*Jomed I*) in *Ondernemingsrecht* 2005/212.

⁴² Zie HR 10 mei 1985, *NJ* 1985, 791, m.nt. G.

⁴³ Zie R.J. van Galen, 'Toezicht op de curator in faillissement', in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 143; F.M.J. Verstijlen, 'De rechter-commissaris in het voorontwerp Insolventiewet: rechter of commissaris?', *Tv* 2008/1, p. 22, noot 26.

voet van art. 67 Fw ingesteld appel tegen aan afwijzende beschikking blijkt in de praktijk maar zelden succesvol te zijn.⁴⁴

In de literatuur wordt de Jomed II-beschikking in de regel zo uitgelegd dat zij louter betrekking heeft op de boedeladministratie en geen directe betekenis heeft voor het recht van een crediteur op inzage in de administratie die tot aan de faillietverklaring is gevoerd.⁴⁵ Door Verstijlen is evenwel betoogd dat weinig aannemelijk is dat de Hoge Raad schuldeisers ten aanzien van de door de schuldenaar vervaardigde boekhouding ruimte heeft willen bieden buiten de in Jomed II geschetste kaders.⁴⁶ Aan Verstijlen moet worden toegegeven dat er niet direct een goede reden te verzinnen valt om in dit opzicht onderscheid te maken tussen de boekhouding van vóór faillissement en de door de curator gevoerde administratie en dat de beschikking van de Hoge Raad ook wel enige aanknopingspunten voor de door hem voorgestane lezing bevat. Toch denken wij dat de Hoge Raad het hier bedoelde onderscheid wel degelijk heeft willen maken, niet alleen omdat hij dat in de beschikking met zoveel woorden doet, maar ook omdat zijn beslissing dat het toepassingsgebied van art. 3:15j aanhef en onder d BW louter ziet op de boekhouding van de failliet anders betrekkelijk betekenisloos zou zijn. Welbeschouwd zou de lezing van Verstijlen de gehele regeling van art. 3:15j aanhef en onder d BW in materieel opzicht zinledig maken,⁴⁷ omdat dan immers steeds dezelfde informatie uit de door de schuldenaar gevoerde boekhouding zou kunnen worden verkregen via de weg van art. 69 Fw.⁴⁸ Wij achten het niet waarschijnlijk dat de Hoge Raad zover heeft willen gaan. Bovendien moet worden bedacht dat de Hoge Raad reeds in 1901 oordeelde dat het recht op openlegging van de boekhouding van de failliet op de voet van art. 11 WvK – de voorganger van art. 3:15j BW – niet kon worden ontzegd aan een partij van wie vaststond dat hij schuldeiser was, maar “die beweert[de] grootere schuldvordering te hebben, dan door de verwerende curators wordt erkend”.⁴⁹ Binnen de bestaande kaders van art. 69 Fw zou een dergelijke vordering naar onze mening in ieder geval geen kans maken.

Voor een verzoek tot inzage in de administratie die is gevoerd tot aan de faillissementsdatum biedt art. 3:15j aanhef en onder d BW onzes inziens dus nog altijd een grondslag, zonder dat de rechten van de schuldeiser worden ingesnoerd door de regeling van art.

⁴⁴ Zie R.J. van Galen, ‘Toezicht op de curator in faillissement’, in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 144, die stelt dat een hoger beroep in minder dan 10 % van de gevallen succesvol is.

⁴⁵ Zie o.a. W.J.M. van Andel, noot onder Rb. Arnhem 21 oktober 2008, *JOR* 2009, 23; J.L.M. Groenewegen & M.J.H. Orval, ‘Rechten van schuldeisers op informatie in faillissement: een begaanbare weg of een doodlopend pad?’, in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *Curator en crediteuren*, Insolad Jaarboek 2009, Deventer: Kluwer 2009, p. 47; F.E. Vermeulen, ‘Een doekje voor het bloeden? Over informatierechten in faillissement na Jomed’, in: R.S. Meijer e.a. (red.), *Uit de praktijk. Liber amicorum mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Den Haag: Bju 2012, p. 285. Zo ook: Rb. Arnhem 21 oktober 2008, *JOR* 2009, 23.

⁴⁶ Zie F.M.J. Verstijlen, ‘Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers’, *TvI* 2010/6, 33, p. 213.

⁴⁷ Verstijlen onderkent dit overigens zelf ook; zie F.M.J. Verstijlen, ‘Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers’, *TvI* 2010/6, 33, p. 213.

⁴⁸ Een beroep op art. 3:15j BW biedt dan hooguit nog het voordeel dat dit kan worden gedaan in een met meer waarborgen omklede rechtsgang dan die van art. 69 Fw.

⁴⁹ Zie HR 12 april 1901, *W.* 7590 (*Kampfraath/Cosman en Kirchberger q.q.*). Zo ook Hof Amsterdam 15 januari 2004, *JOR* 2006, 62 (*Jomed II*).

69 Fw en de daaraan door de Hoge Raad gestelde grenzen. Wat is nu de reikwijdte van het in art. 3:15j aanhef en onder d BW toegekende recht? Die is onduidelijk, meer in het bijzonder het vereiste dat de schuldeiser in kwestie bij openlegging van de boekhouding een *rechtstreeks en voldoende* belang moet hebben. Art. 11 WvK stelde alleen voor de *andere* in het artikel genoemde gerechtigden het vereiste van een ‘regelrecht belang’ en voor de situatie van faillissement nu juist niet.⁵⁰ In de huidige regeling is dit vereiste – dat wil zeggen: van een rechtstreeks en voldoende belang – dus ook voor de schuldeiser in faillissement gesteld en uit de memorie van toelichting blijkt dat dit een bewuste keuze is geweest. In welke gevallen een voldoende en rechtstreeks belang aan de orde is, wordt in de wetsgeschiedenis echter niet toegelicht.⁵¹

Door diverse auteurs wordt aan dit vereiste in de context van art. 3:15j aanhef en sub d BW een bijzondere op het faillissement toegesneden restrictieve uitleg gegeven, die erop neerkomt dat een inzageverzoek op de voet van dit artikel er *louter* toe kan strekken de rechtsverhouding van de schuldeiser tot de gefailleerde vast te stellen.⁵² Sommigen voegen daar nog aan toe een crediteur ook een ingang heeft indien de verzochte informatie benodigd is ter betwisting van de vordering die een andere schuldeiser op de gefailleerde pretendeert te hebben.⁵³ Voor verder gaande informatieverzoeken, die er bijvoorbeeld toe strekken een met de vordering op de gefailleerde verband houdende vordering op een *derde* te kunnen onderbouwen, zien de hier bedoelde auteurs evenwel géén ruimte.⁵⁴

Wij achten een dergelijke beperkte uitleg van de regeling van art. 3:15 aanhef en onder d BW niet noodzakelijk. Uit de memorie van toelichting bij art. 3:15j BW kan worden opgemaakt dat voor de daarin genoemde gevallen die tevens in art. 11 WvK waren geregeld, door de wetgever geen koerswijziging is beoogd, anders dan dat het vereiste van een ‘regelrecht belang’ – in de terminologie van het huidige art. 3:15j BW: een ‘rechtstreeks en voldoende belang’ – tevens voor inzageverzoeken door een schuldeiser in faillissement is gaan gelden, zoals dat door sommige auteurs overigens ook reeds werd verdedigd onder art. 11 WvK.⁵⁵ Dit maakt onzes inziens dat van belang is om te bezien hoe het onder art. 11 WvK

⁵⁰ Art. 11 WvK liet overigens in het midden *wie* bij faillissement recht op openlegging van de administratie had, als gevolg waarvan in discussie was of dit recht wel toekwam aan een individuele crediteur of bijvoorbeeld (alleen) aan de curator. In het hiervoor reeds aangestipte HR 12 april 1901, *W. 7590 (Kampfraath/Cosman en Kirchberger q.q.)* oordeelde de Hoge Raad echter dat het aannemen van een inzagerecht van de curator onder art. 11 WvK niet zou stroken met diens recht op afgifte van de administratie als verwoord in art. 799 WvK, de voorloper van art. 92 Fw. Tevens oordeelde hij dat een individuele schuldeiser wél onder het toepassingsbereik van art. 11 WvK is begrepen.

⁵¹ Zie *Kamerstukken II*, 2000/01, 27 824, nr. 3, p. 8–9.

⁵² Zie G.C. van Daal, ‘Van overlegging naar openlegging: artikel 3:15 b BW een Doos van Pandora?’, *TvI* 2003/4, p. 89; J.J. van Hees, ‘Schuldeisers en de afwikkeling van het faillissement: de curator onder invloed?’, *TvI* 2004/special, 58, p. 294; J.L.M. Groenewegen & M.J.H. Orval, ‘Rechten van schuldeisers op informatie in faillissement: een begaanbare weg of een doodlopend pad?’, in: I. Spinath, J.E. Stadij & M. Windt (red.), *Curator en crediteuren*, Insolad Jaarboek 2009, Deventer: Kluwer 2009, p. 50; F.M.J. Verstijlen, ‘Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers’, *TvI* 2010/6, 33, p. 213.

⁵³ Zie G.C. van Daal, ‘Van overlegging naar openlegging: artikel 3:15 b BW een Doos van Pandora?’, *TvI* 2003/4, p. 87; F.M.J. Verstijlen, ‘Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers’, *TvI* 2010/6, 33, p. 213–214.

⁵⁴ In deze zin ook: Hof Arnhem 12 mei 2009, *JOR* 2009, 269, m.nt. W.J.M. van Andel.

⁵⁵ Zie J. Rutgers, *openlegging en overlegging van boekhouding*, 1949, p. 234–238.

geldende vereiste van de aanwezigheid van een ‘regelrecht belang’ werd geïnterpreteerd. Dorhout Mees merkt hierover op:

“Voor al deze vier categorieën stelt de wet ook nog als eis een ‘regelrecht belang’. Men heeft het recht dus slechts indien men onder één der categorieën valt en bovendien in de gegeven omstandigheden voldoende belang bij de overlegging heeft. [...] Het belang bij de overlegging moet dus de bezwaren daartegen overtreffen.”⁵⁶

Zo beschouwd werd met het vereiste van een ‘regelrecht belang’ niet veel meer uitgedrukt dan dat honorering van een verzoek om openlegging op de voet van art. 11 WvK geen automatisme was, maar slechts aan de orde kon zijn indien een belangenafweging in het voordeel van de verzoeker uitpakte. Onzes inziens ligt in de rede het thans in art. 3:15j BW neergelegde vereiste van een ‘rechtstreeks en voldoende belang’ op dezelfde wijze te interpreteren. Zo ook Huydecoper:

“[I]k denk dat de hier bedoelde clausulering in art. 3:15j BW [van een rechtstreeks en voldoende belang; WjvA en TTVZ] niets anders doet, dan tot uitdrukking brengen dat de in het geding zijnde belangen van dien aard moeten zijn dat zij, bij afweging, rechtvaardigen dat het recht op inzage dat de betrokkene nastreeft, wordt gehonoreerd.”⁵⁷

Wij zien ook geen goede grond om aan de toepassing van die bepaling reeds op voorhand beperkende voorwaarden te verbinden, maar menen dat steeds een afweging van de in het geding zijnde belangen de doorslag dient te geven.⁵⁸

Dit impliceert dat een schuldeiser naar onze mening onder omstandigheden ook een beroep op art. 3:15j aanhef en onder d BW kan toekomen indien hij inzage wenst ter onderbouwing van een met zijn vordering op de gefailleerde samenhangende vordering op een *derde*.⁵⁹ Situaties waarin een schuldeiser juist om deze reden belang heeft bij inzage in de boekhouding van de failliet komen in de praktijk met grote regelmaat voor. Een schuldeiser die door de gefailleerde in zijn verhaalsmogelijkheden is benadeeld en als uitvloeisel daarvan mogelijk een vordering heeft op een daarbij betrokken bestuurder, kan er groot belang bij hebben dat hij inzage krijgt in de boekhouding die betrekking heeft op de periode waarin

⁵⁶ Zie T.J. Dorhout Mees, *Kort begrip van het Nederlands handels- en faillissementsrecht*, Haarlem: De Erven F. Bohn N.V. 1971, nr. 3.36.

⁵⁷ Zie A-G Huydecoper, conclusie vóór HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 250, m.nt. PvS (*Jomed II*), onder 51.

⁵⁸ In dezelfde zin: A-G Huydecoper in diens conclusie voor HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 250, m.nt. PvS (*Jomed II*), onder 45. Zie ook de noot van W.J.M. van Andel onder Hof Arnhem 12 mei 2009, *JOR* 2009, 269, onder 3.

⁵⁹ Zo ook A-G Huydecoper, conclusie vóór HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 250, m.nt. PvS (*Jomed II*), onder 33 en 48, die het belang van een schuldeiser bij het verkrijgen van informatie met het oog op een mogelijke aansprakelijkheid van derden als een legitiem belang aanmerkt. Zie ook Rb. Arnhem 21 oktober 2008, *JOR* 2009, 23, m.nt. W.J.M. van Andel, welke uitspraak evenwel in hoger beroep is vernietigd; zie Hof Arnhem 16 oktober 2009, *JOR* 2009, 269, m.nt. W.J.M. van Andel. Vgl. Hof Den Haag 25 september 2007, *JOR* 2007, 287, m.nt. W.J.M. van Andel.

zijn vordering op de gefailleerde is ontstaan. Onzes inziens dient die crediteur ter onderbouwing van zijn claim een beroep op art. 3:15j aanhef en onder d BW te kunnen doen indien het belang van de boedel daardoor niet wordt geschaad, bijvoorbeeld omdat de curator zelf geen vordering jegens de bestuurder heeft of een procedure om andere reden niet opportuun acht. Ook is denkbaar dat de curator wel een vordering heeft, maar de bestuurder ruim voldoende verhaal biedt om aan beide vorderingen te kunnen voldoen.⁶⁰ In dergelijke situaties behoort naar onze mening ruimte te bestaan om de schuldeiser in kwestie inzage in de tot aan de faillissementsdatum gevoerde boekhouding te verlenen.⁶¹ Die schuldeiser dient dan wel de met inzage gepaard gaande kosten voor zijn rekening te nemen, zoals ook de stilpandhouder van vorderingen dient te doen indien hij de voor openbaarmaking en inning van belang zijnde gegevens van de curator verlangt.⁶² Doet hij dat niet, dan zal een belangenafweging al snel in het nadeel van de schuldeiser uitpakken.⁶³

De hier bepleite meer ruimhartige erkenning van een recht op informatie van een individuele schuldeiser onder art. 3:15j BW past naar onze mening bij de bijzondere situatie en daarmee gepaard gaande informatiebehoefte die met de intrede van een faillissement ontstaat. Daarvan getuigt niet alleen het bestaan van een bijzondere regeling zoals in art. 3:15j aanhef en onder d BW is neergelegd, maar bijvoorbeeld ook art. 1:91 Wft, waarin is bepaald dat de geheimhoudingsplicht van de toezichthouder niet geldt jegens de curator in faillissement.⁶⁴ Een meer ruimhartige interpretatie van art. 3:15j aanhef en onder d BW strookt ook met de huidige tijdgeest, die er een is van transparantie en openheid; het toenemende belang dat in de praktijk aan het doen van onderzoek naar de oorzaken van het faillissement pleegt te worden gehecht (waarover § 2), is daar een uiting van. Bovendien bevordert de door ons voorgestane uitleg van art. 3:15j aanhef en onder d BW in voorkomende gevallen de beperking van de met het faillissement samenhangende schade, doordat crediteuren in staat worden gesteld hun schade eenvoudiger af te wentelen op partijen die voor het ontstaan daarvan mede verantwoordelijk zijn. Daartegen kunnen onzes inziens geen overwegende bezwaren bestaan.

Zou de Hoge Raad hier echter niet aan willen, dan dienen naar onze mening in ieder geval géén additionele beperkingen te worden gesteld aan de mogelijkheid om in voorkomende gevallen op de voet van art. 843a Rv inzage in de administratie te verkrijgen, in die zin dat ook dit inzagerecht in faillissement tot binnen de aan art. 69 Fw gestelde grenzen wordt teruggebracht. Voor de daardoor te ontstane verslechtering van de (bewijs)positie van

⁶⁰ Indien zowel de curator als een individuele schuldeiser op hetzelfde feitencomplex jegens een bestuurder procederen, kan een behoorlijke afwikkeling van het faillissement wel meebrengen dat eerst op de vordering van de curator wordt beslist; zie 21 december 2001, *NJ* 2005, 95, m.nt. SCJK onder *NJ* 2005/96 (*Lunderstädt/De Kok c.s.*).

⁶¹ Wij zouden denken dat die ruimte bovendien in gelijke mate zou moeten bestaan ten aanzien van de door de curator gevoerde administratie, maar die weg is door de Hoge Raad in *Jomed II* uitdrukkelijk afgesneden.

⁶² Vgl. HR 30 oktober 2009, *NJ* 2010, 96, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hamm q.q./ABN AMRO*).

⁶³ Zie ook W.J.M. van Andel, noten onder Rb. Arnhem 21 oktober 2008, *JOR* 2009, 23, sub 4 en Hof Arnhem 12 mei 2009, *JOR* 2009, 269, sub 4.

⁶⁴ Zie bijvoorbeeld ook art. 206 Pensioenwet.

een schuldeiser binnen faillissement zien wij geen rechtvaardiging.⁶⁵ Ook een aangesproken bestuurder dient onzes inziens ter inrichting van zijn verweer – zo nodig⁶⁶ – via de weg van art. 843a Rv inzage in de administratie te kunnen verlangen, ongeacht of hij door een individuele schuldeiser of de curator in rechte wordt betrokken.⁶⁷

Informatieplichten van de curator

Uit de jurisprudentie kan worden opgemaakt dat de curator in sommige gevallen jegens bepaalde individuele schuldeisers ook gehouden kan zijn *uit eigen beweging* informatie te verschaffen. Zo oordeelde de Hoge Raad in het Maclou-arrest dat een behoorlijke taakuitoefening kan meebrengen dat de curator gehouden is individuele schuldeisers van het uitspreken van het faillissement op de hoogte te stellen teneinde hun de gelegenheid te bieden hun rechten ten aanzien van door hen aan de schuldenaar geleverde en door deze niet betaalde zaken veilig te stellen.⁶⁸ Een stuk verder gaat een vonnis van de Rechtbank Amsterdam uit 2005.⁶⁹ Hierin werd geoordeeld dat op de curator in de gegeven omstandigheden de verplichting rustte een crediteur erop te wijzen dat hij ten onrechte geen aanspraak maakte op een hem ex art. 8:211 aanhef en sub b BW toekomend voorrecht.

Wij kunnen ons in deze rechtspraak vinden. Doel van het faillissement is de voldoening van de schuldeisers conform ieders verhaalsrecht. Het gaat niet aan dat die doelstelling wordt doorkruist, terwijl diegene die wordt aangesteld om het faillissement af te wikkelen – de curator – het in zijn macht heeft dat te voorkomen. Steeds indien een schuldeiser onkundig is van zijn recht, dient de curator die daarvan weet of behoort te weten hem te informeren.⁷⁰ Ook ingeval bijvoorbeeld een leverancier diens vordering bij de curator indient en de curator constateert dat hij zich er niet van bewust is dat de geleverde zaak zich nog in de boedel bevindt en daarop een eigendomsvoorbehoud rust, staat voor ons buiten twijfel dat de curator de leverancier hierop dient te wijzen, of de gezamenlijke crediteuren dat nu leuk vinden of niet. In dit verband zij ook verwezen naar Praktijkregel 7.1: “De curator respecteert de eigendomsrechten van derden”.⁷¹

⁶⁵ Zo ook: F.E. Vermeulen, ‘Een doekje voor het bloeden? Over informatierechten in faillissement na Jomed’, in: R.S. Meijer e.a. (red.), *Uit de praktijk. Liber amicorum mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Den Haag: Bju 2012, p. 288. Anders: F.M.J. Verstijlen, ‘Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers’, *TvI* 2010/6, 33, p. 214.

⁶⁶ In Rb. Den Bosch 14 november 2012, *JOR* 2013, 68 werd aangenomen dat bestuurders tijdens faillissement uit hoofde van hun bestuurderschap recht hebben op inzage in de administratie. Naar onze mening is dat terecht.

⁶⁷ Zie voor een recent voorbeeld van deze laatste situatie: Rb. Midden-Nederland 19 juni 2013, *LJN*: BO4322. De rechtbank wees het op art. 843a Rv gegronde verzoek van de aangesproken voormalig bestuurders en commissarissen niet a priori af, maar oordeelde dat het in de gegeven omstandigheden afstuitte op het vereiste dat het verzoek op ‘bepaalde bescheiden’ betrekking dient te hebben en dus geen *fishing expedition* dient te behelzen. Zie ook Rb. Den Haag 21 maart 2007, *LJN*: BC5652.

⁶⁸ Zie HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. WMK.

⁶⁹ Zie Rb. Amsterdam 28 december 2005, *JOR* 2006, 110.

⁷⁰ Zo ook F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 260–263; *Wessels Insolventierecht IV*, 3^e druk, 2010, par. 4257; F.M.J. Verstijlen, ‘Wat niet weet, deert. Informatierechten van schuldeisers’, *TvI* 2010/6, 33, p. 209. Anders: F. Hamminga, ‘Curator en bewindvoerder; problemen en overwegingen’, *Adv.bl.* 1982, p. 497.

⁷¹ Zie ook W.J.M. van Andel, noot onder Hof Den Haag 25 september 2007, *JOR* 2007, 287, sub 1.

4. Informatieverschaffing aan de crediteurencommissie

Tot slot nog een enkele opmerking over het recht op informatie van de crediteurencommissie. Dit recht is verankerd in art. 76 Fw en biedt de crediteurencommissie de bevoegdheid te allen tijde raadpleging van de op het faillissement betrekking hebbende boeken, bescheiden en andere gegevensdragers te vorderen. Daarnaast legt art. 76 Fw op de curator de verplichting *alle* van hem verlangde inlichtingen te verstrekken. Het gaat hier dus om een in beginsel ongelimiteerd recht op informatie, dat níet is onderworpen aan de beperkingen die de Hoge Raad aan een informatieverzoek op de voet van art. 69 Fw heeft gesteld. Dit betekent dat de commissie niet gehouden is aan te geven welk belang zij bij het verkrijgen van de verzochte informatie heeft – er vindt in het geheel geen belangenafweging plaats – en het verzoek evenmin hoeft te dienen als opmaat voor een op basis van de verkregen informatie uit te lokken bevel ex art. 69 Fw. Steeds indien de crediteurencommissie de curator op de voet van art. 76 Fw om informatie verzoekt, dient dat verzoek – misbruiksituaties daargelaten – door de curator te worden ingewilligd.

In faillissementen die in aanmerking komen voor de instelling van een crediteurencommissie is het informatierecht ex art. 76 Fw in potentie een belangrijk instrument om de transparantie van het faillissement te bevorderen en de invloed van de schuldeisers op de wijze waarop de curator het faillissement afwikkelt, te waarborgen. In de praktijk wordt dit recht de crediteuren evenwel in de regel ontzegd of wordt dit recht ten minste gemarginaliseerd. De belangrijkste oorzaak daarvan is dat de bevoegdheid van de crediteuren om een schuldeiserscommissie in het leven te roepen op grond van art. 75 lid 1 Fw eerst ontstaat bij gelegenheid van de verificatievergadering. Waar de wetgever van 1893 ervan uitging dat die vergadering binnen afzienbare termijn na het uitspreken van het faillissement plaatsvond en er voordien in beginsel geen vereffeningshandelingen werden verricht (art. 101 Fw), is de huidige praktijk – zoals reeds werd aangestipt bij de bespreking van het informatierecht ex art. 137 Fw in § 3 – een geheel andere. Zo er al een verificatievergadering wordt gehouden, gebeurt dat vrijwel steeds pas op een zodanig laat moment dat alle belangrijke handelingen al hebben plaatsgevonden. Weliswaar bestaat de mogelijkheid dat de rechtbank al in een eerder stadium een voorlopige crediteurencommissie instelt, maar die instelling kan – anders dan de instelling van een definitieve commissie – niet door de crediteuren worden afgedwongen. De praktijk is dat zelden een voorlopige commissie wordt benoemd,⁷² zelfs niet indien daarom door de schuldeisers wordt verzocht.⁷³

⁷² Zelfs in het Fokker-faillissement – tot op dat moment de grootste deconfiture die ooit in Nederland had plaatsgevonden – werd geen voorlopige commissie ingesteld, terwijl daar gelet op de ‘belangrijkheid of de aard des boedels’ (zie art. 74 lid 1 Fw) toch alle aanleiding toe bestond. Zie R.J. van Galen, ‘De crediteurencommissie in faillissement’, *Tv/2000/Fokker*, p. 24.

⁷³ Het is onzes inziens gelet hierop kwestieus dat de Hoge Raad in HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 250, m.nt. PvS (*Jomed II*) diens beperking van het inzagerecht ex art. 3:15j BW mede staft met een verwijzing naar het informatierecht ex art. 76 Fw, dat in de praktijk nauwelijks een rol van betekenis speelt. Vgl. F.E. Vermeulen, ‘Een doekje voor het bloeden? Over informatierechten in faillissement na *Jomed*’, in: R.S. Meijer e.a. (red.), *Uit de praktijk. Liber amicorum mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt*, Den Haag: Bju 2012, p. 284–285.

Wij vinden deze situatie onwenselijk.⁷⁴ Waar het zwaartepunt van de faillissementsafwikkeling in afwijking van het door de wetgever gekozen systeem is komen te liggen in de periode vóór de verificatievergadering, dient ook instrumentarium dat de wetgever in het leven heeft geroepen om de invloed van de schuldeisers op die afwikkeling gestalte te geven, reeds in die periode beschikbaar te zijn. Dat impliceert dat indien de crediteuren de instelling van een voorlopige commissie wensen, aan die wens naar onze mening in beginsel steeds tegemoet zou moeten worden gekomen, zodat het informatierecht van art. 76 Fw én de andere aan de commissie uit de schuldeisers toekomende rechten kunnen worden ingezet om de faillissementsafwikkeling te bevorderen.

5. Slotsom

Enigszins prikkelend hebben wij in de inleiding het beeld geschetst van de curator die in de praktijk (zeer) terughoudend is met het delen van informatie. Hij wikkelt “zijn” boedel het liefst af zonder crediteuren die hem op de vingers kijken. Terughoudendheid was het uitgangspunt van art. 8.1 van de Praktijkregels van Insolad van 2004. In 2011 is de formulering van art. 8.1 ingrijpend gewijzigd en staat niet langer terughoudendheid, maar transparantie centraal. De curator die heden ten dage nog steeds al te terughoudend is met de verstrekking van informatie, is dus niet met zijn tijd meegegaan. Uiteraard zijn er ook curatoren die transparantie en openheid hoog in het vaandel hebben staan, maar onze indruk is dat de gemiddelde curator wat achterloopt bij de tijdgeest.

Wij pleiten dan ook voor een ruimhartige informatievoorziening in openbare verslagen *waar crediteuren echt wat aan hebben*. Daartoe zou de rigide indeling van het Recofamodel, die te zeer uitnodigt tot een plichtmatige invuloefening, moeten worden losgelaten.

Wij menen voorts dat er goede argumenten zijn om ook de grenzen van de verplichting van de curator tot informatieverstrekking jegens individuele schuldeisers betrekkelijk ruim te trekken, mits een dergelijke verstrekking niet strijdig is met het boedelbelang. Als voorbeeld noemden wij de schuldeiser die de curator op de voet van art. 3:15j sub d BW verzoekt om verstrekking van informatie uit de administratie van de gefailleerde om daarmee een met zijn vordering op de gefailleerde verband houdende vordering op een *derde* te kunnen onderbouwen. Tenzij het boedelbelang zich daartegen verzet, zien wij geen goede argumenten voor de curator om een dergelijk verzoek niet in te willigen. De schuldeiser in kwestie heeft onzes inziens, anders dan wel wordt aangenomen, wel degelijk een *rechtstreeks en voldoende belang* bij openlegging.

Ten slotte pleiten wij voor het ruimhartig toestaan door de rechter van de instelling van een voorlopige crediteurencommissie. Dit wordt in de huidige praktijk te vaak zonder goede grond geweigerd en zonder dat rekening gehouden wordt met het feit dat in de huidige tijd in de meeste faillissementen pas in een laat stadium – of in het geheel niet – een verificatievergadering plaatsvindt, als gevolg waarvan het fenomeen van de voorlopige crediteurencommissie met het oog op toezicht door schuldeisers veel belangrijker is geworden dan de definitieve crediteurencommissie. De niet-gelimiteerde verplichting van de curator

⁷⁴ Zie ook R.J. van Galen, ‘Toezicht op de curator in faillissement’, in: M.J. Kroeze e.a. (red.), *Verantwoording aan Hans Beckman*, Deventer: Kluwer 2006, p. 147–149.

om op de voet van art. 76 Fw informatie aan de crediteurencommissie te verstrekken, verdient het om in de praktijk vaker tot haar recht te komen.