

stemd is om een in ernstige betalingsmoeilijkheden verkerende ondernemer bepaalde faciliteiten te bieden voor een sanering van zijn insolvable onderneming en zo ten koste van de schuldeisers een doorstart te maken met dat bedrijf via een voortzetting in de schuldsanering. De betreffende rechterlijke richtlijn bepaalt als volgt: “3.6.a. *Indien de schuldenaar een eigen bedrijf heeft of een zelfstandig beroep uitoefent, wordt dit bedrijf of beroep tijdens de looptijd van de schuldsaneringsregeling beëindigd, tenzij de rechter-commissaris toestemming geeft tot tijdelijke voortzetting daarvan, bijvoorbeeld om lopende zaken te kunnen afhandelen of om een akkoord te kunnen aanbieden. Na afloop van de tijdelijke voorzetting beëindigt de schuldenaar de bedrijfs- of beroepsactiviteiten en zoekt hij betaald werk in loondienst met inachtneming van de regels als vermeld onder artikel 3.5 (de arbeids- en sollicitatieplicht).*”

3.6.b. *Tijdens de looptijd van de schuldsaneringsregeling start de schuldenaar niet met een eigen bedrijf of begint hij niet met de uitoefening van een zelfstandig beroep, tenzij de rechter-commissaris hiervoor toestemming geeft.*”

Te allen tijde blijft toestemming vereist van de toezichthoudend rechter-commissaris. Het gaat dus om “uitzonderingsrecht”

G.H. Lankhorst,
beleidsadviseur bij de Directie Rechtsbestel, Ministerie van Justitie en Veiligheid

209

Geen bevel aan curator om oorzakenonderzoek te doen

Rechtbank Gelderland zp Arnhem
15 mei 2019, rekestnr. HA RK 18-46,
ECLI:NL:RBGEL:2019:2299
(mr. Quaadvliet)
Noot mr. L.C.H.J. Hox

Beroep ex art. 67 Fw tegen weigering rechter-commissaris om curator te bevelen nader onderzoek te doen naar onbehoorlijk bestuur. Vervolg op HR 25 januari 2019, «JOR» 2019/92, m.nt. Kraaipeol.

[Fw art. 67, 69; BW art. 2:248]

Indien aannemelijk is dat het door de curator gepleegde onderzoek onvoldoende is, dat wil zeggen gebaseerd op onjuiste feiten en/of onvolledig, dan wel dat de conclusies niet kunnen worden gedragen door de onderliggende feiten én naar redelijke verwachting nader onderzoek ertoe zal leiden dat een bate voor de boedel kan worden gerealiseerd, is er aanleiding om de curator op te dragen om nader onderzoek te plegen. De curator heeft uit het door hem verrichte rechtmatigheidsonderzoek de conclusie getrokken dat er geen aanleiding is om de bestuurders aan te spreken uit hoofde van onbehoorlijk bestuur of nader onderzoek hieromtrent te verrichten. De conclusies van de curator kunnen worden gedragen door de volgende onderliggende feiten en omstandigheden. Het bestuur van failliet heeft gelet op de doelstellingen van failliet gehandeld met een langetermijnvisie. Onder meer die visie heeft geleid tot het inschakelen van Inn Home voor verdergaande werkzaamheden dan enkel verhuur en beheer van De Valkenburcht. Het is niet aannemelijk geworden dat failliet hiervoor aan Inn Home onredelijk hoge bedragen heeft betaald. Hoewel het onderzoek van PeMa hiertoe geen aanleiding gaf, heeft de curator vervolgens Inn Home haar tarieven met een benchmark nader laten onderbouwen. De afwijkende begroting van appellanten is geen reden voor nader onderzoek, omdat die begroting is gebaseerd op slechts een deel

van de werkzaamheden die zijn opgedragen aan en werden verricht door Inn Home. De curator heeft dan ook op goede gronden kunnen oordelen dat er geen redenen zijn om te veronderstellen dat het bestuur in redelijkheid niet heeft kunnen besluiten tot het inschakelen van Inn Home, zulks op de wijze als beschreven en tegen de door Inn Home in rekening gebrachte kosten, laat staan dat het inschakelen van Inn Home heeft geleid tot het faillissement. Het enkele feit dat deze investeringen het faillissement niet hebben kunnen voorkomen, maakt niet dat dat het bestuur daarmee onbehoorlijk heeft gehandeld. Gelet op het rechtmatigheidsonderzoek kan de curator derhalve concluderen dat niet kan worden gezegd dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld zoals de bestuurders van failliet hebben gedaan. Er is daarom geen aanleiding om de curator op te dragen om nader onderzoek te verrichten.

1. X,

2. Y,

appellanten,

advocaat: mr. A.J.C. van Gurp,

in het faillissement van Valkenburcht Investment BV.

1. Het verloop van de procedure

1.1. Bij vonnis van deze rechtbank van 18 februari 2014 is het faillissement van Valkenburcht Investment uitgesproken, met benoeming van mr. E.R. Looijen als curator en mr. S.S. van Nijen als rechter-commissaris. Thans is mr. E. Schippers rechter-commissaris.

1.2. Bij e-mail van 9 februari 2018 hebben appellanten de rechter-commissaris op grond van artikel 69 Fw verzocht om, kort samengevat, de curator opdracht te geven nader en dieper onderzoek te doen naar onbehoorlijk bestuur en/of onrechtmatig handelen door de bestuurder van Valkenburcht Investment.

1.3. Bij beschikking van 2 maart 2018 heeft de rechter-commissaris het verzoek afgewezen. De rechter-commissaris is van oordeel dat de curator voldoende onderzoek heeft gedaan naar onbehoorlijk bestuur. Het is niet in het belang van de schuldeisers dat de curator nog verder onderzoek doet. Appellanten geven ook niet aan op welke punten het onderzoek niet voldoende is geweest (anders dan dat de curator in hun ogen te veel

informatie bij de bestuurders heeft gehaald), aldus de rechter-commissaris.

1.4. Appellanten hebben hoger beroep als bedoeld in artikel 67 lid 1 Fw ingesteld tegen de beschikking van de rechter-commissaris van 2 maart 2018. Bij brief van 9 april 2018 hebben appellanten een aanvullend beroepschrift met producties 1 tot en met 10 ingediend.

1.5. De curator heeft een verweerschrift in hoger beroep ingediend, ingekomen ter griffie op 8 mei 2018.

1.6. Bij brief van 11 juni 2018 heeft de rechter-commissaris gereageerd op het beroepschrift.

1.7. Het hoger beroep tegen de beschikking van de rechter-commissaris is behandeld ter zitting van de rechtbank op 12 juni 2018, waar [appellant sub 2], bijgestaan door advocaat mr. K.K.B. Kögging (waarnemend voor mr. Van Gurp) en de curator, bijgestaan door advocaat mr. J.J.P.T. van Summeren, zijn verschenen. Voorafgaand aan de mondelinge behandeling heeft mr. Van Gurp bij brief van 5 juni 2018 producties 11 en 12 ingediend. Ter zitting heeft mr. Kögging pleitaantekeningen overgelegd.

1.8. Bij beschikking van 26 juni 2018 heeft de rechtbank appellanten niet-ontvankelijk verklaard in het hoger beroep.

1.9. Appellanten hebben beroep in cassatie ingesteld. Bij beschikking van 25 januari 2019 («JOR» 2019/92, m.nt. Kraaiipoel; *red.*) heeft de Hoge Raad de beschikking van de rechtbank d.d. 26 juni 2018 vernietigd en het geding terug naar deze rechtbank verwezen ter verdere behandeling en beslissing.

1.10. Het hoger beroep is vervolgens behandeld ter zitting van 3 april 2019, waar [appellant sub 2], bijgestaan door advocaat mr. Kögging (waarnemend voor mr. Van Gurp) en de curator, bijgestaan door advocaat mr. Van Summeren, zijn verschenen. Voorafgaand aan de mondelinge behandeling heeft mr. Van Gurp bij brief van 26 maart 2019 producties 13 tot en met 29 ingediend. Ter zitting heeft mr. Kögging pleitaantekeningen overgelegd.

2. De feiten

2.1. De activiteiten van Valkenburcht Investment bestonden uit het beleggen, beheren, exploiteren en ontwikkelen van onroerende zaken, met name op het gebied van serviceflats, appartementencomplexen en zorgcomplexen. Valkenburcht Investment was appartementsrechtgebende van 67

van de 140 appartementen van het seniorencomplex De Valkenburcht te Oosterbeek. Valkenburcht Investment heeft Inn Home, een vennootschap die gelieerd is aan één van de aandeelhouders van Valkenburcht Investment, ingeschakeld voor diverse werkzaamheden.

2.2. De curator heeft een administratieve scan laten uitvoeren door PeMa Consultancy. De curator bericht in zijn vijfde faillissementsverslag over de rechtmatigheid als volgt.

“Het boekhoudkundig onderzoek heeft bij de curator tot de navolgende, voorlopige inzichten geleid, (...):

(...)

– Het bestuur is tot een aantal keren toe in staat gebleken om nieuwe vermogenverschaffers aan te trekken. Wanneer het bestuur de handdoek eerder in de ring had gegooid, zou de schade hoger zijn geweest.

– Het is delicaat dat de gefailleerde vennootschap voor het beheer van het seniorencomplex een beroep heeft gedaan op een vennootschap die gelieerd is aan één van de aandeelhouders. Ofschoon zich niet aftekent dat de overeengekomen vergoedingen niet marktconform waren, acht de curator het toch van belang dat zulks boven iedere twijfel wordt verheven. Hierop richt zich zijn vervolgonderzoek.

(...) De curator heeft het bestuur gevraagd om een benchmark uit te voeren, waaruit blijkt of en in hoeverre de door InnHome B.V. gehanteerde tarieven zakelijk zijn geweest. De curator beoogt hiermee externe kosten te vermijden, die weer ten laste van de faillissementscrediteuren zouden komen.”

2.3. In het zesde faillissementsverslag bericht de curator over het vervolgonderzoek naar de marktconformiteit van de tussen Valkenburcht Investment en Inn Home overeengekomen vergoedingen dat hij na het vervolgonderzoek tot het inzicht is gekomen dat de tarieven niet bovenmatig waren.

3. Het hoger beroep en het verweer

3.1. Appellanten verzoeken de rechtbank de beschikking van de rechter-commissaris van 2 maart 2018 te vernietigen en de curator alsnog op te dragen een nader diepgaand onderzoek te doen naar onbehoorlijk bestuur en dan met name naar de exorbitant hoge bedragen die zijn voldaan aan Inn Home B.V. (hierna: Inn Home) als vergoeding

voor de kosten van marketing verhuur en beheer van de appartementen.

3.2. Appellanten stellen dat de curator onjuiste conclusies heeft getrokken gedurende zijn rechtmatigheidsonderzoek. Valkenburcht Investment had, gelet op de afspraak in de buitengewone vergadering van aandeelhouders van 31 mei 2011 dat er geen kosten meer worden doorbelast door Inn Home, geen betalingen meer aan Inn Home mogen verrichten. Appellanten stellen voorts dat Inn Home bovendien niet marktconform heeft gedeclareerd voor de kosten van marketing, verhuur en beheer van de appartementen. Voor de kosten van het beheer omtrent de verhuur van De Valkenburcht geldt, naar de mening van appellanten, als vuistregel dat hiervoor ongeveer 5% van de huuroomzet wordt gedeclareerd. Valkenburcht Investment heeft Inn Home ook ingeschakeld voor niet-noodzakelijke beheerswerkzaamheden die behoren tot de verantwoordelijkheid van de Vereniging van Eigenaars (VvE). De kosten van de verhuur en het (niet-noodzakelijke) beheer van De Valkenburcht bedragen volgens de begroting van appellanten € 75.000,= op jaarbasis. Nu Valkenburcht Investment circa € 300.000,= per jaar aan Inn Home heeft betaald, is dat niet marktconform en is daarom sprake van onbehoorlijk bestuur. Tot slot heeft Valkenburcht Investment met haar betalingen aan Inn Home, en niet aan andere crediteuren zoals de VvE en appellanten, selectieve betalingen verricht, aldus appellanten.

3.3. De curator voert verweer. Hij voert allereerst aan dat de andere aandeelhouders de afspraak van 31 mei 2011 betwisten, maar dat ook niet van Inn Home kon worden verlangd dat zij grenzeloos haar werkzaamheden zou voortzetten zonder ook maar enige betaling te ontvangen. Hij stelt zich op het standpunt dat Inn Home, juist omdat zij gelieerd was aan Valkenburcht Investment, grote betalingsachterstanden heeft toegestaan. De curator voert voorts aan dat uit de resultaten van de scan van PeMa niet volgt dat de tussen Valkenburcht Investment en Inn Home overeengekomen vergoedingen niet marktconform waren. Hij heeft vervolgens een benchmark laten uitvoeren, gelet op de staat van de boedel, door Inn Home zelf, waarmee de door haar gehanteerde tarieven nader zijn onderbouwd. Voor wat betreft de (selectieve) betalingen aan Inn Home voert de curator aan dat Inn Home een positie als dwangcrediteur innaam, dat niet-betaling van Inn Home geleid zou hebben tot onmiddellijke staking van de dienst-

verlening en dat dit het voortijdig einde van de exploitatie zou hebben ingeluid. Er is, volgens hem, geen sprake van onbehoorlijk bestuur. Voor nader onderzoek is wat hem betreft, nog daargelaten dat appellanten niet hebben gesteld wat er dan precies onderzocht moet worden en hoe dit gefinancierd moet worden, geen aanleiding. Een procedure op grond van art. 2:248 BW acht de curator geen haalbare kaart.

4. De beoordeling

4.1. De rechtbank overweegt als volgt. Indien aannemelijk is dat het door de curator gepleegde onderzoek onvoldoende is, dat wil zeggen gebaseerd op onjuiste feiten en/of onvolledig, dan wel dat de conclusies niet kunnen worden gedragen door de onderliggende feiten én naar redelijke verwachting nader onderzoek ertoe zal leiden dat een bate voor de boedel kan worden gerealiseerd, is er aanleiding om de curator op te dragen om nader onderzoek te plegen.

4.2. De rechtbank begrijpt uit het verweer van de curator dat hij, uit het door hem verrichte rechtmatigheidsonderzoek, de conclusie heeft getrokken dat er geen aanleiding is om de bestuurders aan te spreken uit hoofde van onbehoorlijk bestuur of nader onderzoek hieromtrent te verrichten.

4.3. De rechtbank is van oordeel dat de conclusies van de curator kunnen worden gedragen door de volgende onderliggende feiten en omstandigheden. Het bestuur van Valkenburcht Investment heeft gelet op de doelstellingen van Valkenburcht Investment – het investeren in en het ontwikkelen van De Valkenburcht – gehandeld met een langetermijnvisie, zo heeft de curator aangevoerd. Onder meer die visie heeft geleid tot het inschakelen van Inn Home voor verdergaande werkzaamheden dan enkel verhuur en beheer van De Valkenburcht. Het is niet aannemelijk geworden dat Valkenburcht Investment hiervoor aan Inn Home onredelijke hoge bedragen heeft betaald. Hoewel het onderzoek van PeMa hiertoe geen aanleiding gaf, heeft de curator vervolgens Inn Home haar tarieven met een benchmark nader laten onderbouwen. In de afwijkende begroting van appellanten ziet de rechtbank geen reden voor nader onderzoek, omdat die begroting is gebaseerd op slechts een deel van de werkzaamheden die zijn opgedragen aan en werden verricht door Inn Home. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de curator op goede gronden heeft kunnen oorde-

len dat er geen redenen zijn om te veronderstellen dat het bestuur in redelijkheid niet heeft kunnen besluiten tot het inschakelen van Inn Home, zulks op de wijze als beschreven en tegen de door Inn Home in rekening gebrachte kosten, laat staan dat het inschakelen van Inn Home heeft geleid tot het faillissement. Het enkele feit dat deze investeringen het faillissement niet hebben kunnen voorkomen, maakt niet dat het bestuur daarmee onbehoorlijk heeft gehandeld. Gelet op het rechtmatigheidsonderzoek kan de curator derhalve concluderen dat niet kan worden gezegd dat geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld zoals de bestuurders van Valkenburcht Investment hebben gedaan.

4.4. De rechtbank ziet in het voorgaande geen grond voor het bevelen van nader onderzoek. Het standpunt van appellanten dat de curator slechts uitgaat van de informatie van het bestuur van Valkenburcht Investment, wordt verworpen. De curator heeft appellanten steeds betrokken in zijn informatievergaring en hen laten reageren op stellingen van het bestuur. De informatie die appellanten vanuit hun positie als aandeelhouder hadden en de verdenkingen die zij jegens het bestuur hebben geuit zijn door de curator meegenomen in zijn rechtmatigheidsonderzoek. De rechtbank is daarom van oordeel dat er geen aanleiding is om de curator op te dragen om nader onderzoek te verrichten.

4.5. De overige stellingen van appellanten zijn, naar het oordeel van de rechtbank, door de curator voldoende weersproken en leiden derhalve niet tot een ander oordeel.

4.6. De conclusie is dat het hoger beroep faalt. De bestreden beschikking van de rechter-commissaris wordt bekrachtigd.

5. De beslissing

De rechtbank verwerpt het hoger beroep en bekrachtigt de beschikking van de rechter-commissaris van 2 maart 2018.

NOOT

1. Curatoren onderzoeken de oorzaken van een faillissement. Dit is de normale gang van zaken zeker sinds de invoering van de Wet versterking positie curator per 1 juli 2017. In art. 68 lid 2 sub a

Fw staat thans [cursivering LH]: “De curator: (a.) beziet bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt, de vereffening van de failliete boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot”.

2. De wijze waarop dat onderzoek wordt uitgevoerd, is niet nader gereguleerd of gestandaardiseerd. In mijn artikel: ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?’, *Tvl* 2018/42, bepleit ik dat regulering en standaardisering gewenst zijn. De hiervoor afgedrukte beschikking naar aanleiding van een art.

69 Fw-verzoek door schuldeisers, tevens aandeelhouders, toont aan dat dit inderdaad gewenst is.

3. De beschikking is het inhoudelijke vervolg op de door de Hoge Raad vernietigde niet-ontvankelijkheidsverklaring van verzoekers door de Rechtbank Gelderland van 26 juni 2018. Voor de beschikking van de Hoge Raad verwijs ik naar HR 25 januari 2019, «JOR» 2019/92, m.nt. Kraaiapoel. In zijn noot gaat Kraaiapoel in op de formele aspecten die hebben geleid tot de vernietiging. In deze noot beperk ik mij tot enkele observaties aangaande het oorzakenonderzoek.

4. De rechtbank dient zich in de beschikking alsnog uit te laten over het verzoek van de schuldeisers aan de rechter-commissaris om de curator te bevelen een nader onderzoek te gelasten naar de oorzaken van het faillissement. De rechtbank wijst het verzoek van verzoekers wederom af, thans op inhoudelijke gronden.

5. De rechtbank brengt daarvoor het volgende toetsingskader aan [cursivering en nummering LH]: r.o. 4.1. [1.] “Indien aannemelijk is dat het door de curator gepleegde onderzoek onvoldoende is, dat wil zeggen gebaseerd op onjuiste feiten en/of onvolledig, dan wel dat de conclusies niet kunnen worden gedragen door de onderliggende feiten en [2.] naar redelijke verwachting nader onderzoek ertoe zal leiden dat een bate voor de boedel kan worden gerealiseerd, is er aanleiding om de curator op te dragen om nader onderzoek te plegen.” Dit is hetzelfde toetsingskader als eerder gebruikt in Rb. Utrecht 18 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO9632, zie r.o. 4.2. Dit toetsingskader komt mij juist voor.

6. Zoals hiervoor reeds aangegeven, is op dit moment het oorzakenonderzoek nauwelijks gereguleerd. Het staat de curator vrij om zijn oorzakenonderzoek in te richten op de wijze die hem

juist voorkomt, zie de toelichting op art. 5.1. *INSOLAD Praktijkregels* april 2019. Aangezien er nauwelijks specifieke regels zijn waaraan kan worden getoetst, is een terughoudende rechterlijke toetsing op zijn plaats. Die terughoudendheid blijkt ook uit r.o. 4.1. vanaf [1.]. Het is aan de verzoeker om aannemelijk te maken dat het onderzoek onvoldoende is.

7. De vraag die opkomt, is hoe een verzoeker dit moet doen indien géén inzage is verleend in het oorzakenonderzoek, anders dan bijvoorbeeld door een toelichting in het verslag. De curator is namelijk niet verplicht om het onderzoek openbaar te maken. Uit de *INSOLAD Praktijkregels* van april 2019 volgt dat de curator wel kan besluiten tot openbaarmaking. Ik zou menen dat indien een verzoeker geen of slechts beperkte inzage heeft, dit in zijn voordeel zal moeten meewegen. Het gebrek aan transparantie aan de zijde van de curator dient in ieder geval niet als extra drempel te werken om aannemelijk te maken dat het onderzoek onvoldoende is.

8. In de onderhavige uitspraak hadden de verzoekers, aandeelhouders van failliet, ogenschijnlijk geen of nauwelijks een informatieachterstand. De verzoekers zijn gehoord in het kader van het onderzoek en aangedragen grieven zijn door de curator meegewogen in het onderzoek. Het enkele feit dat de verzoekers het niet eens zijn met de conclusies, of de bronnen waarop dat is gestoeld, is onvoldoende om de curator te verplichten om een nader onderzoek te laten uitvoeren.

9. Uit de door de rechtbank gehanteerde toets volgt ook dat feiten en conclusies van elkaar moeten worden gescheiden. Dat lijkt evident, maar het is weleens misgegaan. Zie Rb.

Oost-Brabant 25 oktober 2016, «JOR» 2017/23, m.nt. Jansen. Het is zodoende zinvol om, voordat het onderzoeksrapport wordt opgesteld, een dataset van relevante documenten te vervaardigen en op basis daarvan een chronologisch feitenoverzicht op te stellen. Dat laatste is een opsomming van objectieve en verifieerbare feiten die zich hebben voorgedaan. Op basis van de dataset en het feitenoverzicht, nadat dit eventueel (mede in het kader van hoor en wederhoor) door betrokken partijen is gecontroleerd op volledigheid en juistheid, kunnen vervolgens verantwoorde conclusies worden opgesteld.

10. De rechtbank maakt in r.o. 4.1 vanaf [2.] duidelijk dat de curator, bij de vraag of een (nader) onderzoek geëigend is, een kosten-batenanalyse

dient te maken. Dit is op zichzelf begrijpelijk. Op grond van de Wet versterking positie curator bestaat een verplichting om enig onderzoek te doen naar de oorzaken van een faillissement. Het faillissement blijft evenwel primair gericht op een financieel zo goed mogelijke vereffening van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren. Zou het onderzoek dat doel niet kunnen bevorderen, dan is een (nader) onderzoek niet opportuun.

11. De uitspraak Rb. Rotterdam 21 juni 2017, «JOR» 2017/278, m.nt. Tekstra blijft zodoende bevreemden. In die uitspraak poogden de bestuurders van een failliet, in wiens faillissement een volledige uitdeling kon plaatsvinden, de curator via de weg van art. 69 Fw te bewegen tot het staken van het onderzoek en het afwickelen van het faillissement. De rechtbank oordeelde evenwel dat – in de gegeven omstandigheden – onder meer de belangen van maatschappelijke aard de nog beperkte onderzoekshandelingen rechtvaardigden. Ik betwijfel, met annotator Tekstra, of die uitkomst terecht is. Zie in dezelfde zin E.J. Oppedijk van Veen en V.G.M. Leferink in het *Insolad Jaarboek* 2019, p. 199. Zie verder de beschikkingen van de rechter-commissaris (Rb. Amsterdam 4 juni 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3999) en de Rechtbank Amsterdam (Rb. 10 juli 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4889) waarin curatoren, gegeven de omstandigheid dat een 100%-akkoord aan de schuldeisers zou worden aangeboden, niet werden gelast een rechtmatigheidsonderzoek te verrichten in het faillissement van het Slotervaartziekenhuis.

12. In de onderhavige uitspraak komt de rechtbank na toepassing van vorenstaand toetsingskader tot de conclusie dat er geen aanleiding is om de curator op te dragen tot het doen van nader onderzoek. Deze uitkomst is bevredigend. Minder bevredigend is het gegeven dat de inhoudelijke uitspraak pas is gevolgd na een ronde langs de Hoge Raad.

13. In eerste instantie verklaarde de rechtbank verzoekers niet-ontvankelijk vanwege een termijnoverschrijding. Zoals annotator Kraaipeel terecht schrijft in zijn annotatie, oogt dat oordeel van de rechtbank formalistisch en nogal onwelwillend. De rechtbank had alle betrokkenen, waaronder de gezamenlijke crediteuren, tijd en geld kunnen besparen door in eerste instantie direct een inhoudelijk oordeel te geven, dan te proberen de kwestie af te doen met “*schijnbeslis-*

singen waarin het eigenlijke punt niet wordt aangeroerd” (zoals Kraaipeel uitvoeriger citeert uit Star Busmann/Rutten, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, derde druk 1972, nr. 19).

L.C.H.J. Hox,
advocaat bij Boels Zanders Advocaten te Eindhoven

210

Overdracht van een onderneming in het kader van een gerechtelijke reorganisatie: de verkrijger kan niet kiezen welke werknemers hij wil overnemen

Hof van Justitie
16 mei 2019, nr. C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424
(Vilaras, Malenovský, Bay Larsen, Safjan, Šváby)
Noot mr. I. Spinath

Overgang van onderneming. Prejudiciële beslissing. Art. 3 en 4 van Richtlijn 2001/23/EG verzetten zich tegen een nationale regeling die in geval van overdracht van een onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag voor de verkrijger voorziet in de mogelijkheid om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen. Verwijzing naar HvJ EG 16 oktober 2008, EU:C:2008:574 (Kirtruna en Vigano) en HvJ EU 15 september 2010, EU:C:2010:526 (Briot).

[Richtlijn 2001/23/EG art. 3, 4, 5]

Uit art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23 volgt dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang van de onderneming bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, door deze overgang overgaan op de verkrijger. Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, beoogt Richtlijn 2001/23, waaronder art. 3, immers te verzekeren dat de werknemers bij verandering van ondernemer hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in