

## Kosten van een enquête geen boedelschuld

### Inleiding

Zeer recentelijk heeft de Hoge Raad zich in de enquêteprocedure in *Decidewise International N.V.* (hierna: *Decidewise*) uitgelaten over de vraag of de kosten van een enquêteprocedure zijn aan te merken als boedelschulden.<sup>1</sup> De beschikking van de Hoge Raad is het vervolg op de beschikking van de Ondernemingskamer van 30 juni 2004, waarin de Ondernemingskamer besloot dat kosten van een enquêteprocedure zijn aan te merken als boedelschulden.<sup>2</sup> In een latere beschikking van 22 maart 2005 inzake de enquêteprocedure in *Landis N.V.* kwam de Ondernemingskamer tot eenzelfde oordeel.<sup>3</sup> Ook hier werd cassatieberoep tegen ingesteld. En terecht, zo blijkt uit het oordeel van de Hoge Raad in de *Decidewise*-zaak, want de kosten van een enquêteprocedure zijn niet aan te merken als boedelschulden. In deze bijdrage zal ik eerst kort uiteenzetten wat de Ondernemingskamer oordeelde, en vervolgens ingaan op de betreffende beschikking van de Hoge Raad. Na een korte beschrijving van het begrip boedelschulden zal vervolgens de conclusie van de advocaat-generaal tezamen met mijn commentaar aan de orde komen.

### De Ondernemingskamer

De feiten in de *Decidewise*-beschikking luiden – voorzover hier relevant – als volgt. *Decidewise* is op 9 april 2002 in staat van faillissement verklaard. Op 29 april 2003 werd vervolgens een enquête bevolen in *Decidewise*. Op 1 maart 2004 werd door middel van een aanvullend verzoekschrift van de verzoekers tot enquête de Ondernemingskamer – kort gezegd – verzocht om te bepalen dat de curator van *Decidewise* zekerheid diende te stellen voor de betaling van de kosten van het enquêteonderzoek.

De Ondernemingskamer overwoog hieromtrent dat aangenomen moet worden

‘(...) dat de verplichting tot het betalen van de door de Ondernemingskamer op de voet van artikel 2:350 lid 3 eerste zin BW vastgestelde kosten van het onderzoek heeft te gelden als boedelschuld. De verplichting ontstaat immers niet door toedoen van of door enige (rechts)handeling van de – failliete – rechtspersoon of – één van – zijn organen doch is het rechtstreeks uit de wet voortvloeiende gevolg van de – ook in geval van het faillissement van de rechtspersoon mogelijke – rechterlijke beslissing dat een onderzoek plaatsvindt naar het beleid en de gang van zaken van de betrokken rechtspersoon.’

---

1. HR 24 juni 2005, R04/109 (OK 113).  
 2. Hof Amsterdam (OK) 30 juni 2004, JOR 2004, 231 m.nt. W.J.M. van Andel (*Decidewise*).  
 3. Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2005, JOR 2005, 89 m.nt. J.J.M. van Mierlo (*Landis*).

soon en van de rechterlijke vaststelling van het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten.’<sup>4</sup>

De Ondernemingskamer besloot ten slotte dat de curator ten genoegen van de onderzoeker zekerheid diende te stellen voor de kosten van het enquêteonderzoek.

### De Hoge Raad

De Hoge Raad is echter een andere mening toegedaan en oordeelt ‘dat de opvatting van de Ondernemingskamer dat de kosten als bedoeld in art. 2:350 lid 3 BW zonder meer als boedelschuld hebben te gelden in het faillissement van de rechtspersoon ten aanzien waarvan na zijn faillietverklaring een onderzoek als bedoeld in art. 2:345 BW is bevolen, onjuist is’. De Hoge Raad overweegt dat noch de tekst van artikel 2:350 lid 3 BW, noch de wetsgeschiedenis bij dit wetsartikel daarvoor enig aanknopingspunt biedt. Het feit dat de verplichting van de rechtspersoon om de enquêtekosten te betalen een rechtstreeks uit de wet voortvloeiend gevolg is van de rechterlijke beslissing dat een onderzoek dient plaats te vinden, brengt volgens de Hoge Raad ook niet mee dat die verplichting een rechtstreeks uit de wet voortvloeiende boedelschuld is. Het is, aldus de Hoge Raad, de curator zelf die kan beslissen in hoeverre hij in het kader van de hem opgedragen taak middelen uit de boedel wil gebruiken om een onderzoek te betalen, en indien de curator daartoe niet bereid is, kunnen de verzoekers ervoor kiezen de kosten voor eigen rekening te nemen. De Hoge Raad volgt hiermee de conclusie van advocaat-generaal Timmerman en vernietigt de beschikking van de Ondernemingskamer.

### Boedelschulden

Voor een goed begrip zal hier kort worden ingegaan op het begrip ‘boedelschulden’. Boedelschulden zijn vorderingen jegens de boedel die niet ter verificatie hoeven te worden ingediend en die in beginsel bij voorrang boven alle andere schulden voldaan dienen te worden.<sup>5</sup> Hoe meer boedelschulden, hoe nadeliger voor de overige schuldeisers dus. Er zijn drie ontstaansgronden voor boedelschulden:

1. Boedelschulden vloeien ten eerste rechtstreeks voort uit de wet (de term boedelschuld komt echter maar mondjesmaat voor in de wet; voorbeelden zijn huur en pacht vanaf de dag van faillietverklaring, art. 39 Faillissementswet (Fw), en loon vanaf de faillietverklaring, art. 40 Fw) (andere voorbeelden zijn art. 9 Wet tarieven in burgerlijke zaken en art. 16 lid 2 jo. 71, 66 en 87 Fw).
2. Ten tweede ontstaan boedelschulden krachtens artikel 24 Fw door verbintenissen van de schuldenaar, na de faillietverklaring ontstaan, indien de boedel daardoor is gebaat.<sup>6</sup>

---

4. Hof Amsterdam (OK) 30 juni 2004, JOR 2004, 231 m.nt. W.J.M. van Andel (*Decidewise*), r.o. 3.7.  
 5. R.J. van Galen, Drie typen schulden bij faillissement, WPNR (1996) 6225, p. 393.  
 6. HR 12 mei 1992, NJ 1992, 630, r.o. 5.4.

3. Een derde ontstaansgrond voor boedelschulden is de bemoeienis van de curator. Uit het stelsel van de Faillissementswet vloeit voort dat een boedelschuld naar haar aard uit de welbewuste taakuitoefening van de curator voortvloeit.<sup>7</sup> Boedelschulden worden ook wel kosten van executie en vereffening genoemd.<sup>8</sup> De Hoge Raad heeft in verschillende arresten het zogenoemde 'toedoen-criterium' geformuleerd. Volgens dit criterium moet – kort gezegd – elke verplichting, ontstaan door een rechtshandeling van de curator ten behoeve van de boedel, als een boedelschuld worden aangemerkt.<sup>9</sup>

Uit de beschikking van de Ondernemingskamer blijkt dat het oordeel van de Ondernemingskamer kennelijk is gebaseerd op de stelling dat enquêtekosten als boedelschulden kunnen worden aangemerkt omdat dit rechtstreeks zo uit de wet zou voortvloeien. De Ondernemingskamer doelt dus op de eerste hiervoor genoemde ontstaansgrond van boedelschulden. In zijn conclusie bij de beschikking van de Hoge Raad laat advocaat-generaal Timmerman de andere ontstaansgronden (handelen van de schuldenaar waarbij de schuldenaar gebaat is en toedoen door de curator) daarom ook buiten beschouwing. Hij gaat in op de vraag of de enquêtekosten gezien de wet (dus op grond van het criterium 'dat boedelschulden rechtstreeks uit de wet voortvloeien') en gezien de bronnen die de Ondernemingskamer aanvoert, als boedelschulden kunnen worden aangemerkt.

## Commentaar

### Wet

Dat de argumentatie van de Ondernemingskamer niet bevredigt, gaf Van Andel al aan in zijn noot bij de *Decidewise*-beschikking.<sup>10</sup> De wet bepaalt nergens dat de enquêtekosten zijn aan te merken als boedelschulden. Artikel 2:350 lid 3 BW bepaalt:

1. dat de Ondernemingskamer het bedrag vaststelt dat het onderzoek ten hoogste mag kosten;
2. dat de kosten van het onderzoek worden betaald door de rechtspersoon; en
3. dat de Ondernemingskamer kan bepalen dat de rechtspersoon zekerheid moet stellen voor de betaling van de kosten.

Advocaat-generaal Timmerman en de Hoge Raad oordelen dan ook dat uit artikel 2:350 lid 3 BW niet uitdrukkelijk

volgt dat bij faillissement van de rechtspersoon, de curator de kosten van het onderzoek dient te betalen, of daarvoor zekerheid dient te stellen. Evenmin worden de kosten van het onderzoek (op grond van enig ander wetsartikel) als boedelschulden aangemerkt.

### Wetsgeschiedenis

De wet zelf geeft dus geen ondersteuning voor het oordeel van de Ondernemingskamer. Zowel de advocaat-generaal, in zijn conclusie, als de Hoge Raad overweegt dat ook de wetsgeschiedenis geen ondersteuning biedt voor het oordeel van de Ondernemingskamer. De advocaat-generaal stelt in dit kader: '(...) in andere gevallen waarin een boedelschuld krachtens wetsduiding ontstaat, volgt het zijn van boedelschuld uit de wettekst dan wel de wetshistorie'.<sup>11</sup> Dit is in casu niet het geval met artikel 2:350 BW. De wetsgeschiedenis zwijgt inderdaad over het al dan niet aanmerken van enquêtekosten als boedelschulden.

Naar mijn mening zou uit de wetsgeschiedenis zelfs kunnen worden herleid dat enquêtekosten uitdrukkelijk geen boedelschulden zijn. Artikel 2:350 BW is immers ontleend aan het oude artikel 53a Wetboek van Koophandel. Hierin werd onder meer bepaald dat het verzoek tot het indienen van een enquête werd afgewezen indien de *verzoekers* geen zekerheid hadden gesteld.<sup>12</sup> De destijds ingestelde Commissie Ondernemingsrecht achtte, bij de invoering van artikel 2:350 BW, voor deze zekerheidsstelling geen voldoende reden meer aanwezig, omdat het verzoek slechts zou worden toegewezen indien het verzoek, na summierlijk onderzoek, niet op onredelijke grond bleek te zijn gedaan.<sup>13</sup> Bij de wetswijziging van 1970 is dit nieuwe uitgangspunt overgenomen en vanaf dat moment werden de kosten dus niet meer door de verzoeker gedragen, maar door de rechtspersoon.<sup>14</sup>

Uit de redenering van genoemde Commissie Ondernemingsrecht kan worden herleid dat de rechtspersoon in beginsel dus iets kan worden verweten en dat het uit dien hoofde gerechtvaardigd is dat hij de kosten van het onderzoek moet betalen.<sup>15</sup> Het is duidelijk dat de wetgever heeft beoogd dat de rechtspersoon de onderzoekskosten moet betalen omdat in de verhouding tussen rechtspersoon en verzoeker, de rechtspersoon in beginsel 'iets te verwijten valt'. In geval van faillissement van de rechtspersoon dient echter naar een andere verhouding te worden gekeken. In deze andere verhouding zijn verzoekers,

7. Polak/Wessels, *Insolventierecht, Vereffening van de boedel*, Deventer: Kluwer 2001, par. 7093 en 7110.

8. S.C.J.J. Kortmann, *De faillissementscurator: vertegenwoordiger of niet?*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 6, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 145, met verwijzing naar HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 m.nt. PvS (De Ranitz q.q./Ontvanger), en p. 172.

9. HR 18 juni 2004, JOR 2004, 221 (Circle Vastgoed) en HR 28 september 1990, NJ 1991, 305 (De Ranitz q.q./Ontvanger).

10. W.J.M. van Andel in zijn noot bij OK 30 juni 2004, JOR 2004, 231 (Decidewise).

11. A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 24 juni 2005, R04/109 (OK 113), par. 2.12.

12. Maeijer/Schreurs-Engelaar, *Naamloze en besloten vennootschap (losbl.)*, Alphen aan den Rijn: Samson Uitgeverij, Wetsgeschiedenis, IXa-13.

13. C.A. Boukema, *Rechtspersonen (losbl.)*, Deventer: Kluwer, aant. 1 bij art. 2:350 BW.

14. Maeijer, *NV en BV*, Wetsgeschiedenis, IXa-13.

15. P.G.F.A. Geerts, *Enkele formele aspecten van het enquêterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 213.

vennootschap en *crediteuren* betrokken. De vraag wie er 'iets te verwijten valt', verandert nu in een vraag wie er 'het *minste* te verwijten valt'. Mijns inziens dient deze vraag aldus te worden beantwoord dat dit de *crediteuren* zijn. De *crediteuren* zijn immers (1) in tegenstelling tot de aandeelhouders geen risicodragende kapitaalverschaffers, en (2) nog minder bij de vennootschap betrokken dan de aandeelhouders die gedurende de tijd dat de vennootschap solvent was, diverse aandeelhoudersrechten tot hun beschikking hadden. Bij de hiervoor aangehaalde wetswijziging is kennelijk geen rekening gehouden met de situatie dat een onderzoek wordt bevolen in een failliete rechtspersoon. Op grond van de hiervoor beschreven (in mijn ogen bestaande)<sup>16</sup> gedachte bij de wetswijziging kan daarom worden gesteld dat het nooit de bedoeling is geweest dat de onderzoekskosten als boedelschulden worden aangemerkt, nu de *crediteuren* daarvan de dupe zouden zijn.

*SER-advies 88/14, gezaghebbende literatuur,  
Ogem-beschikking*

Uit de Decidewise-beschikking blijkt dat de Ondernemingskamer haar oordeel (mede) baseert op (1) het SER-advies 88/14,<sup>17</sup> (2) gezaghebbende rechtsgeleerde literatuur<sup>18</sup> en (3) de Ogem-beschikking.<sup>19</sup>

De verwijzing van de Ondernemingskamer naar het SER-advies, alsmede naar gezaghebbende rechtsgeleerde literatuur van Asser/Maeijer en Van der Heijden/Van der Grinten wordt door de advocaat-generaal terecht terzijde geschoven.<sup>20</sup> De SER noch een van genoemde schrijvers geeft een motivatie bij de stelling dat de kosten van een enquêteprocedure als boedelschulden zouden moeten worden aangemerkt. Daarbij heeft het SER-advies, waarin gesteld werd dat enquêtekosten als boedelschulden dienen te worden aangemerkt, destijds niet tot enige aanpassing van artikel 2:350 BW geleid.<sup>21</sup>

De Ondernemingskamer onderbouwt haar beschikking voornamelijk door te overwegen dat een andere opvatting (enquêtekosten zijn geen boedelschulden) in strijd zou komen met de vaste rechtspraak (waaronder de Ogem-beschikking), waarin is bepaald dat in het licht van de doeleinden van een enquête, een enquête ook kan plaatsvinden gedurende het faillissement van de rechtspersoon.

soon.<sup>22</sup> Tegen deze achtergrond, aldus de Ondernemingskamer, kan niet worden aanvaard dat doel en strekking van het enquêterecht in het gedrang komen, indien het al of niet plaatsvinden van een onderzoek afhankelijk is van de vraag of de onderzoeker de kosten voor zijn rekening wil nemen.

Volgens de advocaat-generaal is in de Ogem-beschikking echter niet meer beslist dan dat een enquêteonderzoek ook zinvol kan zijn bij een rechtspersoon die in staat van faillissement is. Hieruit 'volgt niet dat het altijd rechtens onaanvaardbaar is dat een faillissement een (financieel) obstakel vormt voor het verrichten van het onderzoek'.<sup>23</sup> Oftewel: doel en strekking van het enquêterecht zullen niet per definitie in het gedrang komen indien de curator geen zekerheid wil stellen voor de onderzoekskosten. Immers, aldus de advocaat-generaal, de verzoekers tot enquête in een failliete rechtspersoon kunnen ook op eigen kosten het onderzoek laten uitvoeren, hetgeen niet in strijd is met artikel 2:350 BW.<sup>24</sup>

Het argument van de Ondernemingskamer dat doel en strekking in het geding zouden komen, wordt mijns inziens terecht door de advocaat-generaal verworpen. Doel en strekking van het faillissementsrecht zullen net zo goed in gedrang komen wanneer de kosten van het onderzoek zonder enige wettelijke basis als boedelschuld worden aangemerkt (om maar van de mogelijke precedentenwerking hiervan te zwijgen). Het doel van het faillissement is om het gehele vermogen van de schuldenaar te gelde te maken en de opbrengst onder de, op het moment van faillietverklaring bestaande, schuldeisers te verdelen.<sup>25</sup> Het toelaten van veel boedelschulden staat hiermee op gespannen voet. Dit geldt volgens de advocaat-generaal temeer ten opzichte van degenen die om een enquête verzoeken, nu dezen veelal aandeelhouder en geen schuldeiser van de gefailleerde zijn.<sup>26</sup> Hiermee doelt de advocaat-generaal mijns inziens terecht op het feit dat aandeelhouders, in tegenstelling tot *crediteuren*, risicodragende kapitaalverschaffers zijn.

Ter ondersteuning van zijn oordeel maakt de advocaat-generaal een duidelijk onderscheid tussen de periode vóór en ná faillissement. In geval van faillissement is er een accentverschuiving in de functie van het enquêterecht.<sup>27</sup> Na faillissement zal een enquêteonderzoek niet langer primair de functie geacht worden te hebben om sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen binnen de rechtspersoon

16. Zie eerder Geerts 2004, p. 213.

17. Advies inzake wijziging van het enquêterecht aan de Ministers van Justitie, Economische Zaken en Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Publicatie nr. 14-21 oktober 1988 (1988/14), vraagpunt 10.

18. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 529, en Van der Heijden/Van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, nr. 363.

19. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 m.nt. Maeijer (Ogem).

20. A-G Timmerman in zijn conclusie bij HR 24 juni 2005, R04/109 (OK 113), par. 2.8.

21. Conclusie A-G, par. 2.13.

22. HR 10 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem).

23. Conclusie A-G, par. 2.11.

24. Conclusie A-G, par. 2.11.

25. A.M.J. van Buchem-Spapens, Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering, Monografieën Privaatrecht, Deventer: Kluwer 2004, p. 1.

26. Conclusie A-G, par. 2.15.

27. Conclusie A-G, par. 2.11 en 2.15.

te bewerkstelligen, maar vooral gelegen zijn in de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid. Na faillissement heeft de enquête dan ook niet langer primair een reorganisatorisch, maar een inquisitoir karakter waarmee niet zozeer de rechtspersoon gebaat zal zijn en verzoekende aandeelhouders vooral eigen belangen op het oog hebben. In een dergelijke situatie lijkt het de advocaat-generaal niet onaanvaardbaar dat verzoekers niet kunnen afdwingen dat een enquêteonderzoek financieel door de vennootschap wordt gefaciliteerd. Het is de curator die moet beslissen of een enquête nuttig is, en als hij dat nut niet ziet, dienen de aandeelhouders zelf de kosten van het onderzoek te dragen.<sup>28</sup> Ook Van Andel gaf al aan helemaal geen bezwaar te hebben tegen het betalen van het onderzoek door de verzoekers, omdat de verzoekers zelf kunnen afwegen of zij de kosten vinden opwegen tegen het onderzoek.<sup>29</sup> Terecht wordt in dit kader verwezen naar eerdere gevallen in de rechtspraak waarin verzoekende aandeelhouders (vrijwillig) de kosten van het onderzoek hebben betaald.<sup>30</sup>

#### Slot

De beschikking van de Hoge Raad heeft een einde gemaakt aan de tot dan toe door de Ondernemingskamer aangenomen stelling dat enquêtekosten als boedelschulden zijn aangemerkt.<sup>31</sup> Het cassatieberoep dat aanhangig is gemaakt door de curator van Landis N.V., ziet op precies dezelfde kwestie als in het onderhavige geval, zodat de uitkomst van die cassatieprocedure op voorhand al is te voorspellen. Als de curator het nut van het onderzoek niet ziet, zullen de verzoekers het onderzoek zelf moeten bekostigen. Een gevolg hiervan is dat indien de verzoekers dit onderzoek niet kunnen bekostigen, het onderzoek geen doorgang zal vinden. Indien er sprake is van betalingsonmacht bij zowel de rechtspersoon als de verzoeker, zal het onderzoek dan ook 'sterven in schoonheid', zoals de voorzitter van de Ondernemingskamer dit in een publicatie verwoordt.<sup>32</sup> Afgevraagd zou kunnen worden of dit een wenselijke situatie is. In het SER-advies 88/14, waarnaar de Ondernemingskamer verwijst, wordt de wetgever in dit kader in overweging gegeven om de wenselijkheid te onderzoeken van een van overheidswege te verlenen voorschot ter bekostiging van het onderzoek (naar het voorbeeld van art. 2:138 lid 10 en 248 lid 10 BW) voor de gevallen dat de boedel ontoerei-

kend is om de kosten van het onderzoek te betalen. Met deze overweging heeft de wetgever (nog) niets gedaan. Heden ten dage wordt nog steeds (tot op heden tevergeefs) gepleit voor een dergelijke garantstellingsregeling van overheidswege.<sup>33</sup> Nu enquêtekosten niet zijn aan te merken als boedelschulden en een onderzoek zou kunnen stranden op de financiële positie van de verzoeker, kan de wetgever zichzelf de vraag stellen of hij een dergelijke garantstellingsregeling niet alsnog wenselijk acht.

*Mr. W.A. Westenbroek  
Loyens & Loeff*

28. Conclusie A-G, par. 2.11 en 2.15.

29. W.J.M. van Andel in zijn noot bij Hof Amsterdam (OK) 30 juni 2004, JOR 2004, 231 (Decidewise).

30. Hof Amsterdam (OK) 6 januari 1994, NJ 1995, 119; Hof Amsterdam (OK) 16 juni 1994, TVVS 1994, p. 250; Hof Amsterdam (OK) 21 januari 1993, rekestnr. 46/92 en Hof Amsterdam (OK) 1 oktober 1998, rekestnr. 579/98 (kenbaar uit Geerts 2004, p. 213).

31. Zie naast de Decidewise-beschikking ook de beschikking van het Hof Amsterdam (OK) van 14 maart 1996 in de zaak met rekestnr. 894/1995 OK (niet gepubliceerd) en Hof Amsterdam (OK) 22 maart 2005, JOR 2005, 89 m.nt. J.J.M. van Mierlo (Landis).

32. J.H.M. Willems, Insolventierecht en enquêterecht: over convergerende en conflicterende rechtsgebieden, *TvI* 2004, p. 249 e.v.

33. A.C. van Campen & B.A. Bendel, De kosten van het onderzoek: de kosten gaan voor de baten uit!, in: G. van Solinge, M. Holtzer & A.F.J.A. Leijten (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2004-2005*, Deventer: Kluwer 2005, p. 106.