

zijn gedachtegang kan als volgt worden samengevat. Onder schuldeiser valt in de Faillissementswet te verstaan een natuurlijke of rechtspersoon. De Staat bezit rechtspersoonlijkheid. Dit is niet het geval bij onderdelen van de Staat, waaronder tot de Staat behorende bestuursorganen. De vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van zo'n orgaan of onderdeel treffen de Staat. Zie voor bestuursorganen art. 1:1 lid 4 Awb. Vorderingen van organen en onderdelen van de Staat die geen rechtspersoonlijkheid bezitten, zoals de ontvanger en de Belastingdienst, hebben voor de toepassing van de Faillissementswet te gelden als vorderingen van één en dezelfde schuldeiser, de Staat.

5. In r.o. 3.4.1 (slot) overweegt de Hoge Raad dat onder schuldeiser in de Faillissementswet valt te verstaan een natuurlijke of een rechtspersoon. De Hoge Raad lijkt – net zoals de A-G in haar conclusie, nr. 2.10 – ervan uit te gaan dat in het privaatrecht alleen natuurlijke personen en rechtspersonen rechtssubject zijn. Ik vraag mij af of dit uitgangspunt in zijn algemeenheid wel juist is. In HR 6 februari 2015, «JOR» 2015/181, m.nt. SCJJK en NEDF (*Bepro*) overweegt de Hoge Raad: “3.4.1. Een vof heeft geen rechtspersoonlijkheid. [...] Ondanks het ontbreken van rechtspersoonlijkheid wordt de vof in het maatschappelijk verkeer gezien en op diverse plaatsen in de wet (art. 51 Rv, art. 4 lid 3 Rv) behandeld als een afzonderlijk rechtssubject dat zelfstandig aan het rechtsverkeer kan deelnemen, wat strookt met het feit dat de vof een afgescheiden vermogen heeft.”

De vof heeft, ondanks het ontbreken van rechtspersoonlijkheid, derhalve in bepaalde mate ook te gelden als rechtssubject in de zin van het privaatrecht. Mogelijk geldt dit ook voor andere collectiviteiten, verbanden en actoren. Zie S.C.J.J. Kortmann, ‘Intelligente systemen en rechtssubjectiviteit’, *NJB* 2018/1969-1971; vgl. ook J.M. Blanco Fernandez, ‘De Hoge Raad en de rechtssubjectiviteit van de personenvennootschap’, *WPNR* 7190 (2018), p. 311-312.

6. Bestuursorganen gelden in het bestuursrecht als zelfstandige rechtssubjecten. Uit de onderhavige uitspraak blijkt dat dit niet betekent dat zij ook in het privaatrecht als rechtssubject kunnen worden aangemerkt. Integendeel, in het privaatrecht missen zij in beginsel rechtssubjectiviteit. Het bestuursrecht en het privaatrecht moeten

dan ook worden gezien als twee verschillende en min of meer van elkaar gescheiden rechtssystemen. Binnen deze systemen heeft een bestuursorgaan een verschillende positie. In het bestuursrecht is het wel een zelfstandig rechtssubject en kan het als zodanig optreden, maar in het privaatrecht in beginsel niet. Zie hierover ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot bij dit arrest. In de wetenschap en in de rechtspraktijk plegen velen zich te beperken tot het privaatrecht of het bestuursrecht, men “leeft” in één van deze werelden (rechtssystemen) en is in de andere niet thuis. Beide werelden zijn echter minder gescheiden dan op het eerste gezicht lijkt, zoals ook uit dit arrest blijkt. Als men de andere wereld betreedt, dient men op zijn hoede te zijn. Dezelfde term kan iets anders inhouden, rechtssubject en rechtssubjectiviteit zijn daarvan sprekende voorbeelden.

S.C.J.J. Kortmann

23

Rechtbank Amsterdam
1 november 2018, faillissementsnr.
C/13/18/340-F, ECLI:NL:RBAMS:2018:7803
(mr. Van Berkum, mr. Vrugt, mr. Timmerman)
Noot mr. J.B.A. Jansen

Verzet tegen faillissement Slotervaartziekenhuis. Toestand van te hebben opgehouden te betalen. Belangen van maatschappelijke aard niet relevant.

[Fw art. 1, 6 lid 3, 10]

Enkele dagen voordat surseance van betaling werd aangevraagd, hebben de zorgverzekeraars het besluit genomen om het Slotervaartziekenhuis niet langer op basis van bevoorschotting te financieren en verklaard dat zij de uitstaande facturen in het vervolg gaan verrekenen met de in de afgelopen jaren te veel uitgekeerde voorschotten. Het gevolg daarvan was dat het ziekenhuis geen bron van inkomsten meer had, hetgeen naar verwachting twee maanden zou gaan duren. Het Slotervaartziekenhuis voorzag dan ook op dat moment dat zij haar lopende verplichtingen, waaronder het betalen van salarissen van werknemers, niet langer zou kunnen voldoen. Daarnaast had het ziekenhuis reeds te

maken met een aanzienlijke crediteurenlast van zowel concurrente schuldeisers als de Belastingdienst en waren verschillende leveranciers daarom al gestopt met het leveren van producten. Geconstateerd werd dat op dat moment niet het vooruitzicht bestond dat het Slotervaartziekenhuis na verloop van tijd haar schuldeisers zou kunnen voldoen en dat de continuïteit van het ziekenhuis niet kon worden gewaarborgd. De geschetste financiële situatie is sinds het verlenen van de surseance van betaling niet – in positieve zin – veranderd. Uit de hiervoor geschetste financiële situatie kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat het Slotervaartziekenhuis op dit moment in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Onbetwist is immers gebleven dat zij thans niet langer in staat is om de lopende kosten te betalen, terwijl zij al een aanzienlijke schuldenpositie heeft. Dat de faillietverklaring ernstige gevolgen heeft voor betrokkenen en heeft geleid tot grote maatschappelijke onrust, maakt het oordeel over de financiële toestand van het ziekenhuis niet anders. De bevoegdheid van de rechtbank reikt in deze niet verder dan toetsing aan de Faillissementswet, die voor een ruimere beoordeling dan aan de financiële toestand van de schuldenaar geen ruimte biedt. Of sprake is van misbruik van bevoegdheid door de directie en de eigenaren van het Slotervaartziekenhuis, kan bij de beoordeling van de financiële toestand evenmin worden betrokken.

1. X,
en 41 anderen,
opposanten,
advocaat: mr. C. Ravesteijn,
in het faillissement van Slotervaartziekenhuis BV.

(...; red.)

2. De grondslag van het verzoek

2.1. Opposanten leggen aan hun verzoek tot vernietiging van het vonnis van faillietverklaring ten grondslag dat het Slotervaartziekenhuis niet in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Verder stellen zij zich op het standpunt dat bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een toestand van hebben opgehouden te betalen, naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers óók belangen van maatschappelijke aard die gepaard gaan met het faillissement van een ziekenhuis dienen te worden mee gewogen. Opposanten stellen ten slotte dat de eigenaren en de directie van het Slotervaartziekenhuis met het

surseanceverzoek en het verzoek om intrekking daarvan alsmede omzetting in faillissement, misbruik hebben gemaakt van hun bevoegdheid.

3. De beoordeling van het verzoek

3.1. Op grond van artikel 10 lid 1 Faillissementswet (Fw) heeft elke schuldeiser en elke belanghebbende recht van verzet tegen de faillietverklaring gedurende acht dagen na de uitspraak. Het verzet is op 28 oktober 2018 tijdig ingesteld, te weten drie dagen na de uitspraak. Opposanten waren allen als arts in dienst van het Slotervaartziekenhuis en zijn daarom belanghebbenden. Zij zijn dan ook ontvankelijk in hun verzet.

3.2. Ingevolge artikel 242 lid 1 sub 5 Fw kan een surseance van betaling worden ingetrokken en kan de schuldenaar tegelijkertijd, indien hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, in staat van faillissement worden verklaard. Dat is bij vonnis van 25 oktober 2018 gebeurd. Hiertegen hebben opposanten verzet ingesteld. Aan de orde is dan ook de vraag of het Slotervaartziekenhuis op dit moment ingevolge artikel 1 Fw in de toestand verkeert van hebben opgehouden te betalen.

3.3. De curatoren hebben ter zitting een toelichting gegeven op de financiële positie van het Slotervaartziekenhuis zoals zij die (toen nog in hun functie van bewindvoerders) aantroffen na het uitspreken van de surseance van betaling. Uit deze toelichting, die onweersproken is gebleven, blijkt het volgende.

3.4. Enkele dagen voordat surseance van betaling werd aangevraagd, hebben de zorgverzekeraars het besluit genomen om het Slotervaartziekenhuis niet langer op basis van bevoorschotting te financieren en verklaard dat zij de uitstaande facturen in het vervolg gaan verrekenen met de in de afgelopen jaren te veel uitgekeerde voorschotten. Het gevolg daarvan was dat het ziekenhuis geen bron van inkomsten meer had, hetgeen naar verwachting twee maanden zou gaan duren. Het Slotervaartziekenhuis voorzag dan ook op dat moment dat zij haar lopende verplichtingen, waaronder het betalen van salarissen van werknemers, niet langer zou kunnen voldoen. Daarnaast had het ziekenhuis reeds te maken met een aanzienlijke crediteurenlast van zowel concurrente schuldeisers als de belastingdienst en waren verschillende leveranciers daarom al gestopt met het leveren van producten. Geconstateerd werd dat op dat moment niet het vooruitzicht bestond dat het

Slotervaartziekenhuis na verloop van tijd haar schuldeisers zou kunnen voldoen en dat de continuïteit van het ziekenhuis niet kon worden gewaarborgd. De geschetste financiële situatie is sinds het verlenen van de surseance van betaling niet – in positieve zin – veranderd.

3.5. Uit de hiervoor geschetste financiële situatie kan geen andere conclusie worden getrokken dan dat het Slotervaartziekenhuis op dit moment in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Onbetwist is immers gebleven dat zij thans niet langer in staat is om de lopende kosten te betalen, terwijl zij al een aanzienlijke schuldenpositie heeft. Dat de faillietverklaring ernstige gevolgen heeft voor betrokkenen en heeft geleid tot grote maatschappelijke onrust, maakt het oordeel over de financiële toestand van het ziekenhuis niet anders. De bevoegdheid van de rechtbank reikt in deze niet verder dan toetsing aan de Faillissementswet, die voor een ruimere beoordeling dan aan de financiële toestand van de schuldenaar geen ruimte biedt. Of sprake is van misbruik van bevoegdheid door de directie en de eigenaren van het Slotervaartziekenhuis, zoals opposanten tot slot nog hebben gesteld, kan – daargelaten dat opposanten deze stelling onvoldoende hebben toegelicht – bij de beoordeling van de financiële toestand evenmin worden betrokken.

3.6. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het verzet ongegrond zal worden verklaard.

Beslissing

De rechtbank:

– verklaart het verzet ongegrond.

NOOT

1. De surseances en de daaropvolgende faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen hebben voor flink wat beroering gezorgd. Veel mensen vragen zich af hoe het kan dat zo'n belangrijke instelling als een ziekenhuis failliet gaat. De onrust die hierdoor ontstond, heeft geleid tot demonstraties, het indienen van petitie's en andere blijken van ongenoegen.

2. Het gevoel van ongenoegen bracht 42 artsen van het Slotervaartziekenhuis ertoe om tegen het vonnis van faillietverklaring derdenverzet ex art. 10 Fw aan te tekenen. De artsen voerden hiervoor drie gronden aan: (i) het ziekenhuis zou

niet in een toestand verkeren dat zij is opgehouden te betalen, (ii) bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een toestand van hebben opgehouden te betalen dienen naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers óók belangen van maatschappelijke aard die gepaard gaan met het faillissement van een ziekenhuis te worden meegewogen en (iii) bij het surseance- en faillissementsverzoek zou de directie van het Slotervaartziekenhuis misbruik hebben gemaakt van haar bevoegdheid.

3. Het vonnis van de rechtbank is kort en krachtig: gelet op de ter zitting verkregen informatie van de curatoren over de schuldenpositie van het ziekenhuis kan de rechtbank geen andere conclusie trekken dan dat het ziekenhuis in een toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. De rechtbank baseert zich hierbij op informatie die na de faillietverklaring van de curatoren is verkregen. Deze zogenaamde *ex nunc* toetsing is zowel gebruikelijk als toegestaan (HR 15 juni 2015, «JOR» 2015/311, m.nt. Bijloo (*HSK/Bosma*)).

De eerste grondslag van de vordering van de artsen komt hiermee te vervallen. 4. Waar de eerste grondslag voornamelijk feitelijk van aard is, zijn de tweede en derde grondslag interessanter. Begrijpelijk(er)wijs overweegt de rechtbank dat het enkele feit dat de faillietverklaring ernstige gevolgen heeft voor de betrokkenen en tot grote maatschappelijke onrust heeft geleid, het oordeel over de financiële toestand van het ziekenhuis niet anders maakt. De bevoegdheid van de rechtbank reikt niet verder dan de toetsing aan de Faillissementswet, die voor een ruimere beoordeling dan aan de financiële situatie geen ruimte biedt. Dit geldt evenzeer voor het gestelde misbruik van bevoegdheid waarvoor de artsen ook nog onvoldoende hebben gesteld.

5. Aan het feit dat de rechtbank weinig woorden vuilmaakt aan de ongegrondverklaring van het verzet, kan worden afgeleid dat er geen ruimte voor discussie of twijfel bestond. Hoewel ik de uitkomst van deze zaak volledig onderschrijf, is de gestelde vraag zeker een interessante: kunnen andere belangen dan de toestand waarin de schuldenaar heeft opgehouden te betalen, van invloed zijn op de faillietverklaring?

6. De Faillissementswet zelf lijkt voor de faillissementsaanvraag geen ruimte te bieden. Art 6 lid 3 Fw bepaalt slechts dat het faillissement wordt uitgesproken indien summierlijk blijkt van – kort

gezegd – een toestand van opgehouden te betalen. De totstandkomingsgeschiedenis van art. 6 lid 3 Fw biedt ook geen aanknopingspunten waaruit kan worden afgeleid dat andere factoren dan de enkele “toestand van opgehouden te betalen” van invloed kunnen zijn.

7. Laten we het dan eerst eens van de andere kant bekijken: in welke mate spelen belangen van maatschappelijke aard wél een rol in het faillissementsrecht? In het arrest Sigmacon II (HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472) introduceerde de Hoge Raad de belangen van maatschappelijke aard in het faillissementsrecht. De Hoge Raad overwoog dat de curator “dit belang” in zijn beleidsafweging mag betrekken. Onder “dit belang” verstaat de Hoge Raad “belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het bedrijf [...] werkzaam waren”. Ook in het Maclou-arrest (HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJK) overweegt de Hoge Raad dat de curator “bij de uitoefening van zijn taak [...] en bij het nemen van beslissingen [...] óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard”. Nadien zijn er meerdere uitspraken gewezen waarbij inhoud is gegeven aan “belangen van maatschappelijke aard” in het faillissementsrecht (bijv. HR 19 december 2002, *NJ* 2004, 293 (*Curatoren Mobell/Interplan*); Rb. Amsterdam 24 oktober 2012, «JOR» 2013/286 en Vzr. Rb. Noord-Holland 15 augustus 2013, «JOR» 2014/23, m.nt. Rijckenberg).

8. Ook in de huidige Faillissementswet zijn bepalingen opgenomen die voornamelijk belangen van maatschappelijke aard lijken te dienen, zoals art. 68 lid 2 sub c Fw en art. 106a Fw. Het melden van faillissementsfraude of het vorderen van een bestuursverbod zal niet telkens primair in het belang van de gezamenlijke crediteuren in dat faillissement zijn. Sterker, zij zullen veelal de kosten van die maatregelen moeten dragen.

9. Al deze uitspraken en bepalingen gaan echter over de vraag naar de reikwijdte van het handelen van de curator, dus indien het faillissement al is uitgesproken. De in het Slotervaartziekenhuis voorliggende vraag heeft geen betrekking op het handelen van de curator, maar of belangen van maatschappelijke aard een rol kunnen spelen bij de vraag of het faillissement al dan niet uitgesproken kan worden.

10. Dat een faillissement *uitgesproken* kan worden om reden van openbaar belang is wettelijk geregeld in art. 1 lid 2 Fw. Op verzoek van het Openbaar Ministerie kan een dergelijk faillissement worden uitgesproken. Zie als voorbeeld van zo’n situatie Rb. Rotterdam 3 februari 2017, «JOR» 2017/180, m.nt. Kraaiapoel. De volgende vraag die opkomt, is of een faillissementsverzoek kan worden *afgewezen* om reden van maatschappelijk of openbaar belang.

11. Veel materiaal over deze vraag is niet te vinden. Een interessante vergelijking kan worden gemaakt met HR 28 september 1990, *NJ* 1991/247 (*Faillietverklaring Suriname*). Waar de rechtbank zichzelf bevoegd achtte om te oordelen over de vraag of een vreemde staat (in dit geval Suriname) failliet verklaard kan worden, overweegt de Hoge Raad dat de Nederlandse rechter geen rechtsmacht toekomt omdat “een en ander een volkenrechtelijk ontoelaatbare inbreuk [zou] maken op de soevereiniteit van de betreffende vreemde Staat”. Geabstraheerd van de vraag naar het internationaal procesrecht die in deze zaak voorligt, kan geconstateerd worden dat de Hoge Raad hiermee “andere belangen” laat prevaleren. De Hoge Raad beoordeelt de rechtsmacht immers niet enkel aan de formele overweging of een vreemde staat al dan niet ex art. 2 lid 4 Fw kantoor in Nederland heeft, maar laat het *gevolg* van een dergelijk faillissement, waarbij een Nederlandse curator met vergaande bevoegdheden het beheer en de vereffening van het vermogen van een buitenlandse mogendheid ter hand neemt (r.o. 3.2), zwaarder wegen. Hoewel het een smal kiertje is, zou met deze uitleg verdedigd kunnen worden dat het Suriname-arrest ruimte lijkt te bieden om bij de uitspraak van het faillissement “andere belangen” mee te laten spelen.

12. Ik acht de kans echter klein dat in de toekomst een rechter andere belangen laat prevaleren boven de toestand van opgehouden hebben te betalen bij een faillissementsaanvraag. Althans, de uitkomst in de zaak van het Slotervaartziekenhuis is een voorspelbare. Hoe groot de maatschappelijke gevolgen van het faillissement van een ziekenhuis ook zijn, het enkel om die reden niet uitspreken van het faillissement van een ziekenhuis dat in een toestand van ophouden te betalen is geraakt, heeft juist tot gevolg dat er andere belangen worden geschaad.

Voortzetting van de exploitatie van een zieken-

huis in een dergelijke situatie zal immers alleen maar leiden tot het maken van nieuwe schulden. De schuldeisers die dit betreft, zullen alleen maar méér worden gedupeerd. In deze zaak gaat de stelling dat belangen van maatschappelijke aard een rol spelen bij de beoordeling van het faillissementsverzoek niet op. De als gevolg van het faillissement van het ziekenhuis ontstane onrust had echter mijns inziens (weliswaar met mijn beperkte kennis van de feiten van de casus) voorkomen kunnen en moeten worden door voorafgaand aan het faillissement voorbereiden de maatregelen te treffen. Het maatschappelijk belang zou waarschijnlijk gediend geweest zijn indien al vóór de surseance de bewindvoerders zich in relatieve rust hadden kunnen voorbereiden op wat komen zou.

J.B.A. Jansen,
advocaat bij Dommerholt Advocaten NV en docent
Insolventierecht aan de Radboud Universiteit

24

Rechtbank Den Haag
5 november 2018, insolventienr. C/09/18/329
F, ECLI:NL:RBDHA:2018:13326
(mr. Bom)
Noot mr. E.A.H. ten Berge

Beroep ex art. 67 Fw tegen weigering rechter-commissaris om goedkeuring te verlenen aan curator tot onderhandse verkoop aan beoogde koper. Ontvankelijkheid koper. Belangenafweging rechter-commissaris.

[Fw art. 67 lid 1, 101, 176]

Art. 176 Fw ziet op de wijze van verkoop, openbaar of onderhands. In het onderhavige geval bestaat echter geen verschil van inzicht dat een onderhandse verkoop van de activa van failliet de voorkeur verdient. Het gaat er in deze procedure om dat de rechter-commissaris de goedkeuring aan de door de curator gevraagde toestemming om de activa aan appellante te verkopen heeft onthouden. Deze beslissing van de rechter-commissaris valt niet onder de reikwijdte van de uitzonderingen van de laatste volzin van art. 67 lid 1 Fw. Het hoger beroep richt zich derhalve tot de beslissing ("beschikking") van de rechter-commissaris om de door de curator gevraagde toestemming om de activa van failliet

aan appellante te verkopen te onthouden. Van deze beschikking, die dus niet onder de uitzonderingen van de laatste zin van art. 67 lid 1 Fw valt, staat dus hoger beroep open. Het recht van hoger beroep komt uitsluitend toe aan twee categorieën belanghebbenden die dienen te worden aangemerkt als "partij" bij de beschikking, te weten diegene die – behorend tot één van de in art. 69 Fw genoemde categorieën – het tot de beschikking leidende verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan en degene tot wie de beschikking is gericht. Appellante behoort tot de tweede categorie. Immers, zij heeft met de curator een overeenkomst gesloten, die enkel nog afhankelijk was van de opschortende voorwaarde van toestemming van de rechter-commissaris. De beslissing van de rechter-commissaris om de toestemming te onthouden, richt zich derhalve rechtstreeks tot appellante, die door die beslissing haar overeenkomst met de curator en daarmee haar wens om de activa van failliet tegen een bepaalde prijs te kunnen verwerven gefrustreerd zag. In die zin is appellante in haar verzoek ontvankelijk.

Daarmee staat ten slotte nog ter beoordeling open de vraag of de rechter-commissaris, gelet op de overeenkomst tussen haar en de curator en de kennelijke positieve houding van de curator om de opschortende voorwaarde vervuld te zien (immers, de curator heeft de toestemming voor het aangaan van de overeenkomst, aan de rechter-commissaris voorgelegd), nog haar goedkeuring kon onthouden. Ten tijde van het sluiten van de overeenkomst was het appellante duidelijk dat haar overeenkomst met de curator nog afhankelijk was van de goedkeuring van de rechter-commissaris. Weliswaar had de curator reeds voor de definitieve overeenkomst de goedkeuring aan de rechter-commissaris verzocht, maar dat doet aan het genoemde principe niet af. De rechter-commissaris heeft in het onderhavige geval een bepaalde afweging gemaakt, maar dat heeft zij gedaan ten behoeve van de boedel en daarmee van de gezamenlijke schuldeisers. Die afweging was dat er wellicht nog een hoger bod op de activa mogelijk was en dus een meeropbrengst voor de boedel. Die afweging mag de rechter-commissaris in het belang van de boedel maken tot het moment dat de beslissing is genomen. Het zou een ongewenste inperking van de bevoegdheden van de rechter-commissaris zijn, als er gevallen zijn, zoals bijvoorbeeld het onderhavige, dat de rechter-commissaris toestemming niet zou mogen onthouden en dus gebonden zou zijn aan hetgeen de curator in een faillissement onderneemt. Voor appellante was het steeds duidelijk dat de overeenkomst met de curator pas