

B. Wessels, Aansprakelijkheid met mate bij ondernemingsvoortzetting door de bewindvoerder in het voorontwerp insolventierecht, in: A.G. Castermans e.a. (red.), De maatman in het burgerlijk recht, BW-krant jaarboek 24, Deventer: Kluwer 2008, pp. 179 – 198.

+++++

AANSPRAKELIJKHEID MET MATE BIJ ONDERNEMINGSVOORTZETTING DOOR DE BEWINDVOERDER IN HET VOORONTWERP INSOLVENTIEWET

B. Wessels¹

1. Inleiding

In november 2007 is het door de Commissie Insolvenrecht ontworpen Voorontwerp Insolventiewet gepubliceerd.² Het Voorontwerp heeft in navolging van de Duitse insolventiewetgeving in haar tekst het doel van een insolventieprocedure opgenomen. Artikel 1.1.2 (“Doel”) luidt: ‘Een insolventieprocedure strekt tot tegeldemaking van het vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers of tot sanering van de schulden van de schuldenaar. Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden.’ Ten opzicht van het huidige recht schuilt het novum in de tweede zin: ‘Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden’, hetgeen volgens de Toelichting betekent ‘voortgezet.’ De Toelichting: ‘Dat het belang van de schuldeisers voorop wordt gesteld, houdt geen principiële keuze in voor liquidatie van het vermogen van de schuldenaar boven reorganisatie van de schuldenpositie van de schuldenaar. Waar dat vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is, dient het insolventierecht ruimte te bieden voor reorganisatie.’³ De achterliggende maatschappelijk-politieke filosofie van het adagium ‘ondernemingsvoortzetting’ wordt in de Toelichting niet beschreven. De gedachte is dat in de gevallen waarin reorganisatie van de onderneming van de schuldenaar vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is reorganisatie van een onderneming of een deel daarvan

¹ B. Wessels is Hoogleraar Internationaal insolventierecht, Universiteit Leiden; Adjunct Professor Comparative and International Insolvency Law, St. John’s University School of Law, New York. Prof. Wessels is lid van de Commissie Insolventierecht. Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.

² Voor de tekst van het Voorontwerp en de daarbij behorende Toelichting, zie de website van het Ministerie van Justitie (www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/insolventiewet) of de website van de auteur van deze bijdrage (www.bobwessels.nl, blog document 2007-11-doc2). Ik maak hier gebruik van: S.C.J.J. Kortmann / N.E.D. Faber (red.), Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet, serie Onderneming en Recht, deel 2-IV, Deventer: Kluwer, 2007 (hierna: *Gesch. Voorontwerp*).

³ *Gesch. Voorontwerp*, p. 137.

mogelijk moet zijn, voor zover deze mogelijk en economisch verantwoord is ‘zonder nadeel van betekenis voor de gezamenlijke schuldeisers.’ Op de uitwerking in het Voorontwerp kom ik hierna terug, maar ten opzichte van de huidige insolventiepraktijk is het duidelijk dat van de bewindvoerder (de voorgestelde nieuwe benaming voor ‘curator’ in faillissement) méér dan thans wordt gevergd aangaande de mogelijkheid van voortzetting van een onderneming en de beslissingen die daarmee verband houden. Deze gewijzigde positie roept de vraag op of de bewindvoerder voldoende voor zijn (nieuwe) wettelijke taken is geëquipeerd. Hij of zij heeft veelal een juridische opleiding en achtergrond, die meestal niet voldoende in staat stelt om, zonder assistentie van derden, beslissingen te nemen uitgaande van een afgewogen oordeel over hetgeen ‘vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is’ voor de onderneming van de insolvente schuldenaar. Opleiding en ervaring staan in deze bijdrage echter niet centraal. Wél staat centraal de vraag of de huidige regeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator voldoende op de vernieuwde rol is toegesneden, en zo niet, welke andere norm daaraan dan wel voldoet. De centrale vraag die in deze bijdrage aan de orde wordt gesteld is of het wenselijk is in de toekomst de werkzaamheden van de insolventiebewindvoerder, die een reorganisatie doorvoert, te toetsen aan een andere maatpersoon, een andere ‘imaginary third man.’⁴

Daartoe ga ik eerst in op de huidige rechtsleer aangaande de aansprakelijkheid van de curator en het verschil in de aansprakelijkheid van de curator q.q. en die pro se (par. 2), de normen die voor beide in de rechtspraak zijn ontwikkeld (par. 3 en 4) en de grondslag van de persoonlijk aansprakelijkheid (par. 5). Nadat enige aan de persoon van de mogelijk aansprakelijke gestelde vaardigheden zijn toegelicht (par. 6), ga ik in op de vraag óf, en zo ja in hoeverre beide normen voor aansprakelijkheid q.q. en pro se verschillen (par. 7). Vervolgens wordt het vizier gericht op het voorzetten van een onderneming in een situatie van insolventie (par. 8), wat meer in het bijzonder in het Voorontwerp van de bewindvoerder wordt gevergd (par. 9), om tenslotte bij de centrale vraag uit te komen (par. 10). Het artikel sluit af met een conclusie.

2. Aansprakelijkheid van de faillissementscurator

De curator die in een faillissement is aangesteld om zijn wettelijke taak van het beheren en vereffenen van de boedel uit te oefenen (art. 68 lid 1 Faillissementswet (Fw)) kan aansprakelijk worden gesteld voor de gevolgen van een onvoldoende adequate vervulling van die taak. Rechtens dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de mogelijke

⁴ Vergelijk Elena Barnert, *Der eingebildete Dritte. Eine Argumentationsfigur im Zivilrecht*, Mohr Siebeck, 2008.

aansprakelijkheid van de curator q.q., derhalve in diens hoedanigheid als curator, en zijn aansprakelijkheid pro se, dus zijn persoonlijke aansprakelijkheid. Het onderscheid tussen aansprakelijkheid van de curator q.q. en de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator is om meerderlei redenen van belang. Ik noem de volgende:

(i) de aansprakelijkheid q.q. is een aansprakelijkheid van de faillissementsboedel. De curator bindt met zijn handelingen de boedel en er ontstaat bij het intreden van deze vorm van aansprakelijkheid een boedelschuld. Bij de aansprakelijkheid pro se gaat het om de vraag of de curator – al dan niet naast de boedel – met zijn eigen privévermogen voor zijn handelingen dient in te staan;⁵

(ii) de vraag of de gedragingen van een curator q.q. een onrechtmatige daad vormen die aan de boedel toegerekend wordt, wordt getoetst aan de normale onrechtmatige daads-vereisten van art. 6:162 BW. Het gaat dan om de curator die bij de uitoefening van zijn taak in zijn hoedanigheid aan het maatschappelijke verkeer deelneemt, waarbij hij zich dient te houden aan de normen en regels die in dat verkeer gelden. Voor de beoordeling van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator geldt sinds HR 19 april 1996, NJ 1996, 727, als maatstaf dat ‘een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mocht worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.’ Ik kom op dit arrest terug, alsmede op de vraag naar de verhouding tussen de laatste maatstaf en de zorgvuldigheidsnorm die in art. 6:162 BW besloten ligt;

(iii) de Verordening op de beroepsaansprakelijkheid (van de Nederlandse Orde van Advocaten) heeft mede betrekking op werkzaamheden als faillissementscurator. Een advocaat mag zich van aansprakelijkheid vrijtekenen voorzover de desbetreffende beroepsaansprakelijkheidsverzekering geen aanspraak op uitkering geeft. Omdat een contractuele betrekking tussen de curator en bijvoorbeeld de schuldeisers, de schuldenaar en de rechtbank ontbreekt is contractuele beperking van aansprakelijkheid niet goed voorstelbaar.⁶ De vraag is zelfs of een vorm van aansprakelijkheidsbeperking wel past bij de vervulling van een ‘neutraal’ gerechtelijk bewindvoerderschap, welke functie veel weg heeft van die van een bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.⁷ Een curator-niet-advocaat is geen ‘rechterlijk ambtenaar’. Hij kan geen beroep doen op art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren⁸, dat als hoofdregel kent dat voor schade die een rechterlijk ambtenaar bij de vervulling van zijn taak aan een derde toebrengt en waarvoor hij

⁵ Een vordering ingesteld tegen de curator q.q., maar die betrekking heeft op de aansprakelijkheid pro se, is niet ontvankelijk, zie Rb. Arnhem 23 februari 2005, LJN: AT2862.

⁶ Vergelijk J.G. Princen, De aansprakelijkheid van de curator, in: *Capita selecta Insolventierecht*, Praktijkboek Insolventierecht, deel 6, Deventer: Kluwer, 2007, p. 118.

⁷ Over zijn positie, zie: B. Wessels, *Belangenstrijd in het insolventierecht*, Afscheidrede VU Amsterdam, 2008, zie <http://hdl.handle.net/1871/12787>.

⁸ Wet van 29 november 1996, Stb. 590.

zelf krachtens de wet aansprakelijk zou zijn, jegens de derde uitsluitend de Staat aansprakelijk is. Hij zal zijn mogelijke q.q. aansprakelijkheid in een afzonderlijke verzekering dienen (bij) te verzekeren. De aansprakelijkheid pro se kan een onderwerp vormen van een te sluiten particuliere verzekering.

3. Aansprakelijkheid in kwaliteit

De curator is weliswaar 'neutraal' gerechtelijk bewindvoerder, die ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers de onder faillissementsbeslag liggende goederen van de gefailleerde beheert, maar zijn handelen wordt in het maatschappelijk verkeer aangemerkt als handelen van de boedel. De boedel – dus het vermogen van de gefailleerde – is aansprakelijk voor onrechtmatige daden door de curator in zijn hoedanigheid verricht. Alle daden van de curator in deze hoedanigheid verricht, ook de onrechtmatige, worden toegerekend aan de failliete boedel. Van een onrechtmatige daad, die een boedelschuld oplevert welke ten laste van het faillissementsvermogen komt, is sprake indien de normen die in het maatschappelijk verkeer aan haar deelnemers worden gesteld, worden overtreden. Dit is al lang vaste rechtspraak.⁹ In het arrest HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472, nt. WMK (Sigmacon II) wil de Hoge Raad niet weten van een zwaardere zorgvuldigheidsnorm die hij beschouwt als '...een strengere maatstaf dan aan de algemene regels betreffende onrechtmatige daad kan worden ontleend' en dat het ook 'niet ter zake (doet) of de curatoren met het oog op de belangen van de boedel verdedigbaar hebben gehandeld'. Ook in het hierna besproken arrest van de Hoge Raad van 19 december 2003¹⁰ wordt de gewone zorgvuldigheidstoets van art. 6:162 BW aangelegd. Het gaat om de volgende zaak. In het faillissement van Mobell B.V., uitgesproken op 25 juni 1997, worden twee curatoren benoemd en er is een afkoelingsperiode afgekondigd (art. 63a Fw) om te onderzoeken of een doorstart van het bedrijf mogelijk is. Gedurende de loop van de afkoelingsperiode verkopen de curatoren aan een derde partij, UTB Handelsonderneming B.V. ('UTB'), voorraden, waaronder rollen textiel, waarvan zij weten dat een ander (B.V. Interplan Import-export Woontextiel, hierna 'Interplan') daarop een eigendomsvoorbehoud heeft. In de overeenkomst met koper UTB wordt de clause opgenomen, dat alle voorraden van Mobell worden verkocht en geleverd '.... voor zover deze zaken geen eigendom zijn van derden, bijvoorbeeld op grond van (uitgebreide) eigendomsvoorbehouden'. UTB verkoopt vervolgens deze goederen aan derden. Interplan, eigenaar van de rollen textiel, blijft achter met onvoldane facturen van naar huidige valuta

⁹ Zie bijvoorbeeld HR 29 januari 1931, NJ 1931, p. 1353 e.v.; HR 21 februari 1992, NJ 1992, 321.

¹⁰ HR 19 december 2003, LJN: AN7817; JOR 2004/61, nt. Van Hees; AA 2004, p. 178 e.v., nt. Vriesendorp; NJ 2004, 293, nt. PvS; Keirse en Verstijlen, NTBR 2004, p. 396 e.v.

ruim €33.000, -- en spreekt de curatoren aan. Het hof maakt de curatoren het verwijt dat zij de belangen van Interplan als separatist hebben tekort gedaan door de aan Interplan toebehorende zaken in de feitelijke macht van koper UTB te brengen zonder zich tevoren ervan te vergewissen of Interplan daarmee instemde. De Hoge Raad overweegt dat aan de orde is een vraag van aansprakelijkheid van de curator in zijn hoedanigheid, en niet zijn privé-aansprakelijkheid: 'De handelwijze van de curatoren dient derhalve getoetst te worden aan de maatstaven van art. 6:162 BW'. De gewone onrechtmatigheidsnorm vooropstellend overweegt de Hoge Raad aangaande het oordeel van het hof:

'Weliswaar kan het onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn dat een curator de voorrang geeft aan zwaarwegende, bij de wijze van beheren en vereffenen van de boedel betrokken belangen van maatschappelijke aard boven de belangen van individuele schuldeisers, waaronder separatisten, doch het hof heeft niet blijkt gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met zijn oordeel dat erop neerkomt dat in dit geding niets gesteld of gebleken is dat die rechtvaardiging kan opleveren. Het door de curatoren ingeroepen belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement, waarnaar het onderdeel verwijst, behoort, naar het hof kennelijk en terecht heeft aangenomen, in zijn algemeenheid echter niet tot de zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard als bedoeld in HR 19 april 1996, nr. 15944, NJ 1996, 727. Hiervan uitgaande heeft het hof,, kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat de curatoren de afweging van de belangen van Interplan als eigenares van de zaken en die van Interplan als belanghebbende bij een voortvarende afwikkeling van het faillissement aan haar zelf hadden dienen over te laten en dat zij niet, in plaats daarvan, de zaken aan UTB uit handen mochten geven zonder haar voorafgaande toestemming. Daarom is evenmin onbegrijpelijk dat het hof in de door de curatoren met UTB gesloten overeenkomst kennelijk niet een voldoende waarborg van de belangen van Interplan heeft gezien.'

Ik begrijp de verwijzing van de 'rechtvaardiging' die gelegen kan zijn in zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard (waartoe het belang van een doelmatige afwikkeling van het faillissement 'in zijn algemeenheid' echter niet behoort) als een verwijzing naar de rechtvaardingsgrond bedoeld in art. 6:162 lid 2 BW, welke het onrechtmatigheidskarakter van de daad wegneemt.¹¹

4. Persoonlijke aansprakelijkheid

¹¹ Kennelijk in deze zin ook Hof Arnhem 20 februari 2007, LJN: BA0367; JOR 2007/129, door te beslissen dat het door de curator niet gestand willen doen van een verbintenis tot teruggave van de economische eigendom van een zaak (art. 37 Fw), geen onrechtmatigheid gedrag is. De derde kan de vordering ter zake van de koopsom dan wel de schadevergoedingsvordering na ingeroepen ontbinding ter verificatie indienen, aldus het hof.

Met persoonlijke aansprakelijkheid van de curator wordt bedoeld op een persoonlijke onzorgvuldigheid. De aan de curator in privé gestelde norm stemt niet overeen met de door hem in zijn hoedanigheid (q.q.) in acht te nemen normen. In 1933 hanteert de Hoge Raad een in negatieve zin geformuleerde zorgvuldigheidsnorm: een curator is slechts dan tegen aansprakelijkheid gevrijwaard, ‘...wanneer hij de hem toevertrouwde belangen naar behoren heeft waargenomen’.¹² In 1996 overweegt de Hoge Raad dat een curator, ook al oefent hij het beroep van advocaat of een daarmee vergelijkbaar beroep uit, bij het vervullen van zijn taak als curator niet als beoefenaar van dat beroep optreedt. De Hoge Raad onderkent drie bijzondere kenmerken van de taak van een curator: (a) hij staat niet in een contractuele betrekking tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, (b) hij moet bij het uitoefenen van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen behartigen, en (c) hij behoort bij het nemen van beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen leiden – óók rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard. Volgens de Hoge Raad brengen deze ‘..... bijzondere kenmerken van de taak van de curator mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht’.¹³ De laatst aangehaalde zinsnede wordt ook wel de Maclou-norm genoemd. De door de Hoge Raad geformuleerde norm is sindsdien vaste rechtspraak.¹⁴ In de rechtspraak wordt de Maclou-norm ook gehanteerd ten opzichte van de bewindvoeder in de surseance.¹⁵ Hieraan voegt Rb. Maastricht 27 oktober 2003, LJN: AN9013, toe dat daarbij de speciale positie van de bewindvoerder bij een surseance van betaling in aanmerking moet worden genomen: ‘de bewindvoerder neemt de bedrijfsvoering van de schuldenaar niet over, terwijl surseance gericht is op instandhouding van de onderneming in een periode van financiële moeilijkheden; negatieve resultaten betekenen niet zonder meer dat de bedrijfsvoering moet worden gestaakt’.

¹² Zie HR 26 mei 1933, NJ 1933, p. 870 e.v., nt. EMM.

¹³ Zie HR 19 april 1996, NJ 1996, 727, nt. WMK; JOR 1996/48, nt. S.C.J.J. Kortmann (Maclou en Prouvost).

¹⁴ Zie onder meer Gem. HvJ Ned. Ant. en Aruba 25 februari 1997, NJkort 1997, 25; HR 27 november 1998, JOR 1999/72, nt. Kortmann; NJ 1999, 685, nt. PvS; Hof 's-Hertogenbosch 4 mei 2004, JOR 2004/255; Rb. Arnhem 21 juli 2004, JOR 2004/333; Rb. Arnhem 21 juni 2006, LJN: AY5385; Rb. Almelo 18 oktober 2006, JOR 2007/56; Hof Arnhem 20 februari 2007, JOR 2007 207/129; Hof Leeuwarden 28 december 2005, te kennen uit HR 18 januari 2008, LJN: BB5067; NJ 2008, 335, nt. PvS; Rb. Amsterdam 21 mei 2008, LJN: BD5700; Rb. Amsterdam 11 juni 2008, LJN: BD6619.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2003, JOR 2003/152; Hof 's-Hertogenbosch 22 maart 2005, LJN: AT3349. Zie nader Wessels Insolventierecht IV (2008), par. 4245.

5. Grondslag persoonlijke aansprakelijkheid

De Faillissementswet kent niet een op de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator toegesneden aansprakelijkheidsbepaling. De norm die de Hoge Raad aanlegt, te weten ‘.... dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht’ wijkt af van die welke gangbaar is als zorgvuldigheidsnorm voor beroepsbeoefenaren (‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’). De literatuur is niet eensgezind in de opvatting of het verschil in bewoordingen niet veel meer is dan een woordenspel.¹⁶ Ik zou menen dat de Hoge Raad enkele gezichtspunten tracht aan te geven die pogen het typische van de curatorentaak te verbinden met genoemde algemene zorgvuldigheidsnorm. De rechter richtte zich niet op de persoon van de curator, maar op het vergelijkingstype (de ‘modelcurator’), te weten ‘een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht’.¹⁷ Hetgeen aan het ‘type’ mag worden toegedicht wordt bepaald door zijn rol in het maatschappelijk verkeer en de aard van de in die rol verrichte gedragingen.¹⁸

De aard van de norm is relevant doordat verschillende normen in de Faillissementswet een (vrij) duidelijk omschreven pakket aan wettelijke verplichtingen voor de curator met zich brengen, terwijl andere gedragingen alleen kunnen worden herleid tot de algemene beheerstaak die op de curator rust. De eerste kunnen individuele verplichtingen tegenover individuele gerechtigden in het leven roepen waarover weinig misverstand kan bestaan en waarbij veelal ook geen conflicterende belangen aan de orde zijn, vergelijk bijvoorbeeld de verplichting alle bekende schuldeisers in kennis te stellen van de termijn waarbinnen vorderingen ter verificatie moeten worden ingediend en van de datum van de verificatievergadering (art. 163 Fw) of de verplichting zich te houden aan een door de rechter-commissaris bij het instellen van een afkoelingsperiode ondubbelzinnig aan de curator opgelegde verplichting jegens één van hen jegens wie deze periode is ingesteld (art. 63a Fw).

De maatschappelijke rol van de curator wordt bepaald door het aan hem ‘toevertrouwd’ zijn van de waarneming van verschillende belangen, alsmede zijn ‘neutrale’ positie in het kader van de procedurele afwikkeling van elk faillissement. De aard van de te beoordelen (gevolgen van een) gedraging wordt gevoed door de grondslag van de bevoegdheid van de curator en de

¹⁶ Zie F.M.J. Verstijlen, De faillissementscurator. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de taak, bevoegdheden en persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator, diss. Tilburg, 1998, p. 215 e.v. J.J. van Hees, De integere curator, in: I.P. Asscher-Vonk e.a., Onderneming en integriteit. Serie Onderneming en Recht. Deel 39, Deventer: Kluwer 2007, p. 153 e.v., neemt geen verschil tussen beide aan.

¹⁷ Zie Verstijlen, a.w., p. 216.

¹⁸ Vergelijk C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom 2006, nr. 910.

specificiteit van de (overtreden) norm. Alleen indien deze grondslag schuilt in (het stelsel van) de Faillissementswet, is de door de Hoge Raad geformuleerde bijzondere zorgvuldigheidsnorm aan de orde. Staat zij daarvan los, dan dient de gedraging van de curator te worden beoordeeld aan de hand van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Daarbij is het niet uitgesloten dat een bepaalde gedraging als een gedraging q.q. wordt gezien en derhalve als boedelschuld ten laste van de faillissementsboedel kan komen. Toerekenbaar aan de boedel (en dus boedelschuld) zijn die gedragingen die in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de curator in diens hoedanigheid hebben te gelden. Gebaseerd op HR 25 mei 1990, NJ 1990, 567 (Knabbel en Babel)¹⁹ zou ik menen dat de grens daar ligt waar de curator in zijn handelingen en gedragingen zozeer is afgeweken van het gangbare patroon van handelingen dat volgens de Faillissementswet voor een curator gebruikelijk is dat (in de woorden van de Hoge Raad) ‘de desbetreffende handelingen niet geacht kunnen worden in enig, althans voldoende verband te staan met de functie’ waarin de curator is aangesteld. Te denken valt aan gedragingen gericht op verrijking van zichzelf of van familieleden of verduistering van gelden uit de boedel.²⁰ Ten aanzien van schulden die op basis hiervan ontstaan kan ook niet worden gezegd dat zij (objectief) voortvloeien uit welbewuste taakuitoefening van de curator, dat het ‘noodzakelijk’ was deze kosten op te roepen noch dat zij voor de boedel van ‘nut’ zijn.²¹ Gedragingen die op zich niet van doen hebben met de in het stelsel van de wet besloten taak, maar waarvan de nadelige consequenties toch wel ten laste van de boedel zouden kunnen worden gebracht zijn bijvoorbeeld onzorgvuldige perspublicaties.

6. Gezichtspunten in de Maclou-norm

De Maclou norm komt, zoals uiteengezet, hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.²²

Bij ‘inzicht en ervaring’ lijkt de Hoge Raad aan te haken bij wat in de literatuur wordt begrepen onder ‘kennis en kunde’. Vergelijk Van Dam, die – ter bepaling van het functionele

¹⁹ Waarover uitvoerig: Wessels, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van stichting en vereniging en van hun bestuurders en commissarissen, in: Stichting & Vereniging (Themanummer bestuurdersaansprakelijkheid), 1990, p. 163 e.v.

²⁰ Zie HR 17 april 1959, NJ 1961, 573.

²¹ Zie Wessels Insolventierecht VII (2008), par. 7116.

²² De Maclou-norm accentueert de complexiteit van zijn taak en impliceert dat niet te snel geoordeeld moet worden dat onzorgvuldig gehandeld is, vergelijk ook Busch, Toezichthoudersaansprakelijkheid: de stand van zaken, VrA 2007/3, 57 e.v., mede naar aanleiding van HR 13 oktober 2006, JOR 2006/295 (De Nederlandse Bank / Stichting Vie d’Or).

vergelijkingstype – aangeeft dat ‘kennis en kunde’ niet alleen geobjectiveerd, maar ook gedifferentieerd dient te worden: derden mogen erop vertrouwen dat iemand geen activiteiten onderneemt die hij niet aankan.²³ Zie voorts Verstijlen, die terecht aangeeft dat met een zekere subjectivering rekening mag worden gehouden.²⁴ Een door ervaring gerijpt inzicht speelt immers in insolventiezaken een belangrijke rol bij de rechtbank die in een meer gecompliceerde zaak een meer ervaren curator benoemt, terwijl het aantal praktijkjaren (als ‘advocaat’) respectievelijk ‘de bijzondere ervaring of mate van specialisatie van de curator’ in de Richtlijnen 2005 (aanpassings)factoren vormen voor de honorering van een curator. Inzicht en ervaring zijn noodzakelijke verworvenheden om in die gevallen waarin de curator, die ook contraire belangen moet verenigen, beleidsruimte heeft naar behoren zijn taak te kunnen uitoefenen. De goede curator is ook op de hoogte van de recente stand van rechtspraak en literatuur. Indien deze bronnen een ingenomen standpunt onaannemelijk maakt kan persoonlijke aansprakelijkheid het gevolg zijn. Ik geef als voorbeeld een zaak beslist door Rb. Amsterdam 28 december 2005²⁵, die overweegt dat in een faillissement van een onderneming die zich bezighoudt met het aanbieden van schepen voor verhuur en begeleiding van offshore activiteiten een curator er extra op bedacht moet zijn dat wanneer een persoon een loonvordering ter verificatie bij hem indient, dit een bevoorrechte vordering ex art. 8:211 aanhef en sub b BW kan betreffen. Van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator had vervolgens verwacht mogen worden dat dit voorrecht op de desbetreffende schepen uitgeoefend zou worden en dat hij de bij de verkoop ontvangen opbrengst niet, zonder het voorrecht in acht te nemen, zonder meer aan de banken doorbetaalde. De curator heeft in strijd met art. 57 lid 3 Fw gehandeld en is, met toepassing van de Maclou-norm, persoonlijk aansprakelijk, aldus de rechtbank.

De vaardigheden ‘nauwgezetheid en inzet’ zou ik in het bijzonder willen betrekken op het gehele afwikkelingsproces van de boedel, waarin met voortvarendheid de vereffening tot een einde dient te worden gebracht en voor derden, wier belangen worden behartigd, overzichtelijk en duidelijk is wat er wordt gedaan en dát er wordt gedaan. Indien met inzet aan een vlotte afwikkeling wordt gewerkt zal een mate van onderzoek geoorloofd zijn, die daarbinnen verwacht mag worden: de omvang en diepgaandheid van onderzoek (bijvoorbeeld naar de gerechtigdheid van derden ten aanzien van activa) wordt mede bepaald door de bezwaarlijkheid van het verrichten van onderzoek (al dan niet met behulp van een externe deskundige) binnen de kaders van de aan de afwikkeling bestede tijd (en de mogelijke tijdsdruk) en de toereikendheid van de boedel om kosten voor onderzoek te dragen.

²³ Van Dam, a.w., nr. 203 e.v.

²⁴ Verstijlen, a.w., p. 219.

²⁵ Rb. Amsterdam 28 december 2005, LJN: AU9727; JOR 2006/110.

Een curator, aldus de Hoge Raad in de formulering van de Maclou-norm, behoort te handelen zoals 'in redelijkheid' mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. In redelijkheid dient dan ook, mede in acht genomen de ruimte die een aan de orde zijnde norm laat, de beleids- en beoordelingsruimte die de curator heeft te worden gewaardeerd. Het beleid van de curator wordt niet 'marginaal' beoordeeld, maar ten gronde, zij het met inachtneming van de beleidsruimte, welke minder ruim is indien het wetsvoorschrift ondubbelzinnig is, en ruimer indien de algehele beheerstaak aan de orde is, en mogelijk nog ruimer kan zijn indien de curator in zijn functie als 'neutraal' gerechtelijk bewindvoerder in het perspectief van zijn belangenbehartiging (het primaat van de schuldeisers) ten aanzien van een conflicterend belang (mogelijk met informeel advies van de rechter-commissaris) tot een oplossing komt. Een gebruikelijke benadering door de rechter is die welke het handelen ex tunc beoordeelt, derhalve de handeling of gedraging ten tijde van het verrichten daarvan, in het licht van de zich toen voordoende omstandigheden en gemeten naar het tijdsbeeld, de kennis en de ervaring van toen. Geen wijsheid achteraf ('with hindsight') dus, zie Hof 's-Hertogenbosch 10 februari 2003, JOR 2003/152.26

7. Verschillende toetsnormen?

Omtrent de vraag of de aansprakelijkheid q.q. en die pro verschil bestaat meent A-G Timmerman (in zijn conclusie vóór de Mobell-zaak) dat er niet wezenlijk verschillende maatstaven gelden. Enig verschil ziet hij wel, omdat het bij de aansprakelijkheid pro se om persoonlijke aansprakelijkheid gaat, waarbij het verdedigbaar is dat aan het gestelde criterium juist iets minder snel wordt voldaan dan wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van de boedel voor handelingen die de curator q.q. verricht. Het verschil schuilt zijns inziens in 'persoonlijke verwijtbaarheid', welk aspect in het geval van persoonlijke aansprakelijkheid 'iets zwaarder' zal worden benadrukt dan in geval het gaat om de aansprakelijkheid van de curator q.q. Andere schrijvers zouden evenmin een verschil tussen beide normen willen aannemen.²⁷

De andere benadering is dat de aansprakelijkheid pro se wel verschilt van die van de aansprakelijkheid q.q. Vergelijk bijvoorbeeld Keirse en Verstijlen, die benadrukken dat de aansprakelijkheid q.q. wordt gemeten aan de hand van de maatstaf die geldt voor ieder die (in hoedanigheid) aan het maatschappelijk verkeer deelneemt, terwijl aan de norm voor

²⁶ Vergelijk ook zo Van Dam, a.w., nr. 903.

²⁷ Zie bijvoorbeeld H. Th. Bouma, *Arme curatoren*, in: *Variatie in cassatie* (Opstellenbundel H.A. Groen), 2006, p. 48, en T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Universiteit van Amsterdam, 2007, p. 182.

persoonlijke aansprakelijkheid inherent is de weging of de curator met het oog op de belangen van de boedel verdedigbaar heeft gehandeld.²⁸ De aansprakelijkheid q.q. is een gewone onrechtmatige daads-aansprakelijkheid, die aan de maatstaven van art. 6:162 BW wordt getoetst. In de Mobell-zaak gebruikt de Hoge Raad – enigszins verwarrend – de Maclou-norm om aan de normen van art. 6:162 BW nadere betekenis te geven. Ook ik meen dat het genoemde verschil wel een rol kan spelen, zowel ter bepaling van de inhoud van de norm als ten aanzien van de consequenties van overtreding ervan. Bij de norm voor persoonlijke aansprakelijkheid is inderdaad van belang ‘of de curatoren met het oog op de belangen van de boedel verdedigbaar hebben gehandeld’.²⁹ Ten aanzien van bedoelde consequenties kan het verschil in normstelling bijvoorbeeld tot uiting komen bij het rechterlijk matigingsrecht ten aanzien van de toekenning van schadevergoeding (art. 6:109 BW). De ‘aard van de aansprakelijkheid’ kan immers een matigingsfactor zijn, waarbij volgens de wetshistorie de aansprakelijkheid buiten schuld eerder tot matiging aanleiding kan geven.³⁰

8. Curator en voortzetting van de onderneming

Wanneer de curator handelt zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, kan hem niets verweten worden.³¹ Uit de rechtspraak blijkt dat er jaarlijks diverse gevallen zijn waarbij de curator niet of onvoldoende aan de Maclou-norm voldoet.³²

Ik bespreek enkele recente gevallen waarin de voortzetting van de onderneming gedurende insolventie aan de orde is. Eerst enige achtergrond. Faillissement wordt uitgesproken indien de schuldenaar is opgehouden te betalen (art. 1 Fw). Daaraan ligt wellicht een tijdelijk liquiditeitsprobleem ten grondslag, maar de problematiek kan veel structureler van aard zijn: te ‘duur’ financieringsarrangement, sociale tegenstellingen in het bedrijf, topzware bestuursstructuur en een niet adequaat besluitvormingsproces, verouderd materieel, onvoldoende innovatieve of veel te kostbare research ter verbetering van producten of

²⁸ A.L.M. Keirse en F.M.J. Verstijlen in hun bespreking van de Mobell-zaak, HR 19 december 2003, in NTBR 2004, p. 396 e.v.

²⁹ In nuanceer mijn standpunt verwoord in Wessels Insolventierecht IV (2008), par. 4249b, niet (zoals Keirse en Verstijlen, t.a.p. doen) op basis van HR 21 februari 1992, NJ 1992, 321 (Van Gastel q.q. / Elink Schuurman q.q.), maar op basis van HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (Sigmacom II), hiervoor in de hoofdttekst aangehaald in par. 3.

³⁰ Parl. Gesch. Boek 6 Nieuw BW, p. 452.

³¹ Zie Rb. Rotterdam 21 juni 2007, LJN: BA7835; Rb. Rotterdam 21 juni 2007, LJN: BA7836.

³² Voor overzichten, zie Princen, a.w., p. 121 e.v., en Wessels Insolventierecht IV (2008), par. 4251 e.v.

diensten, internationale valutaproblemen dan wel een tegenzittende markt (producten of diensten waarnaar onvoldoende vraag is als gevolg van snel wijzigende consumentensmaak): in de aard van het ondernemen ligt besloten dat de curator enige tijd moet worden gegund om naar de juiste methode voor het nastreven van de hoogste opbrengst te streven.³³ Vooral in een dergelijk faillissement spelen de meest essentiële elementen van het curatorschap: (a) het behartigen van toevertrouwde belangen, (b) het afwegen en zo mogelijk overbruggen of verenigen van tegenstrijdige belangen, en (c) in de keuze van zijn beslissingen óók rekening houden met belangen van maatschappelijke aard. Ontdaan van franje dienen twee alternatieven zich aan: het going concern verkopen van (een samenhangend deel van) de onderneming – ‘redden’ c.q. ‘doorstarten’ – dan wel de bedrijfsactiviteiten beëindigen en de activa ‘los’ te gelde maken en de verplichtingen conform het systeem van de wet afwickelen. In zijn overwegingen moet hij tal van financiële, bedrijfseconomische, juridische, fiscale en sociale belangen voor de keuze van een scenario wegen en de rug recht te houden bij het soms ook opportunistisch gedrag van het zittende management. In dit lastige krachtenveld heeft de curator de leiding. Indien vast staat dat de door een koper geboden prijs ‘goed’ is en dat de verkoop op korte termijn kan plaatsvinden is een ‘going-concern-verkoop’ in een branche waar goodwill-voordelen snel verdampen gerechtvaardigd. De curator kiest voor het zekere en behoorlijke bod en begeeft zich niet in het ongewisse door aan een derde informatie te verschaffen enkel met het oog op een mogelijk hogere opbrengst. Een curator moet zich niet alleen door een zo hoog mogelijke opbrengst laten leiden maar ook met andere belangen rekening houden, zoals de maatschappelijke belangen verbonden aan de continuïteit van het over te dragen bedrijf en de daaraan verbonden werkgelegenheid, zoals in casu waarbij de curator onweersproken heeft gesteld dat bij verkoop aan de potentiële koper de werkgelegenheid van een aanzienlijk deel van het personeel van de gefailleerde onderneming is gewaarborgd, terwijl dat bij een mogelijke verkoop aan bedoelde derde onzeker is.³⁴ Het kan echter fout gaan. Een binnen de grenzen van zijn beleidsvrijheid functionerende curator, die over voldoende inzicht en ervaring beschikt en die met nauwgezetheid en inzet zijn taak verricht, kan persoonlijk aansprakelijk worden gesteld indien hij beslissingen neemt die onvoldoende gegrond zijn op een analyse van de staat van de onderneming respectievelijk een prognose van het resultaat van zijn beslissingen. De goede curator – bijna altijd één die alleen een juridische achtergrond heeft – zal zich bij het nemen van beslissingen op dit terrein reeds snel moeten doen voorzien van bijstand van een deskundige op bedrijfseconomisch terrein dan wel een (andere) expert met voldoende inzicht en ervaring in bijvoorbeeld

³³ Zie bij wijze van voorbeeld L. Deterink e.a., *Onderzoek naar de oorzaken van het faillissement van Fokker*, Deventer (1997).

³⁴ Vergelijk Vznr. Rb. Arnhem 21 september 2005, JOR 2005/288.

marktomstandigheden of financiering. Uit de rechtspraak volgt dat in het algemeen persoonlijke aansprakelijkheid is aangewezen:

-omdat ‘... uit niets is gebleken dat (de curator; Wess.) zijn besluit mede heeft genomen op grond van cijfermatige gegevens, zoals een exploitatieprognose en een liquiditeitsprognose’;³⁵

-omdat sprake is van onvoldoende gefundeerde besluitvorming en onvoldoende financiële voortgangsbewaking;³⁶

- omdat de voortzetting van de gefailleerde onderneming met het oog op het vergaren van inkomsten c.q. gelden om een akkoord aan te kunnen bieden de beleidsvrijheid van de curator te buiten gaat;³⁷

- omdat de curator in grote haast is ingegaan op de hem door de beherend vennoot voorgestelde activatransactie, kennelijk zonder bij een derde (bijvoorbeeld bij de stille vennoot) enige informatie in te winnen, en daarbij dus blind te varen op de door de koper verstrekte informatie omtrent de waarde van de door de koper te verwerven activa.³⁸

9. Voorontwerp Insolventiewet

Zoals in de inleiding aangehaald kent artikel 1.1.2 (“Doel”) Voorontwerp Insolventiewet de regel: ‘Heeft de schuldenaar een onderneming, dan wordt deze zoveel als mogelijk behouden.’ Een insolventieprocedure strekt tot tegeldemaking van het gehele vermogen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers of tot sanering van de schulden van de schuldenaar. Evenals in de huidige Faillissementswet staat in de Insolventiewet de behartiging van de verhaalsbelangen van de gezamenlijke schuldeisers voorop. Dat het belang van de schuldeisers voorop wordt gesteld, houdt echter geen principiële keuze in voor liquidatie van het vermogen van de schuldenaar boven reorganisatie van de schuldenpositie van de schuldenaar: ‘Waar dat vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is, dient het insolventierecht ruimte te bieden voor

³⁵ Zie Rb. Haarlem 9 januari 1996, TvI-N 1996, p. 19 e.v

³⁶ Vergelijk Rb. Utrecht 17 maart 1999, JOR 1999/117. Kennelijk anders Rb. Utrecht 2 juli 2003, JOR 2003/273, overwegend dat geen rechtsregel ertoe verplicht dat de curator, bij de voorgenomen verkoop van het belangrijke actief van de vennootschap een taxatie door een onafhankelijke derde te laten verrichten, omdat de prijs ‘niet wordt bepaald door het oordeel van een deskundige over de waarde van die zaak, maar door hetgeen de koper bereid is ervoor te betalen.’

³⁷ Rb. Haarlem 16 februari 2005, JOR 2005/220.

³⁸ Zie Hof Arnhem 6 februari 2007, LJN: AZ9951 (bekrachtigend Rb. Arnhem 21 juli 2004, JOR 2004/333, nt. Van Hees), waarbij het hof ook aangeeft wat onder de gegeven omstandigheden van de curator had mogen worden verwacht. In casu heeft de curator jegens de stille vennoot zowel q.q als pro se onrechtmatig gehandeld en ‘is hij daarom zowel in hoedanigheid als persoonlijk aansprakelijk voor de schade die daarvan het gevolg is.’

reorganisatie. Deze kan plaatsvinden door het reduceren van de schulden van de rechtspersoon, waarbij de rechtspersoon voortbestaat, of door de onderneming of delen daarvan over te dragen, waarbij de rechtspersoon wordt geliquideerd. Een combinatie van deze twee mogelijkheden is eveneens denkbaar. Een reorganisatie dient evenwel niet ten koste te gaan van de belangen van het collectief van de schuldeisers. Een reorganisatie is bezwaarlijk te rechtvaardigen indien daarbij de gezamenlijke schuldeisers in betekende mate minder ontvangen dan in geval van liquidatie. In de gevallen waarin reorganisatie van de onderneming van de schuldenaar vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is – hetzij in de vorm van sanering van de schuldenpositie van de schuldenaar door middel van een akkoord (in of buiten insolventie), hetzij in de vorm van reorganisatie van de onderneming door middel van overdracht van (delen van) de onderneming aan een derde –, dient voortijdige ontmanteling van de onderneming van de schuldenaar te worden voorkomen.’³⁹

De doelstelling om ondernemingsreorganisatie degelijke kansen te bieden, alsmede andere doelstellingen (bijvoorbeeld tijdige en betere informatie aan schuldeisers, alsmede specifieke bevoegdheden van derden, waaronder schuldeisers) heeft tot gevolg dat in het Voorontwerp het aantal momenten waarop rechten van derden (in het bijzonder die van schuldeisers) kunnen botsen met de door de bewindvoerder voorgenomen uitoefening van zijn taak. In omvang zijn toegenomen. Ook de ondernemingsvoortzetting brengt voor hem rechten en verplichtingen mee. De bewindvoerder onderzoekt zo spoedig mogelijk de oorzaken van de insolventie en, indien de schuldenaar een onderneming heeft, de mogelijkheid om deze geheel of gedeeltelijk voort te zetten. Hij brengt van zijn bevindingen binnen drie weken na de insolventverklaring verslag uit aan de schuldeiserscommissie en de rechter-commissaris (art. 4.2.9). De toestemming voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar of een onderdeel daarvan vanaf een maand na de insolventverklaring wordt ten hoogste voor één jaar verleend, maar de duur van de voortzetting kan tot maximaal drie jaar uitlopen (art. 4.2.10 lid 1)⁴⁰, maar de rechter-commissaris kan op verzoek van een schuldeiser, de schuldeiserscommissie of de schuldenaar gelasten dat de voortzetting van de onderneming geheel of gedeeltelijk wordt gestaakt (art. 4.2.11).

Indien de periode van ondernemingsvoortzetting tot drie jaar verlengd kan worden is het duidelijk dat de insolventiebewindvoerder die gedurende insolventie een reorganisatie doorvoert voor tal van beslissingen en keuzen te staan, waarvoor in gewone omstandigheden

³⁹ Gesch. Voorontwerp, p. 137 e.v.

⁴⁰ In de Toelichting wordt de ondernemingsvoortzetting als een (voorwaardelijke) bevoegdheid beschouwd, want wel ‘geldt als voorwaarde dat de bewindvoerder redelijkerwijze mag aannemen dat voortzetting in het belang van de boedel is. Indien de bewindvoerder weet dat hij de boedelschulden die door de voortzetting ontstaan, niet zal kunnen voldoen, dient hij van voortzetting af te zien’, zie de Toelichting bij art. 4.2.10, Parl. Gesch. Voorontwerp, p. 289.

elk ondernemingsbestuur komt te staan. Dient dit handelen nu ook door de Maclou-norm te worden beheerst? Brengt de specifieke complexiteit van ondernemingsvoorzetting gedurende insolventie niet met zich dat deze norm van een beperking of een uitzondering dient te voorzien of zelfs dat zij geheel door een andere moet worden vervangen?

10. Norm voor aansprakelijkheid

De thans toegepaste beoordelingsmaatstaf krijgt gestalte in de norm die de Hoge Raad aanlegt aan het zorgvuldig functioneren van een faillissementscurator, kortweg: handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Heeft deze bij de ondernemingsvoorzetting gehandeld in overeenstemming met de wijze waarop een “modelbewindvoerder” (of: de geobjectieveerde, gemiddelde bewindvoerder), geplaatst in dezelfde omstandigheden, zou hebben gehandeld? Het Voorontwerp sluit aan bij de door de Hoge Raad geformuleerde Maclou-norm en acht deze kennelijk veerkrachtig genoeg om ook in de problematiek van de ondernemingsvoorzetting gedurende insolventie toegepast te kunnen worden.

Voor het geval dat het boedelbeheer ondernemingsvoorzetting behelst en de beleidsruimte van de curator aanzienlijk is heeft Verstijlen⁴¹ betoogt dat de aan hem gestelde norm van het beschikken over voldoende inzicht en ervaring en het met nauwgezetheid en inzet verrichten van zijn taak niet wezenlijk anders is dan de norm die aan een bestuurder van een rechtspersoon wordt gelegd, met als voorbeeld: het aangaan van schulden, terwijl de bestuurder wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen (het zogenaamde ‘Belklamel’-criterium, zie HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286).⁴² Van Schilfgaarde⁴³ heeft tegengeworpen dat een curator altijd curator blijft en nooit ondernemer wordt. Dat is echter de issue niet, omdat het gedrag van de curator wordt vergeleken met een ‘imaginary third man’, of beter wellicht, een ‘imaginary third norm’, namelijk die welke voor de vaststelling van bestuurdersaansprakelijkheid wordt gehanteerd. Met Verstijlen⁴⁴ meen ik echter dat voorshands niet valt in te zien waarom de curator (met toepassing van de Maclou-norm) strenger zou moeten worden behandeld dan de bestuurder. Van een bestuurder mag worden verwacht dat hij beslissingen neemt op basis van kennis van en inzicht in de volledige

⁴¹ Verstijlen, a.w., p. 234 e.v.

⁴² Voor een recente toepassing: Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2007, LJN: BC1129; JOR 2008/30

⁴³ Annotatie onder HR 27 november 1999, NJ 1999, 685.

⁴⁴ NTBR 2000, p. 112.

financiële administratie en de beschikbare overige managementinformatie. Indien een bewindvoerder is benoemd komt het in solventiesituaties natuurlijk voor dat die informatie onvolledig, onduidelijk, verborgen of vertrokken is, omdat de dreiging van insolventie voor ‘key’ personeel vaak het sein is naar een andere baan uit te zien. De bewindvoerder zal het vertrouwen moeten winnen van werknemers, leden van de raad van commissarissen en het bestuur, van het zittende management, van financiers en aandeelhouders en dat in een omgeving waarin belangen van de diverse stakeholders bijna als vanzelfsprekend tegengesteld zullen zijn. Indien de bewindvoerder op deze wankelende basis een beslissing moet gronden die tegemoetkomt aan de wens van de Voorontwerp-gever om het bedrijf voort te zetten, zal hij – met het oog op een dreigende aansprakelijkstelling – geneigd zijn van een beslissing afzien. Dit gedrag staat haaks op het doel dat het Voorontwerp beoogt te bereiken. Josephus Jitta heeft in 2003 de vergelijking getrokken tussen een door de Ondernemingskamer (OK) van Hof Amsterdam ex art. 2:356 aanhef en onder c BW benoemde tijdelijke bestuurder. De overeenstemmende kenmerken van de taken van een curator enerzijds en een tijdelijk bestuurder anderzijds brengt hem ertoe te opperen om de aansprakelijkheid van de curator op één lijn te brengen met die van de tijdelijk bestuurder, zodat het handelen van de laatste mede wordt getoetst aan hetgeen in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende door de OK benoemde bestuurder (of commissaris) die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.⁴⁵ Met het oog op het Voorontwerp sluit Van der Meer zich bij deze benadering aan.⁴⁶

11. Een Duits voorstel

In Duitsland is onlangs voorgesteld om de aansprakelijkheid van een curator (‘Verwalter’) in een geval van een door § 22(1)(2) Insolvenzordnung (InsO) geboden ‘Unternehmensfortführung’ te toetsen aan de Business Judgment Rule. Deze idee brengt de auteurs ertoe om voor te stellen aan § 60 InsO (‘Haftung des Insolvenzverwalters’) een regel toe te voegen, die luidt: ‘Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Insolvenzverwalter

⁴⁵ M.W. Josephus Jitta, De aansprakelijkheid van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Serie Onderneming en Recht, Deel 25, Deventer: Kluwer 2003, p. 468. Zie ook Josephus Jitta, annotatie onder Hof Amsterdam (OK) 14 december 2007, JOR 2008/34. Het betoog van Josephus Jitta wordt gesteund door A.R.J. Croiset van Uchelen, Verlengstuk van de vennootschap of van de rechter? De positie van door de Ondernemingskamer benoemde bestuurders en commissarissen, in: M. Holtzer e.a. (red.), Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2007-2008, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, Deel 97, Deventer: Kluwer 2008, p. 189 e.v.

⁴⁶ J.A. van der Meer, De persoonlijke aansprakelijkheid van de bewindvoerder in het Voorontwerp van de nieuwe Insolventiewet, *Journal Insolventie, Financiering & Zekerheden* 2008, p. 39 e.v.

im Rahmen der Unternehmensfortführung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information im Interesse der Masse zu handeln'.⁴⁷ De Business Judgment Rule is vorig jaar in de Nederlandse rechtsliteratuur geïntroduceerd⁴⁸ en voor het Nederlandse enquêterecht is haar toepassing ook verdedigd.⁴⁹ De Business Judgment Rule is een rechterlijke werkmethode om te toetsen of – in het vennootschapsrecht van Delaware – het ondernemingsbestuur zich aan haar plichten jegens vennootschap en aandeelhouders heeft gedragen. De rule functioneert als een aansprakelijkheidsverweer ten behoeve van het bestuur van de vennootschap. Zij heeft, kort gezegd, betrekking op het ondernemingsbeleid (niet het vennootschappelijk beleid), waarbinnen een ruime mate van beleidsvrijheid bestaat, met een zeer terughoudende rol voor rechterlijke toetsing, nu bedoeld ondernemingsbeleid ook vrijheid impliceert, in het bijzonder ten aanzien van het nemen van risico's. Uitgangspunt is dat het bestuur in beginsel zorgvuldig heeft bestuurd, maar dat de aansprakelijk stellende partij dit vermoeden op basis van feiten kan ontkrachten. De Business Judgment Rule beschermt tegen rechterlijke toetsing of bemoeienis: 'weet de eisende partij niet aan te tonen dat sprake is van grof nalatige voorbereiding van de zakelijke beleidsafweging of van een zakelijke beleidsafweging die qua inhoud werkelijk ieder rationeel zakelijk doel ontbeert, dan eindigt daar de rechterlijke toetsing.'⁵⁰

12. Maclou-norm revisited?

Verdiend het aanbeveling ook voor Nederland een voorstel van een dergelijke strekking te doen? Ik stel voorop dat de Duitse context een ander is dan de Nederlandse. Aldaar kent het vennootschapsrecht sedert 1 december 2005 voor de bestuurdersaansprakelijkheid in § 93 Aktiengesetz (AktG) de Business Judgment Rule⁵¹, zodat het stellen van de vraag of deze op de curator bij ondernemingsvoortzetting in insolventiesituaties past voor de hand ligt. Voorts valt te bedenken bij insolventie het toezicht van de Duitse rechter op de curator zich beperkt

⁴⁷ Christian Berger / Michael Frege, Business Judgment Rule bei Unternehmensfortführung in der Insolvenz – Haftungsprivileg für den Verwalter?, in: ZIP 5/2008, p. 204 e.v.

⁴⁸ B.F. Assink, Rechterlijke toetsing van bestuurlijk gedrag, diss. Rotterdam, 2007.

⁴⁹ B.F. Assink, Kan de Delaware business judgment rule wat betekenen voor het Nederlandse vennootschapsrecht, specifiek het enquêterecht?, in: Ondernemingsrecht 2008-6, p. 230 e.v. De Sociaal-Economische Raad (SER) heeft in zijn advies dd. 15 februari 2008 over evenwichtig ondernemingsbestuur de wens uitgesproken te streven naar een terugdringing van de invloed van de rechtspraak van de OK op de Nederlandse beursvennootschap, onder meer door introductie van de business judgment rule in het enquêterecht. Bartman en Holtzer, Evenwichtig ondernemingsbestuur in de polder, TvOB 2008-3, p. 57 e.v., betonen zich op dit punt kritisch.

⁵⁰ B.F. Assink, in: Ondernemingsrecht 2008-6, p. 232 e.v.

⁵¹ Zie Marcus Lutter, Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 18/2007, p. 841 e.v.

tot ‘Rechtsaufsicht’ en de controle van de doelmatigheid van het handelen van de curator in handen van de crediteuren ligt (§ 69 InsO). In Nederland is momenteel het toezicht een taak van de rechter-commissaris (art. 64 Fw) en dit toezicht heeft betrekking op de rechtmatigheid van beheer- en vereffeningshandelingen (handelt de curator overeenkomstig de wet), de doelmatigheid van die handelingen (zijn de maatregelen van de curator gericht op de hoogste opbrengst voor de boedel; zijn zij kosteneffectief), alsook op de doelgerichtheid (dragen de handelingen van de curator bij aan het doel van een efficiënt verloop van de vereffening van de boedel).⁵² Hoewel in het Voorontwerp aan de crediteuren een meer geprononceerde toezichthoudende rol wordt toegedicht, blijft een groot deel van het toezicht, zij het meer op het aspect van het rechtmatige gericht, bij de rechter-commissaris.⁵³ Een aspect dat aandacht verdient is dat de aansprakelijkheid van de curator in Duitsland een specifieke wettelijke regeling kent. Het is niet onlogisch voor door de curator te nemen ondernemingsbeslissingen dan aan een vorm van een beperking of uitzondering te denken. Duidelijk is – hoewel afbakingen soms lastig zullen zijn – dat de bijzondere regel in het Duitse voorstel alleen betrekking heeft op ondernemingsbeslissingen, niet op handelingen van de curator die samenhangen met zijn (bijzondere) wettelijke verplichtingen of met typisch procedurele handelingen. Voorshands zou ik menen dat de Maclou-norm voldoende elastisch is om de bewindvoerder tegen unfaire aansprakelijkheid te beperken. Het element ‘inzicht en ervaring’ (in de zin van ‘kennis en kunde’) betekent dat de bewindvoerder in zijn ondernemersrol geen activiteiten verricht die hij niet aankan. Het nemen van risico is inherent aan ondernemen, dus het nemen van verantwoord risico kan niet tot aansprakelijkheid leiden. Wanneer deze risico’s weloverwogen en goed gedocumenteerd zijn genomen dan zou ik menen dat hij de hem toevertrouwde belangen naar behoren heeft waargenomen en de curator tegen aansprakelijkheid gevrijwaard is. Vergelijk het eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad uit 1933.⁵⁴ Ook het element ‘in redelijkheid’ (zie par. 6 slot) gebiedt om in het licht van omstandigheden recht te doen aan de beleidsruimte van de bewindvoerder. Het perspectief bij die beleidsruimte is echter niet dat de bewindvoerder (als “ondernemer”) recht doet aan het belang van de vennootschap en de continuïteit van de onderneming, dat het richtsnoer vormt van vennootschapsrechtelijk bestuurlijk handelen. Het perspectief van de bewindvoerder (als “ondernemer”) wordt gevormd door het in het Voorontwerp Insolventiewet vastgelegd doel, waarbij de evenwichtige behartiging van de belangen van schuldeisers centraal staat.

⁵² Vergelijk B. Wessels, Toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel, Maandblad voor Vermogensrecht 2007, p. 262 e.v.

⁵³ Vergelijk A.R. van der Winkel, Toezicht in het Voorontwerp, in: J.A. van de Hel e.a. (red.), Het Voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 151 e.v.

⁵⁴ Zie HR 26 mei 1933, NJ 1933, p. 870 e.v., nt. EMM.

Het is een kwestie van keuze of de Maclou-regel expliciet in het Voorontwerp zou moeten worden opgenomen. Het blijkt dat de toepassing van de Macou-norm in het algemeen goed aan de rechtspraak kan worden overgelaten, maar de insolventiepraktijk zoekt voorspelbaarheid en zekerheid in de vorm van duidelijke plechtankers in de wet, hetgeen ik goed begrijp.⁵⁵ De aangelegde norm mag immers niet boven-menselijk zijn⁵⁶, ook niet in haar kenbaarheid.

⁵⁵ In een iets ander verband schreef ik: ‘Veel insolventierecht is praktijkrecht en de praktijk zoekt ondubbelzinnig houvast in de vorm van bakens voor behoorlijk bestuur door bewindvoerders, óók al kan het resultaat vaak volgen uit het meer elastische vermogensrecht’, zie B. Wessels, *Belangenstrijd in het insolventierecht*, Afscheidrede VU Amsterdam, 2008, par. 8, zie <http://hdl.handle.net/1871/12787>.

⁵⁶ Vergelijk T.Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Oratie Leiden, 1997, p. 53; H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en Compromis*, Deventer: Kluwer 2007, p. 65 e.v.