

De faillissementscurator en vrijheid

Mr. H.M.D. Bentfort van Valkenburg en

*mr. J.H.M. van de Wiel**

1 Inleiding

De faillissementscurator wordt zowel binnen als buiten de beroepsgroep nog wel eens gezien als iemand die kan doen en laten wat hij wil. Een publicatie op internet als willekeurig voorbeeld: ‘Het aantal faillissementen schiet volgens CBS omhoog. Curatoren hebben hierbij praktisch vrij spel. Ik houd mijn hart vast voor de maatschappelijke gevolgen.’¹

Inderdaad heeft de curator een zekere mate van vrijheid bij het vervullen van zijn taak. Toch wordt hij in zijn handelen (steeds meer) begrensd. In deze bijdrage wordt verkend waar de beleidsvrijheid van de curator eindigt, en wordt gesignaleerd dat de curator door een toename van regels steeds minder vrij is.

2 Kijk op het curatorschap

2.1 *Het curatorschap als leerproces*

Tot in de jaren tachtig van de vorige eeuw was het standaardpraktijk dat iedere advocaat daags na de beëdiging een faillissement van de rechtbank kreeg toebedeeld.² Dit vormde onderdeel van het leren van het advocatenvak. De zojuist uit de collegebanken afgedaalde en nog geheel onervaren advocaat-stagiair nam het faillissement ter hand en de omstanders zagen wel wat ervan kwam. In dit leerproces had de curator in feite alle vrijheid om te doen (en laten) wat hij wilde.

Niet zelden vond het handelen van de curator enkel zijn begrenzing in een lege boedel. Was er geen geld of was het boedelactief inmiddels opgegaan aan de kosten van het faillissement, dan werd het tijd om het faillissement te beëindigen. Volgens art. 16 Fw kan de rechtbank de opheffing van het faillissement bevelen indien er onvoldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden.

Op grond van art. 68 Fw is de curator belast met het beheer en de vereffening van de boedel. In de praktijk is het voornaamste doel het bereiken van een zo groot mogelijk boedelactief ten-

einde de schuldeisers zo veel mogelijk te kunnen betalen.³ Over hoe dat resultaat te bereiken en welke normen daarbij in acht te nemen was tot zo’n dertig jaar geleden echter nog weinig voorgeschreven. Dat gold ook voor het toezicht dat de rechter-commissaris krachtens art. 64 Fw houdt op het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Veel meer dan dat de curator toestemming diende te vragen om tot de boedel behorende activa onderhands te verkopen⁴ of machtiging alvorens in rechte op te kunnen treden,⁵ behelsde dat vaak niet.

De grotere faillissementen lagen meer onder het vergrootglas, met name van de pers. Voorbeelden zijn de faillissementen van bouwconcern OGEM N.V. en scheepswerf RSV, die beide in 1983 werden uitgesproken. In het OGEM-faillissement was er vanwege de toegepaste sterfhuisconstructie reden voor de curatoren om de betrokken bestuurders aansprakelijk te stellen.⁶ Volgens de op dat moment – sinds 1928 aanvankelijk als art. 49a Wetboek van Koophandel en sinds 1976 als art. 2:138 BW – geldende wetgeving kon de curator, wanneer ‘de toestand der vennootschap geheel of gedeeltelijk te wijten is aan grove schuld of grove nalatigheid van de bestuurder, ten behoeve van den boedel van dezen schadevergoeding vorderen’.

Een nadere uitwerking van bestuurdersaansprakelijkheid was er niet. Het leerstuk was nog niet ontwikkeld en er bestond nauwelijks jurisprudentie.⁷ In het faillissement van OGEM vormde een enquêteprocedure de opstap naar de aansprakelijkheid en betaling van schadevergoeding.⁸ In het RSV-faillissement volgde geen aansprakelijkstelling door de curator, maar wel een parlementaire enquête naar de gang van zaken die tot de faillietverklaring had geleid. Deze diende overigens

3. M.S. Hummelen & M.S. Breeman, De parlementaire geschiedenis van de Faillissementswet 1896-2017: trends en ontwikkelingen, TvI 2018/37.

4. Art. 176 lid 1 Fw.

5. Art. 68 lid 3 Fw.

6. Bij een sterfhuisconstructie worden de relatief gezonde en levensvatbare onderdelen afgesplitst van de bedrijfsonderdelen die niet meer te redden zijn. Laatstgenoemde onderdelen blijven met bijbehorende schuldenlast achter in de oorspronkelijke onderneming, het ‘sterfhuis’. In het geval van OGEM werden de winstgevendste activiteiten ondergebracht bij een nieuwe moedermaatschappij, TBI, waarin ze konden blijven voortbestaan. De oorspronkelijke onderneming werd vervolgens failliet verklaard.

7. J.M. Blanco Fernández, De raad van commissarissen bij de NV en BV, Deventer: Kluwer 1993, p. 179.

8. HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, NJ 1990/466 m.nt. J.M.M. Maeijer (Ogem II).

* Mr. H.M.D. Bentfort van Valkenburg is advocaat bij DVDW te Den Haag. Mr. J.H.M. van de Wiel is advocaat bij DVDW te Den Haag. De auteurs treden regelmatig op als faillissementscurator.

1. Opinie S. Hooft op NU.nl, De curator heeft vrij spel, www.nu.nl/zakelijk-opinie/2753326/curator-heeft-vrij-spel.html.

2. R.D. Vriesendorp, De invloed van crediteuren op de aanstelling van een integere curator, in: M.L.S. Kalff, R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), De integere curator, Deventer: Kluwer 2007, p. 43.

vooral om boven tafel te halen wie politiek verantwoordelijk kon worden gehouden voor de aan RSV verleende financiële overheidssteun.⁹ Pas in 1987 werd door de invoering van ‘de derde antimisbruikwet’ met een aanpassing van art. 2:138/248 BW gedetailleerdere wetgeving ten aanzien van bestuurdersaansprakelijkheid van kracht.¹⁰ Deze wetswijziging was onderdeel van een meeromvattend wetgevingsproces, dat was ingegeven door de politieke wens om (meer) op te treden tegen misbruik van rechtspersonen.¹¹

Gesteld kan worden dat in deze periode de beperking van de vrijheid van de curator vooral was gelegen in controle van buitenaf, die bovendien vrijwel uitsluitend plaatsvond bij de grote faillissementen.

2.2 De curator als specialist

Gelet op wat er de eerste dagen van een faillissement op de curator afkomt en de grote belangen die hierbij soms op het spel staan, is de hiervoor beschreven situatie op zijn minst bijzonder te noemen. De kijk op het curatorschap is er anno 2020 dan ook behoorlijk anders op geworden. Van curatoren wordt steeds meer verwacht.

In de eerste plaats heeft de beroepsgroep zelf een belangrijke stap gezet door de oprichting van specialisatievereniging INSOLAD in 1991. INSOLAD heeft onder meer als doel de constante professionalisering en kwaliteitsverbetering van de functie van curator.¹²

Daarnaast zijn rechtbanken in toenemende mate eisen gaan stellen aan de opleiding en ervaring van door deze te benoemen curatoren. Na de introductie van de Grotius/INSOLAD-specialisatiecursus begin jaren negentig is een tendens ontstaan om succesvolle afronding van deze cursus – of een vergelijkbare opleiding of ervaring – als voorwaarde voor het curatorschap te verlangen.¹³ Daarnaast stellen veel rechtbanken tegenwoordig eisen aan de kantoororganisatie.

Tot slot kan worden gewezen op de verschillende uitspraken die sinds 1995 zijn geweest over het handelen van de curator. Als startpunt hiervoor kan het Sigmacon II-arrest worden aangewezen. Daarin oordeelde de Hoge Raad voor het eerst dat de curator geacht wordt óók rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de werkgelegenheid, in plaats van dat hij enkel het crediteurenbelang moet dienen.¹⁴ Een ander voorbeeld is dat de Hoge Raad in een reeks van arresten voorschriften heeft gegeven over hoe de curator

moet omgaan met verpande vorderingen.¹⁵ Jurisprudentie als deze heeft de curator steeds meer richting gegeven. Tegelijkertijd is daarmee natuurlijk zijn beleidsvrijheid ingeperkt.

3 Begrenzing door aansprakelijkheid

3.1 Aansprakelijkheid q.q.

Een begrenzing van de vrijheid in het civiele rechtsverkeer wordt gevormd door aansprakelijkheidsnormen. Dat geldt ook voor de curator die namens of ten behoeve van de boedel deelneemt aan dat rechtsverkeer. De vraag is wanneer hij bij dat handelen aansprakelijkheidsgrenzen overschrijdt. Het gaat dan in eerste instantie om de aansprakelijkheid van de curator q.q. Een door de curator in de uitoefening van zijn taak gepleegde onrechtmatige daad of begane toerekenbare tekortkoming wordt in beginsel toegerekend aan de boedel. Hierbij gelden de ‘gewone’ regels voor aansprakelijkheid, waarbij echter wel betekenis toekomt aan de bijzondere taak en positie van de curator.¹⁶ Dergelijke q.q.-aansprakelijkheid leidt tot het ontstaan van een boedelschuld. Aangezien de wet aan een vordering uit onrechtmatige daad of wanprestatie geen voorrang toekent, gaat het daarbij om een concurrente boedelschuld.¹⁷ Met name bij een negatieve boedel, dat wil zeggen de situatie dat de boedelschulden niet (geheel) kunnen worden voldaan, kan de vraag opkomen of de curator ook persoonlijk is aan te spreken. Temeer omdat de curator verzekerd is voor pro se-aansprakelijkheid.¹⁸

3.2 Persoonlijke aansprakelijkheid

Maclou-norm

In het licht van de hiervoor gesignaleerde wijziging in de kijk op het curatorschap is het niet verrassend dat in de oudere rechtspraak maar weinig voorbeelden zijn te vinden van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Volgens een arrest van de Hoge Raad uit 1933 is de curator aansprakelijk wanneer hij de hem toevertrouwde belangen niet ‘naar behoren’ heeft waargenomen¹⁹ en, aldus het gerechtshof ‘s-Hertogenbosch in 1939, wanneer er sprake is van nalatigheid, roekeloosheid en onbekwaamheid in de uitoefening van de functie.²⁰ Ook het welbewust nemen van een (onredelijk) risico

9. P. de Waard, Is er ooit iets van de RSV-enquête geleerd?, de Volkskrant 13 december 2011.

10. Wet van 16 mei 1986, houdende wijziging van bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de Faillissementswet in verband met de bestrijding van misbruik van rechtspersonen, Stb. 1986, 275.

11. Handelingen I 1977/78, 13483, p. 304 e.v.

12. Zie www.insolad.nl/over-insolad/.

13. Vriesendorp 2007, p. 44.

14. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472 m.nt. W.M. Kleijn (Sigmacon II).

15. HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 m.nt. W.M. Kleijn (Mulder/CLBN); HR 22 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA2511, NJ 2007/520 m.nt. P. van Schilfgaarde (ING/Verdonk); HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Hamm/ABN Amro); HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk).

16. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472 m.nt. W.M. Kleijn (Sigmacon II).

17. HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305 m.nt. P. van Schilfgaarde (De Ranitz/Ontvanger).

18. Art. 7.1 sub a Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling (versie 2019).

19. HR 26 mei 1933, ECLI:NL:HR:1933:AG1854, NJ 1933, p. 870 m.nt. E.M. Meijers (Bink/Wiggermans).

20. Hof ‘s-Hertogenbosch 7 februari 1939, ECLI:NL:GHSHE:1939:21, NJ 1939/994.

kan onrechtmatig zijn.²¹ In al deze gevallen kan worden gezegd dat de curator verwijtbaar tekortgeschoten is in de behartiging van de aan hem toevertrouwde belangen en dus persoonlijk aansprakelijk gesteld kan worden op grond van art. 1401 (oud) BW of art. 6:162 BW.

Een algemene aansprakelijkheidsnorm kwam er pas in 1996 met het Maclou-arrest.²² Reeds negen dagen na de faillietverklaring van Van Schuppen hadden de curatoren een overeenkomst gesloten met de Leidsche Wolspinnerij NV (hierna: LWS), waarbij zij de activa, voor zover deze geen eigendom waren van derden, aan LWS hadden overgedragen onder de verplichting van LWS om alle rechten van derden op feitelijk meeovergedragen activa te eerbiedigen. Twee crediteuren, Maclou en Prouvost, die eigendomsvoorbehoud meenden te hebben, kwamen in de kou te staan. LWS had hun zaken verwerkt en was vervolgens zelf failliet verklaard zonder dat zij met Maclou en Prouvost had afgerekend. Maclou en Prouvost leden aldus schade en stelden de curatoren persoonlijk aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad.

De Hoge Raad gaf als norm:

‘Een curator moet handelen zoals in redelijkheid mag worden verwacht van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.’

Hieruit volgt dat een curator fouten mag maken. Fouten hebben niet meteen tot gevolg dat de curator privé aansprakelijk is. De Hoge Raad legde aan dit oordeel ten grondslag dat een curator allereerst geen overeenkomst heeft met degenen wier belangen hij moet behartigen, en dat hij ten tweede met tegenstrijdige belangen te maken krijgt, terwijl hij in een kort tijdsbestek en vaak zonder dat hij alle relevante informatie al kent beslissingen moet nemen die geen uitstel kunnen lijden. Maclou en Prouvost werden in het ongelijk gesteld.

Voor de beoordeling van het gedrag van de curator wordt dus de modelcurator, de maatman, tot uitgangspunt genomen, ongeacht zijn daadwerkelijke kennis en ervaring. De toets is of – uitgaande van zijn beleidsvrijheid – hij in redelijkheid tot de betreffende gedragslijn heeft kunnen komen. Dat het gedrag van de in hoedanigheid van curator handelende persoon moet worden beoordeeld aan de hand van omstandigheden die samenhangen met de werkzaamheden die in die hoedanigheid worden verricht, is logisch als het gaat om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. In de literatuur is wel de vergelijking getrokken met de aansprakelijkheid van een advocaat. Ook daar wordt als maatstaf genomen de modeladvocaat, de ‘rede-

lijk handelende en redelijk denkende advocaat’.²³ Nog voordat de pre-packprocedure als onderdeel van het nog altijd aanhangige wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I)²⁴ is ingevoerd, heeft de Hoge Raad al geoordeeld dat de Maclou-norm ook geldt voor de beoogd curator in deze procedure.²⁵ Inmiddels wordt ook al nagedacht over het toetsingskader voor de herstructureringsdeskundige en de observator uit de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA).²⁶

De curator heeft dus de vrijheid die een modelcurator toekomt. Het Maclou-arrest is duidelijk geen vrijbrief. Na het Maclou-arrest is de verschijningsvorm van de modelcurator gaandeweg in de jurisprudentie verder ingevuld.²⁷

Prakke/Gips

Een belangrijke aanvulling op de Maclou-norm gaf de Hoge Raad in 2011 in het Prakke/Gips-arrest²⁸ en vervolgens in 2018 met De Klerk q.q. c.s./X.²⁹ Om te beginnen maakte de Hoge Raad in Prakke/Gips duidelijk dat voor persoonlijke aansprakelijkheid is vereist dat de curator persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt. Daarvoor is nodig dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien.

Verder overwoog de Hoge Raad dat *voor zover de curator bij zijn taakuitoefening niet is gebonden aan regels*, hem in beginsel ruime beleidsvrijheid toekomt. In die situatie dient zijn handelen terughoudend te worden getoetst op basis van de Maclou-norm. Zoals Verstijlen opmerkt in zijn noot bij dit arrest, betekent dat zeker niet dat de curator de zonnekoning van het faillissement is. Hij is een dienstknecht van het recht, met de opdracht het vermogen van de schuldenaar te beheren ten behoeve van in de eerste plaats de schuldeisers.³⁰

21. Rb. 's-Hertogenbosch 29 juni 1984, ECLI:NL:RBSHE:1984:AC8490, NJ 1987/111.

22. HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn (Maclou).

23. F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 217.

24. Voorstel van wet tot Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I), Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 2.

25. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, NJ 2019/461 m.nt. F.M.J. Verstijlen.

26. Voorstel van wet tot Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), Kamerstukken II 2018/19, 35249, nr. 2.

27. Vgl. E.A.L. van Emden, Aansprakelijkheid van curator en bewindvoerder in insolventiezaken, MvV 2019, afl. 11, p. 371-383, waarin een overzicht wordt gegeven van de verschillende scenario's die aanleiding kunnen geven tot aansprakelijkheid van de curator.

28. HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Prakke/Gips).

29. HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, NJ 2018/464 m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Klerk q.q. c.s./X).

30. Annotatie Verstijlen bij HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515, randnr. 6.

Is de curator echter wél gebonden aan regels, dan bestaat de vrijheid om naar eigen inzicht te handelen niet.³¹ Komt de curator een tot hem gerichte ‘regel’ niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regel rekening diende te houden. In *De Klerk q.q. c.s./X* voegt de Hoge Raad daaraan toe dat het overtreden van ‘regels’ niet steeds tot persoonlijke aansprakelijkheid leidt. De rechter lijkt, afhankelijk van het partijdebat en de omstandigheden van het geval, nog wel te moeten onderzoeken of de curator een persoonlijk verwijt treft. In de literatuur is geconstateerd dat het leerstuk nog niet is uitontwikkeld.³²

4 Regels

4.1 Welke ‘regels’ zijn er?

De curator heeft dus een grote mate van beleidsvrijheid. Zijn in een specifieke situatie echter ‘regels’ van toepassing, dan is er in beginsel geen ruimte om daarvan af te wijken. ‘Regels’ kunnen voortvloeien uit de wet en rechtspraak, maar mogelijk ook uit ‘zachtere’ regelgeving, zoals de praktijkregels van specialisatievereniging INSOLAD,³³ de Recofa-richtlijnen³⁴ of plaatselijke regels van rechtbanken. Op schending van een tot de curator gerichte ‘regel’ staat in beginsel de sanctie van persoonlijke aansprakelijkheid. Veel ruimte om aan die sanctie te ontkomen is er niet.

Op zichzelf is een duidelijke norm voor de overtreding van ‘regels’ toe te juichen en lijkt het uitgangspunt van nagenoeg automatische persoonlijke aansprakelijkheid in veel gevallen terecht. De keerzijde is echter dat de vaststelling of al dan niet sprake is van een ‘regel’ bijna allesbepalend wordt.³⁵ De vraag dringt zich op wanneer een bepaling of richtlijn moet worden opgevat als een tot de curator gerichte ‘regel’. De Hoge Raad heeft vooralsnog geen invulling gegeven aan dit begrip. Het blijkt ook niet in alle gevallen even eenvoudig te zijn vast te stellen. Daarnaast kan er in de laatste jaren een toename van richtlijnen worden waargenomen. Zijn dit ook steeds tot de curator gerichte ‘regels’? Wij onderzoeken vier recente ontwikkelingen.

4.2 ‘Actieve’ schending van een verplichting tot nalaten

Dat niet altijd eenvoudig is te bepalen wanneer sprake is van een ‘regel’, laat het eerdergenoemde arrest *De Klerk q.q. c.s./X*

zien.³⁶ Aan deze uitspraak ging het arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q. vooraf*.³⁷ Daarin kwam aan de orde dat de faillissementstoestand de curator niet de bevoegdheid geeft om een voortdurende prestatie van de schuldenaar die bestaat uit een dulden of nalaten, ‘actief’ te beëindigen. Dit betekent dat de curator bijvoorbeeld niet over mag gaan tot ontruiming van een door de gefailleerde aan een derde verhuurde onroerende zaak of tot intrekking van een door de gefailleerde verleende licentie als dat ontruimings- of beëindigingsrecht de gefailleerde zelf niet toekwam.

In *De Klerk q.q. c.s./X* ging het eveneens om bepalingen uit een overeenkomst die door de gefailleerde was aangegaan. De situatie speelde zich af in 2013, ver voordat de Hoge Raad in 2018 *Credit Suisse/Jongepier q.q.* wees. Het betrof een ondernemer die dure schoenen verkocht en daartoe op een A-locatie een pand huurde. De huurovereenkomst bevatte een onderverhuurverbod. Na het faillissement zegde de verhuurder de huurovereenkomst op. Gedurende de opzegtermijn had de curator de winkelruimte zonder toestemming van de verhuurder, tegen betaling van een vergoeding aan de boedel, in gebruik gegeven aan een derde, ondanks dat de verhuurder herhaaldelijk had gewezen op het onderverhuurverbod. De verhuurder stelde de curator q.q. en pro se aansprakelijk.

Een schending van een voor de failliet geldende overeenkomst leidt op zichzelf niet tot persoonlijke aansprakelijkheid, aldus de Hoge Raad. In dit geval is evenwel sprake van een ‘actieve’ schending door de curator van een voortdurende verplichting die bestaat uit een nalaten, zoals bedoeld in *Credit Suisse/Jongepier q.q.* Een zodanige verplichting rust volgens de Hoge Raad op de curator in diens hoedanigheid en moet (daarom) wél worden aangemerkt als een tot de curator gerichte ‘regel’. De Hoge Raad liet het eerdere oordeel van het hof dat de curator persoonlijk aansprakelijk was dan ook in stand. Dat de curator in strijd met een in zijn hoedanigheid na te leven verplichting had gehandeld, leverde volgens vaste rechtspraak overigens ook een q.q.-aansprakelijkheid op.³⁸

Deze uitkomst was in dit geval door de bijkomende omstandigheden niet bijzonder. Toch zal menig curator zich voorafgaand aan dit arrest niet hebben gerealiseerd dat de overtreding van een onderverhuurverbod bijna automatisch tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid zou kunnen leiden. Waarom promoveert de Hoge Raad nu juist deze verplichting tot ‘regel’? Leidend hierbij lijkt te zijn dat het gaat om een verplichting die rust op de curator in zijn hoedanigheid. Insolventiejuristen herkennen hierin het criterium voor ‘de derde categorie’ van boedelschulden uit het arrest *Koot/Tideman*

31. Dat de curator onder bepaalde omstandigheden geen beleidsvrijheid heeft, was eerder al op te maken uit HR 27 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2793, NJ 1999/685 m.nt. P. van Schilfgaarde (Komdeur q.q./Nederlandse Antillen).

32. F.M.J. Verstijlen, Een kwart eeuw curatorenansprakelijkheid. Ontwikkeling van een leerstuk, TvI 2020/20.

33. De eerste versie van de praktijkregels werd door de Algemene Ledenvergadering van INSOLAD vastgesteld in 2004. De meest recente versie is van april 2019 en is raadpleegbaar op de website van INSOLAD (www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels/).

34. Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling, raadpleegbaar via www.rechtspraak.nl.

35. Annotatie Verstijlen bij HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, NJ 2018/464, randnr. 6.

36. HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, NJ 2018/464 m.nt. F.M.J. Verstijlen (De Klerk q.q. c.s./X).

37. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Credit Suisse/Jongepier q.q.).

38. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Koot Beheer/Tideman q.q.).

q.q.³⁹ Als voorbeeld van een schuld uit deze categorie noemt de Hoge Raad in dat arrest de onbevoegde opzegging door de curator van een overeenkomst. Moeten curatoren er rekening mee houden dat ook dit een ‘regel’ is? En hoe zit het met andere verplichtingen tot nalaten? Leidt de ‘actieve’ schending van een door de failliet aangegane geheimhoudingsverplichting in beginsel ook tot persoonlijke aansprakelijkheid? En wat te doen met koopopties die de failliet aan derden heeft verleend? De Hoge Raad laat deze vragen onbeantwoord. Deze onduidelijkheid over de exacte inhoud van de ‘regel’ uit De Klerk q.q. c.s./X wordt in de literatuur dan ook bekritiseerd.⁴⁰ Het maakt het er voor curatoren bepaald niet eenvoudiger op.

Ook wij vinden deze onduidelijkheid onwenselijk. Een wildgroei van regels zou bovendien moeten worden voorkomen. Beide leiden tot krampachtig gedrag, dat zelden in het belang van de boedel zal zijn. Juist gezien de vaak bijzondere omstandigheden waaronder de curator zijn werk moet doen, en die de Hoge Raad ook in zijn Maclou-arrest noemt, moet hij (voldoende) vrijheid hebben om naar eigen inzicht te handelen, zonder te veel vast te zitten in een dichtgergeld stramien.

4.3 Adviesrecht ondernemingsraad

In 2016 kwam de ondernemingsraad van de gefailleerde drogistrijketen DA in het geweer tegen het besluit van de curator om de onderneming te verkopen, kort gezegd omdat hierover geen advies was gevraagd. Er werd tot aan de Hoge Raad doorgeprocedeerd.⁴¹ Die oordeelde dat de curator gehouden is om tijdens het faillissement te zorgen voor naleving van de voorschriften van de Wet op de ondernemingsraden (WOR). Een uitzondering geldt voor besluiten van de curator die zijn gericht op liquidatie van het (ondernemings)vermogen, zoals het besluit tot ontslag van werknemers en de verkoop van goederen. Als een verkoop echter plaatsvindt in het kader van een doorstart van de onderneming, waarbij het vooruitzicht van behoud van arbeidsplaatsen bestaat, is het daarop gerichte besluit adviesplichtig op grond van art. 25 lid 1 WOR. Omdat niet alle voorschriften van de WOR verenigbaar zijn met een faillissement, mag de curator wel afwijken van de formele (procedurele) eisen als de omstandigheden dat vergen.

Totdat de Hoge Raad zich in 2017 aldus uitliet, was het zeker geen standaardpraktijk om de ondernemingsraad om advies te vragen bij het besluit om de onderneming van de failliet in het kader van een doorstart te verkopen. Nog steeds lijkt niet bij alle curatoren ingedaald dat de Hoge Raad de toepassing van de WOR door de curator dwingend voorschrijft. De ondernemingsraad is echter ook voor de curator een verplichte tus-

senstop. Gelet op de formulering van de Hoge Raad dat de curator gebonden is aan de WOR, is onze veronderstelling dat dit als een tot de curator gerichte ‘regel’ moet worden opgevat. De curator die de ondernemingsraad overslaat, lijkt er dus serieus rekening mee te moeten houden dat dit zonder meer tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Uitsluitend de wijze waarop invulling gegeven wordt aan het adviestraject staat hem enigszins vrij. Dat kan ook niet anders; de omstandigheden van het faillissement maken dat de termijnen en formaliteiten van art. 25 WOR vaak praktisch onwerkbaar zijn. Een nuancering is dat voor aansprakelijkheid natuurlijk wel vereist is dat er ook sprake is van schade. Die zal mogelijk niet in alle gevallen dat de ondernemingsraad niet om advies is gevraagd aantoonbaar aanwezig zijn. In het voorbeeld van DA had de curator bijvoorbeeld juist een bieding geaccepteerd die iets lager was, maar waarbij meer werkgelegenheid behouden bleef.

4.4 Fraudesignalering

Ook op wetgevingsvlak is een toename van verantwoordelijkheden van de curator waarneembaar. Een sprekend voorbeeld is de Wet versterking positie curator. Door de inwerking-treding daarvan per 1 juli 2017 is onderdeel van de taak van de curator geworden dat hij bij de vereffening en het beheer van de boedel ook beziet of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement hebben veroorzaakt dan wel de vereffening van de boedel bemoeilijken. Hij moet de rechter-commissaris daarover vertrouwelijk informeren en zo nodig melding of aangifte doen bij de bevoegde instanties.⁴² Een behoorlijke stap dus ten opzichte van de in paragraaf 2 beschreven situatie tot de jaren tachtig van de vorige eeuw, toen het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement nog nauwelijks was ontwikkeld. Toch past deze rol bij de ontwikkeling om de curator steeds meer óók als hoeder van maatschappelijke belangen te zien.

De taakuitbreiding heeft desalniettemin nogal wat weerstand opgeroepen, niet in de laatste plaats om de principiële reden dat de kosten hiervan volgens menigeen niet voor rekening van de gezamenlijke schuldeisers dan wel – bij een lege boedel – voor rekening van de curator dienen te komen.⁴³ Daarnaast bestaat er twijfel of de opsporende instanties wel voldoende capaciteit hebben om al die meldingen en aangiftes te behandelen. De curator heeft echter geen keus. Ondanks dat hij goede redenen kan hebben om een onderzoek achterwege te laten, is de bepaling zodanig geformuleerd dat hij in zijn taakvervulling tekortschiet als hij geen onderzoek doet. Wel lijkt hij vrij te zijn in hoe hij uitvoering geeft aan deze verplichting. Art. 68 Fw lijkt niet te verplichten tot een uitvoering en kostbaar onderzoek.

Een ander aspect betreft het doen van melding of aangifte van geconstateerde feiten. Hoewel dit geformuleerd is als een

39. HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, NJ 2013/291 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Koot Beheer/Tideman q.q.).

40. R. Mulder, De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator: oppassen geblazen, steeds meer ‘regels’! Een overzicht van de stand van zaken, TvI 2019/5 en annotatie Verstijlen bij HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, NJ 2018/464, randnr. 7.

41. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, JOR 2017/248 m.nt. S.C.J.J. Kortmann.

42. Art. 68 lid 2 Fw.

43. Zie bijv. S. Renssen, De nieuwe wetgeving inzake fraudebestrijding in faillissement: een verrijking of een lege huls?, TvOB 2018, afl. 2, p. 40-47.

verplichting, volgt uit de memorie van toelichting dat het aan de rechter-commissaris en de curator is om te beoordelen of een vervolgstap in de rede ligt. Het primaat om melding of aangifte te doen ligt bij de curator. Laat hij dat echter na als de rechter-commissaris dit wel wenselijk acht, dan kan dat – nog steeds volgens de memorie van toelichting – grond zijn voor ontslag.⁴⁴ Wij gaan er dan ook van uit dat hier pas van een ‘regel’ sprake is als de rechter-commissaris vraagt om aangifte te doen. Dat het handelen of nalaten in strijd met een verzoek, bevel of beschikking van de rechter-commissaris tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator leidt, behoeft eigenlijk geen toelichting en was al af te leiden uit het arrest Komdeur/Nederlandse Antillen.⁴⁵

4.5 AVG

Wij vermelden tot slot kort de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG), die in 2018 in werking is getreden en in beginsel ook verplichtingen meebrengt voor de curator die bij zijn taakuitoefening met persoonsgegevens te maken krijgt. Er is nog veel onduidelijk over de gronden waarop de curator al dan niet persoonsgegevens kan verwerken en in hoeverre de curator méér is gebonden dan onder de oude Wet bescherming persoonsgegevens. Problematisch wordt het als bepaalde regels uit de AVG waarover nu nog die onduidelijkheid bestaat, op een later moment alsnog tot ‘regels’ worden gepromoveerd. Om als ‘regel’ te kunnen kwalificeren (met het gevolg dat overtreding tot persoonlijke aansprakelijkheid leidt) is ons inziens vereist dat een onderwerp is uitgekristalliseerd in wet of rechtspraak, of – bij gebreke daarvan – daarover in de beroepsgroep een behoorlijke mate van consensus bestaat. In De Klerk q.q. c.s./X zagen we echter dat dit nog niet vanzelfsprekend is. De verboden onderverhuur door de curator vond plaats ver voordat de Hoge Raad zich hierover in Credit Suisse/Jongepier q.q. uitliet. Over de toepasselijkheid van de AVG op het handelen van de curator kan een boek vol worden geschreven. Wij volstaan daarom met signalering van deze problematiek en verwijzing naar de literatuur hierover⁴⁶ en het wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming, waarvoor de internetconsultatie op 15 juli 2020 is gesloten. In dat wetsvoorstel geeft een nieuw art. 68a Fw verder invulling aan de verwerking van persoonsgegevens door de curator.⁴⁷

5 Slotsom

Ooit had de curator veel (te veel) vrijheid. In de afgelopen dertig jaar is er echter een grote verschuiving zichtbaar. De rol van de curator is veranderd. Hij moet van alle markten thuis zijn

en is steeds meer gebonden aan richtlijnen en ‘regels’. Door ontwikkelingen in rechtspraak en wet is de lijst van taken, richtlijnen en regels die de curator in acht dient te nemen steeds langer geworden. Persoonlijke aansprakelijkheid ligt dus steeds meer op de loer. Dat past bij de bijzondere positie die de curator inneemt en de soms vergaande bevoegdheden die daarbij horen. Het is echter wel van belang om die bijzondere positie niet uit het oog te verliezen. De curator is niet een opvolger van de failliet. Hij is er primair voor de schuldeisers. Om zijn taak goed uit te kunnen oefenen, moet hij naar eigen inzicht beslissingen kunnen blijven nemen, zonder hierbij steeds te hoeven vrezen voor persoonlijke aansprakelijkheid. Het verdient in dit verband aanbeveling dat duidelijk(er) wordt wanneer een richtlijn als ‘regel’ kwalificeert en wanneer de curator juist beleidsvrijheid heeft. Bij terughoudende en bange curatoren is geen enkele boedel gebaat.

44. Kamerstukken II 2014/15, 34253, nr. 3, p. 13-14 (MvT).

45. HR 27 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2793, NJ 1999/685 m.nt. P. van Schilfgaarde (Komdeur q.q./Nederlandse Antillen).

46. Zie onder meer M.A.R. Martens, De verkoop van klantenbestanden door de curator, TvI 2018/9 en F.M.J. Verstijlen, De curator en de AVG, TvI 2018/50.

47. Voorstel van wet tot Wijziging van de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming en enkele andere wetten in verband met het stroomlijnen en actualiseren van het gegevensbeschermingsrecht (Verzamelwet gegevensbescherming), internetconsultatie via www.internetconsultatie.nl/verzamelwetgegevensbescherming.