



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Tijd voor grenzen aan de gereedschapskist van de curator? Een nadere invulling van de behoorlijkheidsnorm voor curatoren bij het aansprakelijk stellen van bestuurders

Pool, J.M.W.

Citation

Pool, J. M. W. (2024). Tijd voor grenzen aan de gereedschapskist van de curator?: Een nadere invulling van de behoorlijkheidsnorm voor curatoren bij het aansprakelijk stellen van bestuurders. *Maandblad Voor Vermogensrecht*, 2024(4), 139-148.
doi:10.5553/MvV/157457672024034004003

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4108879>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Tijd voor grenzen aan de gereedschapskist van de curator?

Een nadere invulling van de behoorlijkheidsnorm voor curatoren bij het aansprakelijk stellen van bestuurders

*Mr. dr. J. M. W. Pool**

1 Inleiding

De afgelopen jaren liggen curatoren steeds vaker onder vuur. Regelmatig klinkt het verwijt dat curatoren onterecht en alleen voor hun eigen gewin bestuurders aansprakelijk stellen. Zo wordt curatoren in de media regelmatig verweten geld te hebben ‘verbrand’ aan bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures, zonder dat dit uiteindelijk leidt tot enig voordeel voor de gezamenlijke schuldeisers.¹ Ook in de literatuur klinkt de nodige kritiek op de mogelijkheden die curatoren hebben om bestuurders aansprakelijk te stellen.²

De kritiek ziet met name op de bewijslastverdeling tussen curatoren en bestuurders in bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures op grond van art. 2:138/248

BW. Vele voorstellen tot aanpassing van dat artikel zijn de revue gepasseerd, die alle tot doel hebben te voorkomen dat bestuurders onterecht worden geconfronteerd met hoofdelijke aansprakelijkheid voor het boedeltekort (zie par. 3.4). In dit artikel betoog ik dat aanpassing van het artikel er niet voor zorgt dat er voldoende waarborgen zijn om bestuurders te beschermen tegen onredelijke consequenties. Ik zoek de oplossing dan ook niet in aanpassing van het artikel zelf, maar in verscherping van de behoorlijkheidsnorm die curatoren in acht moeten nemen bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties.

Het artikel is als volgt opgebouwd. Ik begin met een korte uiteenzetting van de wettelijke regeling van bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement (par. 2). Vervolgens ga ik in op de huidige behoorlijkheidsnorm voor curatoren bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties (par. 3), waarbij ik inzicht geef in de potentiële belangenconflicten en *biases* van curatoren bij (de voorbereiding van) bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures (par. 4). Ik bespreek de in de literatuur geopperde mogelijkheden om de bevoegdheden van de curator te beperken, om vervolgens een concreet voorstel te doen om nader invulling te geven aan de behoorlijkheidsnorm voor curatoren bij het aansprakelijk stellen van bestuurders, waarbij ik inspiratie put uit de tegenstrijdigbelangregels die we kennen in het ondernemingsrecht (par. 5).

2 Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement

2.1 Doel en achtergrond van de wettelijke regeling

Curatoren hebben verschillende mogelijkheden om bestuurders aansprakelijk te stellen. Zo kan een curator namens de vennootschap het bestuur aanspreken vanwege onbehoorlijk bestuur op grond van art. 2:9 BW, namens de vennootschap of ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren een bestuurder op grond van art. 6:162 BW aansprakelijk stellen wegens onrechtmatig handelen en/of het bestuur ten behoeve van de boedel op grond van art. 2:138/248 BW aanspreken vanwege kennelijk onbehoorlijk bestuur dat een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

* Mr. dr. J.M.W. Pool is universitair docent ondernemings- en insolventierecht aan de Universiteit Leiden.

De auteur bedankt student-assistent Maud Schenk voor haar hulp bij de voorbereiding van dit artikel.

1 J. Polman, Imtech transactie zorgt voor bonje in curatorenland, fd.nl 20 september 2023. Zie ook C. Couwenbergh & J. Polman, Wanneer kan het Imtech boek eindelijk dicht?, fd.nl 2 november 2023. Curatoren liggen in de media wel vaker onder vuur, zie bijv. D. Mijnheer, Het extreme verdienmodel van curatoren, ftm.nl 26 september 2015 en J. Polman, Curatoren Imtech en topadvocaten De Brauw clashen over ‘graai-gedrag’, fd.nl 2 november 2020.

2 Zie bijv. P. van Schilfgaarde, De aansprakelijkheid van bestuurders bij faillissement van de vennootschap volgens art.138 (248) nieuw Boek 2 BW, WPNR 1981, afl. 5575, p. 568-572; H. Beckman, Administratie en openbaarmaking jaarrekening in het licht van boedelaansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen, TVVS 1998, afl. 12, p. 353-361; M.J. Kroeze & J.B. Wezeman, De openbaarmakingsplicht en aansprakelijkheid in faillissement, in: M.J. Kroeze e.a. (red.), Verantwoording aan Hans Beckman. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H. Beckman ter gelegenheid van zijn 25-jarig jubileum als hoogleraar aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, Deventer: Kluwer 2006, p. 325-336; S.M. Bartman, Administratieplicht en Insolventiewet, WPNR 2009, afl. 6783, p. 72-76; W.J.M. van Andel, Hoe crisisbestendig is art. 2:138/248 lid 2 BW?, TvI 2010/1; Y. Borrius, Schending publicatieplicht: bewijsvermoeden te bezeugen, in: P.W. Schreurs e.a. (red.), De gereedschapskist van de curator. Insolad Jaarboek 2015, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 23-48; J.B. Wezeman, Het mechanisme van art. 2:248 lid 2 BW, in: B.F.J. Assink (red.), De vele gezichten van Maarten Kroeze’s bange bestuurders, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 463-470; V. Timmerman, Ernstige verwijten over ernstig verwijt, Ondernemingsrecht 2019, afl. 5, p. 245.

Art. 2:138/248 BW is geïntroduceerd als onderdeel van de derde antimisbruikwet en heeft als doel het tegengaan van misbruik van rechtspersonen.³ Doel van de regeling was om het voor curatoren eenvoudiger te maken om bestuurders aansprakelijk te stellen door de bewijslast te verlagen, hetgeen ook weer ten goede zou moeten komen aan de preventieve werking van de regeling.⁴ Curatoren zouden zo een sterkere positie krijgen tegenover malafide bestuurders van een vennootschap.⁵ De gedachte achter deze versterking van de positie van de curator is dat schuldeisers ‘die een zeker risico lopen wanneer zij zaken doen met rechtspersonen onder uitsluiting van de persoonlijke aansprakelijkheid van de achter deze rechtspersonen staande natuurlijke personen (in het normale handelsverkeer waar dergelijke rechtspersonen veelal domineren, hebben crediteuren vaak geen keus), in geval van misbruik van rechtspersonen een sterkere bescherming dienen te krijgen dan die welke voortvloeit uit de normale norm van de onrechtmatige daad’.⁶

2.2 Art. 2:138/248 BW

Kort samengevat is het bestuur op grond van art. 2:138/248 lid 1 BW jegens de boedel aansprakelijk voor het faillissementsstekort indien het bestuur (1) zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en (2) die kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement.

Het eerste vereiste, de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling, ziet op de verweten gedraging van het bestuur. Van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling kan (slechts) worden gesproken wanneer geen redelijk denkend bestuurder in de gegeven omstandigheden zo zou hebben gehandeld.⁷ Een enkele (achteraf gebleken) foutieve beslissing is niet voldoende om van kennelijk onbehoorlijk te spreken. Het moet gaan om een onmiskenbare onbehoorlijke taakvervulling.⁸

Het tweede vereiste is dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak moet zijn geweest van het faillissement. De curator hoeft slechts aannemelijk te maken (en dus niet te bewijzen) dat het kennelijk onbehoorlijke bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Wat een belangrijke oorzaak is, hangt af van de omstandigheden van het geval. Het is niet noodzakelijk dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling de enige oorzaak is geweest van het faillissement. Tegelijkertijd moet het kennelijk onbehoorlijk bestuur om te kwalificeren als belangrijke oorzaak meer zijn dan alleen een medeoorzaak. Ook een *conditio sine qua non*-verband is onvoldoende om van een belangrijke oorzaak te spreken. Tegelijkertijd is ook niet nodig dat het kennelijk onbehoorlijk be-

stuur het faillissement in overwegende mate heeft veroorzaakt.⁹

Zoals gezegd is het artikel onderdeel van de antimisbruikwetgeving. Aangezien de oude bepaling nauwelijks werd gebruikt vanwege de zware bewijslast die op de curator rustte, komt art. 2:138/248 BW de curator daarbij in twee opzichten tegemoet.¹⁰ Zo is ten eerste de omvang van de schade wettelijk gefixeerd. Wanneer het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld, en het aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, dan is het bestuur aansprakelijk voor het (volledige) faillissementstekort in plaats van alleen voor de door hem veroorzaakte schade. De curator hoeft het causale verband tussen de gedraging en de schade dus niet te bewijzen.

Ten tweede is de bewijslast voor de curator verlicht. De regeling introduceerde daartoe twee bewijsvermoedens, neergelegd in lid 2 van art. 2:138/248 BW. Wanneer blijkt dat het bestuur niet aan de administratieplicht (art. 2:10 BW) of aan de deponeringsplicht (art. 2:394 BW) heeft voldaan, staat vast dat het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is geweest van het faillissement (lid 2). Het is vervolgens aan de bestuurder om het tegendeel te bewijzen en aannemelijk te maken dat andere feiten of omstandigheden dan de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest.¹¹

De administratieplicht houdt in dat het bestuur op zodanige manier administratie moet voeren dat er te allen tijde inzicht moet zijn in de rechten en verplichtingen van de rechtspersoon.¹² De deponeringsverplichting houdt in dat het bestuur verplicht is de jaarrekening binnen dertien maanden na afloop van het boekjaar te publiceren. Een onbelangrijk verzuim wordt niet in aanmerking genomen.¹³

Wanneer de curator erin slaagt aan te tonen dat het bestuur niet aan de administratieverplichting of de deponeringsverplichting heeft voldaan, en het bestuur er niet in slaagt het causaliteitsvermoeden te weerleggen, is het bestuur vanwege kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk voor het gehele boedeltekort.

3 Stb. 1986, 275. Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/454.

4 Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 3.

5 Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 1.

6 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/454.

7 HR 8 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2053, NJ 2001/454 (Panmo).

8 Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/457.

9 HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2370 (Geocopter). Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/458.

10 Kamerstukken II 1980/81, 16631, nr. 3, p. 1-3. Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/453.

11 HR 30 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA6773, NJ 2008/91 (Blue Tomato).

12 Zie ook HR 11 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0994 (Brens q.q./Sarpier), waarin een nadere invulling is gegeven aan de administratieplicht. Voor meer informatie over de invulling van de administratieplicht zie C.M. Harmsen, Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort (diss. Nijmegen; Onderneming en Recht nr. 115), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

13 Zie HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7189, JOR 2013/300 (Bobo/König q.q.).

De rechtvaardiging van de bewijsvermoedens is er volgens de wetgever in gelegen dat deze twee verplichtingen moeten worden gezien als kerntaken van het bestuur, waardoor schending ervan volgens de wetgever altijd kennelijk onbehoorlijk bestuur oplevert.¹⁴ Bovendien zou de naleving van deze normen bijdragen aan transparantie ten opzichte van schuldeisers, hetgeen tevens de zware sanctie zou rechtvaardigen.¹⁵

2.3 Waarborgen tegen onredelijke consequenties voor bestuurders

Aansprakelijkheid voor het gehele boedeltekort is een zware sanctie die niet te lichtvaardig mag worden opgelegd. Bij de totstandkoming van art. 2:138/248 BW is daarom geprobeerd een balans te vinden tussen het voorkomen dat de zware sanctie bonafide bestuurders raakt en het beschermen van schuldeisers. Zo is als tegenhanger van de zware sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid voor het gehele boedeltekort de bevoegdheid opgenomen van de rechtbank om aansprakelijkheid te matigen indien hem dit bovenmatig voorkomt (lid 4).¹⁶ Ook de mogelijkheid om tegenbewijs te leveren tegen het causaliteitsvermoeden uit lid 2 wordt gezien als waarborg tegen onredelijke consequenties voor (bonafide) bestuurders.¹⁷ De gedachte was dat bonafide bestuurders in staat zouden moeten zijn aannemelijk te maken dat andere factoren dan schending van de administratieplicht of deponeringsplicht het faillissement hebben veroorzaakt.

Bovendien fungeert het stelsel waarbinnen de vordering kan worden ingesteld volgens de wetgever als waarborg tegen oneigenlijk gebruik van de vordering. De vordering kan immers alleen worden ingesteld door de curator, die aan bepaalde normen moet voldoen en tevens onder toezicht staat van de rechter-commissaris.¹⁸ Bij de totstandkoming van de regeling werd expliciet benadrukt dat in de persoon van de curator 'de nodige remmen op een dergelijk misbruik van recht zijn gelegen'.¹⁹ Van de curator wordt verwacht dat hij niet lichtvaardig overgaat tot het instellen van een vordering. In de volgende paragraaf ga ik in op de behoorlijkheidsnorm die de curator hierbij in acht moet nemen, en in hoeverre de bestaande waarborgen voldoende effectief zijn om bestuurders te beschermen tegen onredelijke gevolgen.

3 De behoorlijkheidsnorm voor curatoren bij bestuurdersaansprakelijkheid

3.1 Uitgangspunt van beleidsvrijheid

In principe staat het de curator vrij om te besluiten een bestuurder wel of niet aansprakelijk te stellen. Onderdeel van de taak van de curator is immers het reconstrueren van de boedel. Indien de curator van mening is dat een vordering op een bestuurder tot de boedel behoort, is het zelfs zijn taak om die vordering te gelde te maken. Hij is daartoe echter niet verplicht. Als hij van mening is dat het instellen van een vordering vanwege procesrisico's of een gebrek aan verhaal niet opportuun is, dan ligt de keuze bij de curator.²⁰ Schuldeisers kunnen de curator wel aanmoedigen om een aansprakelijkheidsprocedure te starten, eventueel door bij de rechter-commissaris op grond van art. 69 Fw tegen de weigering op te komen.

3.2 INSOLAD Praktijkregels

Om verdere professionalisering en kwaliteitsverbetering van de beroepsbeoefening door haar leden te bevorderen, heeft INSOLAD (de Nederlandse vereniging voor insolventie-rechtadvocaten) praktijkregels opgesteld.²¹ De INSOLAD Praktijkregels 'zijn "best practice rules" die beogen de witte vlekken waar noch de wet noch jurisprudentie richting geven in te vullen'. De regels vertegenwoordigen de duidelijk herkenbare opvattingen binnen de kring van curatoren en weerspiegelen wat onder die groep als de 'heersende leer' geldt.²²

De INSOLAD Praktijkregels geven curatoren enige richting bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties. Zo moet de curator alvorens hij bestuurders aansprakelijk stelt, ervan overtuigd zijn dat de betreffende persoon ook daadwerkelijk aansprakelijk is.²³ Bovendien mag een curator niet tot aansprakelijkstelling van bestuurders overgaan voordat hij die bestuurders in de gelegenheid heeft gesteld hun visie te geven op de oorzaken van het faillissement en hun rol daarin.²⁴

De INSOLAD Praktijkregels bepalen tevens dat de curator niet tot aansprakelijkstelling over mag gaan enkel en alleen op basis van schending van de publicatieplicht. Hij mag zich alleen op die grondslag beroepen indien naar zijn mening ook op basis van andere bevindingen sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.²⁵

3.3 Misbruik van (proces)recht

In uitzonderlijke gevallen kan een curator ten opzichte van de bestuurder onrechtmatig handelen door een procedure te beginnen. De drempel voor privéaansprakelijkheid van een cura-

¹⁴ Kamerstukken II 1983/84, 16631, nr. 6, p. 21-27.

¹⁵ Kamerstukken I 1985/86, 16631, nr. 27b, p. 13.

¹⁶ Kamerstukken I 1985/86, 16631, nr. 27b, p. 25. Zie hierover uitgebreider T.V.J. Bil & J.F. Fliek, De matigingsbevoegdheid van artikel 2:248 lid 4 BW, TvI 2019/19.

¹⁷ Kamerstukken I 1985/86, 16631, nr. 27b, p. 25.

¹⁸ Kamerstukken I 1985/86, 16631, nr. 27b, p. 25. Zie ook Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/456 en HR 7 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9949, NJ 1991/52 (Den Toom/De Kreek), r.o. 3.2.

¹⁹ Kamerstukken I 1985/86, 16631, nr. 27b, p. 25.

²⁰ Kamerstukken I 1985/86, 16631, nr. 27b, p. 25.

²¹ De INSOLAD Praktijkregels zijn te raadplegen via www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels.

²² Zie voorwoord van de INSOLAD Praktijkregels.

²³ Art. 5.4 INSOLAD Praktijkregels 2019.

²⁴ Art. 5.2 INSOLAD Praktijkregels 2019.

²⁵ Art. 5.4 INSOLAD Praktijkregels 2019.

tor ligt hoog. De norm die in acht wordt genomen bij het beoordelen of een curator persoonlijk aansprakelijk is, houdt in dat een curator moet handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.²⁶ Deze Maclou-norm is aangevuld in het Prakke/Gips-arrest, waarin de Hoge Raad heeft verduidelijkt dat de curator een ruime mate van beleidsvrijheid toekomt voor zover hij bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan specifieke regels.²⁷ Als dergelijke regels echter wel bestaan, is de beleidsvrijheid beperkt.

Bij het aansprakelijk stellen van bestuurders ontbreken specifieke regels. De rechter moet dus steeds beoordelen of een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht in de gegeven omstandigheden de bestuurder aansprakelijk zou hebben gesteld. Voor het instellen van een vordering geldt dat pas sprake is van onrechtmatig handelen als het instellen van de vordering, gelet op de evidente ongegrondheid ervan, achterwege had moeten blijven. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de vordering is gebaseerd op feiten waarvan de eiser de onjuistheid kende of behoorde te kennen, of op stellingen waarvan hij op voorhand moest begrijpen dat deze geen kans van slagen hadden.²⁸ Van misbruik van (proces)recht is bij bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures dus slechts sprake indien de curator op voorhand moest begrijpen dat de procedure evident kansloos was.²⁹ Deze drempel wordt niet gehaald wanneer de curator zijn stelling alleen onvoldoende heeft onderbouwd.³⁰

In de literatuur is de vraag aan de orde gekomen of een lege boedel de curator beperkt of zou moeten beperken bij het initiëren van een procedure, bijvoorbeeld door aan te nemen dat de curator slechts een procedure zou mogen initiëren indien hij 'reeds op dat moment beschikt over voldoende middelen om aan een eventuele proceskostenveroordeling te voldoen'.³¹ Dit standpunt is in Nederland echter niet de heersende opvatting, en ook in de rechtspraak is dit standpunt meerdere keren

verworpen.³² De toestand van de boedel lijkt dus geen rol te spelen bij de vraag of een curator een procedure mag starten.

3.4 *Equality of arms?*

Het blijft op basis van het huidige normenkader lastig om de grens te vinden voor het instellen van weinig kansrijke bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures. Volgens sommige auteurs bestaat het risico dat curatoren te snel tot aansprakelijkstelling overgaan en is geen sprake van een evenwichtige bewijslastverdeling tussen curator en bestuurder.³³

Zo wordt in de literatuur al jaren betoogd dat schending van de deponeringsplicht uit lid 2 zou moeten worden geschrapt.³⁴ Het belangrijkste argument hiervoor is het ontbreken van een rechtvaardiging voor aansprakelijkheid enkel op basis van het niet deponeren van de jaarrekening, aangezien er geen directe link is tussen het faillissementstekort en het niet tijdig deponeren van de jaarrekening.³⁵ Daarnaast menen sommige auteurs dat de regel tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid leidt, nu publicatie niet voor iedere onderneming verplicht is en de lagere rechtspraak en curatoren op verschillende manieren invulling geven aan het vereiste.³⁶

Tegelijkertijd zijn er ook auteurs die pleiten voor handhaving of zelfs verscherping van de bewijsvermoedens, juist omdat de bewijsvermoedens het makkelijker maken om malafide bestuurders veroordeeld te krijgen.³⁷ Het bewijstechnische as-

26 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (Maclou).

27 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, JOR 2012/65 (Prakke/Gips).

28 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3516.

29 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7828, NJ 2012/233 (Duka/Achmea), r.o. 5.1. Zie voor toepassing van die maatstaf in de situatie waarin een curator een bestuurder aansprakelijk stelt bijv. Rb. Overijssel 7 juni 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:2427 en Rb. Midden-Nederland 25 mei 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:6605.

30 Vgl. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3516.

31 Zie E.F. Verheul & T.T. van Zanten, *Procederen tegen een lege boedel*, in: B.A. Schuijling, M. van Wingerden & P.M.P. Frenken, *Het bancaire belang*. Opstellen aangeboden aan mr. H.J. Damkot (Onderneming en Recht nr. 141), Deventer: Wolters Kluwer 2023, onder verwijzing naar E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement*, Deventer: Kluwer 1991, p. 51.

32 Zie Verheul & Van Zanten 2023, onder verwijzing naar Rb. Breda 19 maart 1996, JOR 1996/38, r.o. 3.3. Zie in grotendeels gelijkluidende bewoordingen Rb. Rotterdam 22 april 1999, JOR 1999/211, r.o. 3.2 en Rb. Zutphen 21 november 2007, RI 2008/22, r.o. 4.2.

33 Zie bijv. R. van den Sigtenhorst in zijn wenk bij Rb. Overijssel 7 juni 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:2427, RI 2023/89 en L. Lennarts, *Wat rechtvaardigt bestuurdersaansprakelijkheid voor het volledige tekort in faillissement?*, in: E.F. Verheul, T.T. van Zanten & E.L. Zetteler, *In debat met Van Andel*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, par. 17.3 en de in voetnoot 8 van dat artikel genoemde literatuur.

34 Zie bijv. Van Schilfgaarde 1981; Beckman 1998; Kroeze & Wezeman 2006; Bartman 2009; Van Andel 2010; Borrius 2015; Wezeman 2017; Timmerman 2019, p. 245.

35 Zie bijv. Beckman 1998; Van Schilfgaarde 1981, p. 569; J.B. Huizink, *De jaarrekening en de 'kleine onderneming'*, TvI 2008/6, p. 130; Van Andel 2010; Lennarts 2024.

36 J.B. Wezeman, *Twintig jaar misbruikwetgeving, twintig jaar worstelen met ficties en vermoedens*. Enige opmerkingen over art. 2:248 lid 2 BW en art. 8.2 Voorontwerp Insolventiewet, in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.C.J.J. Kortmann, N.S.G.J. Vermunt & Ch.A.M. Domingus-Schwenke (red.), *De bewindvoerder, een octopus* (Onderneming en Recht nr. 44), Deventer: Kluwer 2008, p. 90; J.E. Brink-van der Meer, *Artikel 2:138-248 BW: een loterij? Recente ontwikkelingen in jurisprudentie*, TvI 2009/26; Beckman 1998.

37 Zie bijv. A. van Hees, *Tien jaar Wet Bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (WBF)*, gezien vanuit de positie van curatoren, TvI 1997/2, p. 39-42; Ph.W. Schreurs, *De thermometer van het kennelijk onbehoorlijk bestuur*, TvI 2011/11; J.M.W. Pool, *Belangenafwegingen bij bestuurdersaansprakelijkheid*. Vergeten we het belang van tijdig ingrijpen bij financiële moeilijkheden?, MvO 2024, afl. 1-2, p. 17-29; J. Nadels & J.M.W. Pool, *De zin en onzin van 'preventief herstructureren'*, MvO 2023, afl. 10-11, p. 247-252; C.H.A. van Oostrum & J.M.W. Pool, *Maatschappelijke due diligence en bestuurdersaansprakelijkheid: leuker kunnen we het niet maken, wel duidelijker*, AA 2023, afl. 10, p. 766-770.

pect van de bewijsvermoedens levert daarbij een belangrijk voordeel op.³⁸

Overigens zijn de meeste auteurs van mening dat het risico op aansprakelijkstelling alleen op basis van schending van de publicatieplicht, zonder dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur over de hele linie, gering is.³⁹ Zo zouden de rechtbanken bij de beoordeling van aansprakelijkheid pragmatisch te werk gaan en een bestuurder niet zomaar aansprakelijk houden als niet ook sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur.⁴⁰ De conclusie lijkt dat de rechtspraak lid 2 ‘van zijn scherpe kantjes heeft ontdaan’.⁴¹

Toch zijn in de literatuur de nodige voorstellen tot wijziging van art. 2:138/248 BW gedaan om bestuurders te beschermen tegen onredelijke consequenties. Zo is aansprakelijkheid voor het volledige boedeltekort volgens Lennarts alleen gerechtvaardigd indien bij het bestuur ‘het besef aanwezig [is] dat de tekortkomingen in de taakvervulling tot schuldeisersbenadeling zou leiden’.⁴² Ze betoogt daarom dat voorzienbaarheid van benadeling nodig is als extra voorwaarde naast het causaliteitsvereiste.⁴³ Borrius meent dat elke aansprakelijkstelling moet worden getoetst op een materieel verwijt, ook als aansprakelijkheid is gebaseerd op een van de bewijsvermoedens uit lid 2.⁴⁴ Bil en Fliek stellen voor om de mogelijkheden voor matiging uit te breiden, in die zin dat ervoor wordt gezorgd dat ‘schade die niet is veroorzaakt door het onbehoorlijk bestuur niet aan het bestuur wordt toegerekend’.⁴⁵

Uiteindelijk lossen bovenstaande aanpassingen de problematiek niet volledig op. De scheidslijn tussen bonafide en malafide bestuurders zal bij iedere aanpassing immers grijs gebied blijven. Omdat het lastig te definiëren is wanneer een bestuurder malafide dan wel bonafide is, zal de beoordeling daarvan altijd liggen bij degenen die de regel moeten toepassen.⁴⁶ Bovendien lijken er geen bewijzen dat bonafide bestuurders op grote schaal onterecht aansprakelijk worden gehouden.⁴⁷ Zij worden echter wel degelijk betrokken in procedures en het is niet uit te sluiten dat bonafide bestuurders met curatoren schikken om een procedure te voorkomen.⁴⁸ Het risico bestaat dat bijvoorbeeld schending van de deponeringsverplichting, ook al zou deze schending niet leiden tot een veroordeling, wel

voldoende reden is om tot een schikking te komen.⁴⁹ Het is dus niet zozeer alleen de uitkomst van de procedure die onwenselijke gevolgen lijkt te hebben, maar des te meer de betrokkenheid in de procedure zelf. Ook als de bestuurder uiteindelijk toch niet aansprakelijk wordt gehouden, kan de procedure zelf of de aanloop naar de procedure immers zorgen voor bijvoorbeeld imago schade en stress.⁵⁰ Daar komt bij dat een eventuele proceskostenveroordeling vanwege de staat van de boedel onverhaalbaar kan blijken, waardoor de gemaakte kosten niet worden vergoed.⁵¹ De proceskostenveroordeling is bovendien lang niet altijd kostendekkend.

Om die reden ben ik van mening dat de waarborg tegen onredelijke consequenties voor bestuurders niet moet worden gezocht in aanpassing van de wettelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregeling, maar in aanpassing van de behoorlijkheidsnorm voor curatoren. Voordat ik daartoe een voorstel doe, bespreek ik eerst op welke risico’s een dergelijke norm zich zou moeten richten.

4 Tegenstrijdig belang en biases bij curatoren

4.1 Tunnelvisie (ook wel ‘confirmation bias’)

Een van de grootste kritiekpunten op curatoren bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties is dat zij een persoonlijk belang hebben bij (de uitkomst van) die procedures.⁵² Het persoonlijke belang komt op twee manieren naar voren. Ten eerste levert ieder uur dat een curator aan (de voorbereiding van) een aansprakelijkheidsprocedure besteedt extra declarabele uren op. Zolang de boedel over voldoende middelen beschikt om het salaris van de curator te dekken, geldt dat ieder uur dat een curator aan een bestuurdersaansprakelijkheidskwestie besteedt extra inkomsten genereert. Zelfs indien de bestuurder geen verhaal biedt, kan het in dat soort situaties voordelig zijn voor de curator om tijd te besteden aan bestuurdersaansprakelijkheidskwesties. De schuldeisers zien van die inzet niets terug, terwijl er wel geld uit de boedel vloeit om het salaris van de curator te voldoen.

38 Zie ook Van Andel 2010.

39 Kroeze & Wezeman 2006, p. 335; Wezeman 2008, p. 104.

40 A.J.P. Schild, Bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 lid 2 BW, Bb 2007/16.

41 J.B. Wezeman, Feiten, ficties en vermoedens, O&F 2021, afl. 4, p. 4.

42 Lennarts 2024, par. 17.2 en 17.3.

43 Zie daarover uitgebreider Lennarts 2024 en de in voetnoot 10 van dat artikel genoemde literatuur.

44 Borrius 2015, p. 48.

45 Bil & Fliek 2019, par. 6.1.

46 Zie ook Van Schilfgaarde 1981; Kroeze & Wezeman 2006, p. 229-333; J.E. Brink-van der Meer, Coronacrisis als escape van bestuurdersaansprakelijkheid ex. art. 2:138/248 lid 2 BW?, TvI 2020/2, p. 70; R.D. Vriesendorp, [**]it happens; then and now, TvI 2017/23, par. 6.

47 Timmerman 2019.

48 Borrius 2015, p. 31.

49 Schreurs 2011.

50 N.T. Pham, Directors’ Liability. A Legal and Empirical Study, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 2.4; J.V. Kesteren, J. Adriaanse & J.P. van der Rest, The Story behind Bankruptcy: When Business Gets Personal, QUT Law Review (17) 2017, afl. 1, p. 57-73. Zie ook R. van den Sigtenhorst in zijn wenk bij Rb. Overijssel 7 juni 2023, ECLI:NL:RBOVE:2023:2427, RI 2023/89 en Vriesendorp 2017, par. 11.

51 Zie ook Verheul & Van Zanten 2023.

52 Zie bijv. Vriesendorp 2017, par. 8; D.C. Theunis, De beperkte waarde van tuchtprocedures door curatoren en het toezicht daarop, TvPP 2021, p. 201; S.H. de Ranitz, ‘Ach amice, hoe zit dat nu?’, TvI 1998/9, p. 187-188; M.L.S. Kalf, De procederende (kantoorgenoet van de) curator, in: M.L.S. Kalf e.a. (red.), De integere curator. Insolad Jaarboek 2007, Deventer: Kluwer 2007, p. 27-39; M. van Wingerden & H.J. Damkot, Voorstel tot systeemwijziging om belangenconflicten weg te nemen en de faillissementsafwikkeling harmonieuzer, voorspelbaarder en efficiënter te maken, in: B. Rikkert, R.F. Feenstra, E.J. Oppedijk van Veen, B.F. Louwerier & L.J.J. Kerstens (red.), Het verdelingsvraagstuk. Insolad Jaarboek 2022, Deventer: Wolters Kluwer 2022, par. 16.2.1.1 en 16.2.2.

Ten tweede heeft de curator er belang bij om zo veel mogelijk inkomsten voor de boedel te genereren. Niet alleen is dit in het belang van de gezamenlijke schuldeisers in wier belang hij zijn taken moet uitoefenen, ook kan het in zijn eigen belang zijn als de boedel onvoldoende middelen bevat om zijn salaris te voldoen.⁵³

Aangezien de curator een persoonlijk belang heeft bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties, bestaat het risico dat het besluitvormingsproces van curatoren hierdoor (onbewust) wordt beïnvloed. In de sociale wetenschappen worden deze onbewuste denkfouten ‘cognitive biases’ genoemd.

De eerste denkfout die kan spelen bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties en rechtstreeks verband houdt met het persoonlijke belang van curatoren, betreft de veelbesproken tunnelvisie van curatoren, ook wel ‘confirmation bias’ genoemd (zie figuur 1). *Confirmation bias* is de neiging om alleen aandacht te besteden aan bewijs dat de bestaande overtuigingen ondersteunt. Wanneer een curator een persoonlijk belang heeft bij een bestuurdersaansprakelijkheidskwestie, kan dit betekenen dat hij (onbewust) overtuigd raakt van de aansprakelijkheid van het bestuur. Deze overtuiging kleurt de manier waarop hij naar de feiten kijkt.

Figuur 1 *Confirmation bias*



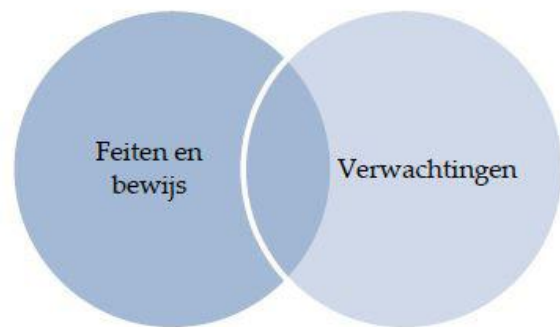
De confirmation bias lijkt te worden versterkt door de gangbare praktijk, waarbij curatoren eerst een verhaalsonderzoek uitvoeren voordat zij besluiten een nader oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek te starten.⁵⁴ Zodra blijkt dat de bestuurder verhaal biedt, en een eventuele procedure dus opportuun zou kunnen zijn, begint de curator pas met het vervolgonderzoek waaruit eventuele bestuurdersaansprakelijkheid moet blijken. Dit vervolgonderzoek kan dan worden beïnvloed door de bevindingen van het verhaalsonderzoek. Hoewel het logisch is dat de curator een dergelijk verhaalsonderzoek uitvoert in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, kan het ongelukkige

gevolg hiervan zijn dat bestuurders met geld meer kans hebben om aansprakelijk gesteld te worden.⁵⁵

4.2 Vooroordelen (ook wel ‘expectation bias’)

Op vergelijkbare wijze kan bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties de zogenoemde ‘expectation bias’ spelen (zie figuur 2). *Expectation bias* houdt in dat de persoon die een beoordeling moet maken, bepaalde verwachtingen heeft over de uitkomst van die beoordeling. Uit onderzoek blijkt dat sommige curatoren menen dat ieder faillissement is veroorzaakt door het bestuur.⁵⁶ Die curatoren nemen als uitgangspunt dat het zittende bestuur het faillissement heeft veroorzaakt, of in ieder geval onvoldoende heeft gedaan dat te voorkomen.⁵⁷ Deze verwachtingen kleuren de manier waarop de curator naar de feiten kijkt.

Figuur 2 *Expectation bias*



De expectation bias lijkt te worden versterkt door de gangbare praktijk waarin rechtbanken bij faillissementen waar vermoedens van fraude bestaan, een zogeheten fraudecurator aanstellen.⁵⁸ Deze fraudecuratoren kunnen vooraf al de verwachting hebben dat bestuurders zich schuldig hebben gemaakt aan fraude, waardoor zij geneigd zijn de feiten door deze bril te interpreteren.⁵⁹

4.3 De sunk cost fallacy

Een derde valkuil die curatoren kunnen tegenkomen, is de zogenoemde ‘sunk cost fallacy’. Deze denkfout doet zich voor wanneer mensen geneigd zijn om door te gaan met een bepaalde activiteit simpelweg omdat ze al zoveel moeite, tijd en/of geld hebben geïnvesteerd, zelfs als het rationeel gezien verstandiger zou zijn om te stoppen en de verliezen te accepteren. Bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties kan een curator, nadat hij al tijd en middelen heeft geïnvesteerd in een oorzakenonderzoek, hierdoor moeite hebben om te concluderen dat er geen redenen zijn om een bestuurdersaansprakelijkheidsproce-

⁵³ Zie uitgebreider J.M.W. Pool, De rol van de curator bij de aanpak van onregelmatigheden. Een empirisch juridisch onderzoek naar de rol van de curator in de praktijk bij de aanpak van onregelmatigheden voor en tijdens faillissement (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2022, par. 3.5.1.

⁵⁴ Pool 2022, par. 8.4.2.

⁵⁵ Pool 2022, par. 5.4.

⁵⁶ Pool 2022, p. 127.

⁵⁷ Zie ook Vriesendorp 2017, par. 11.

⁵⁸ R.F. Feenstra, De curator: beoogd opsporingsambtenaar zonder middelen, in: P.W. Schreurs e.a. (red.), De gereedschapskist van de curator. Inso-lad Jaarboek 2015, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 405-430.

⁵⁹ Pool 2022, p. 190.

dure te beginnen. In plaats van de al gemaakte kosten te accepteren, kunnen die kosten onbewust de beslissing van de curator om een bestuurder aansprakelijk te stellen beïnvloeden.

4.4 Wijsheid achteraf (ook wel 'hindsight bias')

Een van de meest besproken cognitieve denkfouten in het kader van bestuurdersaansprakelijkheid is *hindsight bias*.⁶⁰ Hindsight bias is kort gezegd de neiging om gebeurtenissen achteraf als voorspelbaarder te beschouwen dan ze in werkelijkheid waren op het moment dat de gebeurtenis plaatsvond. Hindsight bias kan curatoren beïnvloeden omdat zij achteraf, in de wetenschap dat de vennootschap failliet is gegaan, moeten oordelen over beslissingen van bestuurders. Het risico bestaat dat curatoren met de wijsheid van achteraf oordelen dat bepaalde handelingen tot het faillissement hebben geleid, waardoor bonafide bestuurders het risico lopen aansprakelijk te worden gesteld voor gedragingen waarvan op het moment van handelen niet duidelijk was dat zij zouden leiden tot een faillissement.⁶¹ Hoewel hindsight bias in ieder faillissement een rol kan spelen, heeft dit minder te maken met het persoonlijke belang dat een curator bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties heeft.

4.5 Concluderend: waar moet een behoorlijkheidsnorm voor curatoren aan voldoen?

Op basis van de besproken biases en uitdagingen bij de beoordeling van het handelen van bestuurders, is het belangrijk dat een norm voor curatoren voorkomt dat zij zich (onbewust) laten leiden door persoonlijke belangen. In de volgende paragraaf doe ik, geïnspireerd door de ondernemingsrechtelijke tegenstrijdig belangregels, een voorstel voor behoorlijkheidsnorm voor curatoren bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties die bestuurders en schuldeisers moet beschermen tegen (onbewust) gebrekkige besluitvorming van curatoren.

5 Naar een nieuwe behoorlijkheidsnorm voor curatoren bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties

5.1 De ondernemingsrechtelijke tegenstrijdigbelangregeling

De ondernemingsrechtelijke tegenstrijdigbelangregeling biedt een juridisch kader om situaties van (potentiële) belangenconflicten binnen het bestuur van ondernemingen te reguleren. Doel van de regelingen is om te voorkomen dat de bestuurder zich bij zijn handelen (met name) laat leiden door zijn persoonlijke belang in plaats van (uitsluitend) het belang van de vennootschap.⁶² De focus ligt op de bescherming van

de vennootschap en haar stakeholders tegen gebrekkige besluitvorming van bestuurders met persoonlijke belangen.

Art. 2:129/239 lid 6 BW bepaalt dat een bestuurder niet deelneemt aan de beraadslaging en besluitvorming indien hij daarbij een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat tegenstrijdig is met het vennootschappelijk belang. Een bestuurder met een persoonlijk belang of ander niet met dat van de vennootschap parallel lopend belang wordt niet in staat geacht het belang van de vennootschap te bewaken op een wijze die van een integer en onbevooroordeeld bestuurder mag worden verwacht.⁶³ Het gaat er niet om dat een bestuurder met opzet of wetenschap een ander belang nastreeft ten koste van het belang van de vennootschap. Voldoende is dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat 'in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap'.⁶⁴ Wanneer het gehele bestuur geconflieerd is en daardoor geen bestuursbesluit kan worden genomen, wordt het besluit genomen door de raad van commissarissen. Bij het ontbreken van een raad van commissarissen wordt het besluit genomen door de algemene vergadering, tenzij de statuten anders bepalen.

In de rechtspraak zijn voorafgaand aan de introductie van de onthoudings- en escalatieregeling uit art. 2:129/239 lid 6 BW enkele gedragsnormen ontwikkeld voor situaties waarin sprake kan zijn van een tegenstrijdig belang, de zogenoemde Linders/Hofstee-regels.⁶⁵ Deze verhoogde zorgvuldigheidsnorm houdt in dat de geconflieerde bestuurder openheid dient te betrachten over de persoonlijke belangen richting medebestuurders, commissarissen en in besloten verhoudingen ook richting de aandeelhouders. Daarbij is van belang dat de te onderscheiden belangen op zorgvuldige wijze gescheiden dienen te worden gehouden, onder meer door volledige transparantie over de verschillende belangen te bewerkstelligen. Onder omstandigheden kan ook een derde deskundige worden ingeschakeld om zodoende marktconforme voorwaarden voor bijvoorbeeld een overeenkomst vast te stellen. Deze zorgvuldigheidsnormen zien niet alleen op besluitvorming, maar op alle bestuurshandelingen. Indien voldaan is aan de Linders/Hofstee-regels kan de geconflieerde bestuurder in principe mee-beslissen.

Van een tegenstrijdig belang is sprake indien de bestuurder een direct of indirect persoonlijk belang heeft dat niet parallel loopt met dat van de vennootschap, bijvoorbeeld omdat de bestuurder in een bijzondere verhouding staat tot de wederpartij van de vennootschap waarvan hij bestuurder is. Van een tegenstrijdig belang kan ook sprake zijn indien de bestuurder niet alleen bestuurder is van de vennootschap, maar ook van de wederpartij. Dat wordt een kwalitatief tegenstrijdig belang

60 Zie bijv. Vriesendorp 2017, par. 5; Lennarts 2024, par. 17.3; W.J.M. van Andel, Hindsight bias, in: C.D.J. Bulten e.a. (red.), Handboek enquête-recht, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 1524; L.C.H.J. Hox, Het oorzakenonderzoek in faillissement. Curator, are you seeing the bigger picture?, TvI 2018/42; P.D. Olden, Bestuur en aansprakelijkheid: intuïtief door de grijze tussenzone, Ondernemingsrecht 2019/83.

61 Zie N. Strohmaier e.a., Hindsight Bias and Outcome Bias in Judging Directors' Liability and the Role of Free Will Beliefs, Journal of Applied Social Psychology (51) 2021, afl. 3, p. 141-158.

62 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (Bruij).

63 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (Bruij).

64 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (Bruij).

65 Hof Amsterdam (OK) 26 mei 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8007, NJ 1984/481 (Linders Hofstee).

genoemd. In de literatuur is discussie over de vraag of art. 2:139/239 lid 6 BW ook geldt voor situaties waarin slechts sprake is van een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang.⁶⁶ Als het antwoord op die vraag ontkennend luidt, zoals wel wordt aangenomen, dan zou dat betekenen dat de geconflieeerde bestuurder op basis van de Linders/Hofstee-regels ‘gewoon’ kan meebeslissen.

In de kern zijn de ondernemingsrechtelijke tegenstrijdig-belangregels erop gericht te waarborgen dat de besluitvorming binnen de onderneming plaatsvindt op basis van zuivere overwegingen en zonder beïnvloeding door conflicterende belangen.⁶⁷ Op die manier moeten de regels bijdragen aan de integriteit van het bestuur, en het vertrouwen van stakeholders in het handelen van het bestuur bevorderen. Het gaat er niet om dat een bestuurder met opzet of wetenschap een ander belang nastreeft ten koste van het belang van de vennootschap. Volgende is dat de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap.

5.2 Naar een tegenstrijdigbelangregeling voor curatoren

Hoewel de rol van bestuurders bij ondernemingen een andere is dan die van curatoren in faillissementen, bieden de tegenstrijdigbelangregels wel inzichten in de wijze waarop de behoorlijkheidsnorm voor curatoren kan worden ingevuld. Ook de curator heeft immers een persoonlijk belang dat soms strijdig is met het belang van de gezamenlijke schuldeisers (zie par. 4.1), waardoor in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

De in de vorige paragraaf besproken tegenstrijdigbelangregels zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat de besluitvorming plaatsvindt op basis van zuivere overwegingen en zonder beïnvloeding door conflicterende belangen. Het uitgangspunt van de tegenstrijdigbelangregeling uit Boek 2 BW is dat geconflieeerde bestuurders niet mogen deelnemen aan de besluitvorming. Als dit uitgangspunt wordt toegepast op bestuurdersaansprakelijkheidskwesties, dan zou dat betekenen dat geconflieeerde curatoren niet mogen besluiten om een bestuurder aansprakelijk te stellen. De rechter-commissaris zou dan als toezichthouder het besluit moeten nemen. Deze benadering is niet alleen onrealistisch, maar biedt ook slechts een oplossing voor situaties waarin het persoonlijke belang van curatoren in strijd is met dat van de gezamenlijke schuldeisers. Het risico bestaat dan echter nog steeds dat curatoren vanwege hun per-

soonlijke belangen of biases bestuurders te snel aansprakelijk stellen, waardoor die bestuurders met onredelijke consequenties worden geconfronteerd.

De uitgangspunten die voortvloeien uit de Linders/Hofstee-regels bieden een meer realistische en effectieve benadering om bonafide bestuurders te beschermen. Wanneer de opzet van die regels wordt gevolgd, zou dat betekenen dat curatoren (1) openheid moeten betrachten over hun persoonlijke belangen, (2) de diverse belangen steeds duidelijk van elkaar moeten scheiden, en (3) in bepaalde gevallen een onafhankelijke derde partij moeten betrekken om de integriteit van de besluitvorming te waarborgen. Wanneer zij aan die normen voldoen, dan kunnen zij zelf (blijven) besluiten over bestuurdersaansprakelijkheidskwesties.

Concreet kunnen deze uitgangspunten bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties als volgt worden geïmplementeerd.

Vooraf opstellen onderzoeksplan

Voor de start van het oorzakenonderzoek stelt de curator een onderzoeksplan met tijdslijn en begroting op, dat vervolgens moet worden goedgekeurd door de rechter-commissaris, om te voorkomen dat het verloop van het onderzoek onbewust wordt beïnvloed door denkfouten.⁶⁸ Het is aan te raden te werken met een geüniformeerd onderzoeksprotocol.⁶⁹ In dat protocol besteedt de curator naast de inhoud van het onderzoek ook aandacht aan de duur van het onderzoek, de kosten van het onderzoek, de mate waarin de boedel deze kosten kan vergoeden en de verhaalsmogelijkheden. De curator moet niet alleen inzicht geven in de geldelijke belangen en de stand van de boedel, maar ook in de persoonlijke belangen die spelen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de vraag hoeveel salariskosten er met een onderzoek zijn gemoeid en hoeveel boedel er na dat onderzoek overblijft, maar ook om de vraag of er relaties zijn met de betrokken bestuurders of derden. Door deze transparantie kunnen ook de verschillende belangen tijdens het onderzoek steeds worden onderscheiden.

Bovenstaande betekent niet dat ik voorstel om het onderzoek te laten afhangen van de middelen in de boedel, of van de verhaalsmogelijkheden. Een dergelijke focus zou juist het risico op confirmation bias vergroten.⁷⁰

⁶⁶ Zie voor de argumenten voor J.M. de Jongh, Drie aspecten van tegenstrijdig belang, *Ondernemingsrecht* 2019/68 en voor de argumenten tegen A.F.J.A. Leijten, *Besluitvorming bij tegenstrijdig belang naar komend recht*, in: K.M. van Hassel & M.P. Nieuwe Weme (red.), *Willems' Wegen*, Deventer: Kluwer 2010, p. 257-270. Zie ook Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, JOR 2018/21 (Intergamma).

⁶⁷ L. Timmerman, *Grondslagen van geldend ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht* 2009/2, nr. 26.

⁶⁸ Zie ook Vriesendorp 2017, par. 8 en 12.

⁶⁹ Pool 2022, par. 8.4.2. Zie over het protocol voor het oorzakenonderzoek ook R.J. Schimmelpenninck, *Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen*, TvI 2008/20; E.J. Oppedijk van Veen & V.G.M. Leferink, *Curator, vertel eens ... Over de inhoud van het faillissementsverslag*, FIP 2020, afl. 6, p. 35-42; L.C.H.J. Hox, *Het oorzakenonderzoek in faillissement – een voorstel voor een onderzoeksprotocol*, FIP 2020, afl. 7, p. 30-38; R.W.M. Giard, *Het doen van goed oorzakenonderzoek van faillissement is veel lastiger dan het lijkt*, en R.M. Hermans, *Procedurale aspecten van het oorzakenonderzoek in faillissement*, beide in: R.F. Feenstra, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De curator en de failliet*. Insolad Jaarboek 2019, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1-26 en 157-189.

⁷⁰ Zie anders Vriesendorp 2017, par. 7.

Zuivere besluitvorming bij voornemen om een bestuurder aansprakelijk te stellen

Het onderzoek van de curator mondt uit in een onderzoeksrapport waarin de resultaten van het onderzoek worden beschreven. Mocht de curator op basis van de onderzoeksresultaten van mening zijn dat er redenen zijn om een bestuurder aan te spreken, dan zijn er verschillende manieren om te waarborgen dat de besluitvorming zuiver verloopt. Allereerst moet de curator openheid betrachten richting de rechter-commissaris bij het verzoek om een procesmachtiging. Dat wil zeggen dat de curator expliciet aandacht moet besteden aan de vraag of zijn persoonlijke belang parallel loopt met het belang van de schuldeisers, door aandacht te besteden aan de gemaakte en nog te maken kosten, de verhaalsmogelijkheden, de staat van de boedel en de kans van slagen van de procedure.⁷¹ De rechter-commissaris kan op die manier controleren in hoeverre de voorgestelde procedure opportuun en gerechtvaardigd is.

Bovendien moet de curator inzicht geven in de belangen van de aangesproken bestuurder(s) door bij het machtigingsverzoek expliciet in te gaan op de (tegen)argumenten van de bestuurder(s) en de weerlegging daarvan.⁷² Om een *level playing field* te bereiken is van belang dat het onderzoeksrapport dat aan het machtigingsverzoek ten grondslag ligt, in principe met de bestuurder wordt gedeeld. De bestuurder moet vervolgens de gelegenheid worden geboden om schriftelijk op de resultaten te reageren, zodat ook voor de rechter-commissaris uit eerste hand duidelijk kan worden welke argumenten de bestuurder aandraagt. Hiermee wordt gedeeltelijk tegemoetgekomen aan het verwijt dat de rechter-commissaris zich bij beoordeling van een machtigingsverzoek moet baseren op informatie die door de curator is verstrekt.⁷³ Nog beter is om de bestuurder daarnaast te horen bij beoordeling van het machtigingsverzoek. Zo hebben Frima en De Vos voorgesteld om art. 68 lid 3 Fw zodanig te veranderen dat ‘een wederpartij eerst gehoord dient te worden alvorens een rechter-commissaris beslist op een verzoek van de curator om een procedure te entameren’.⁷⁴ Dit voorstel komt ook terug in het eind 2022 gepubliceerde Consultatiedocument insolventierecht, waarover de meeste reacties positief zijn.⁷⁵ De rechter-commissaris fungeert op die manier als belangrijke waarborg voor een zuiver besluitvormingsproces door te voorkomen dat het verhaal van de betrokken bestuurder onvoldoende wordt meegenomen. Omdat de rechter-commissaris afhankelijk is van de informatie die de curator aanlevert, is het aan te raden ook voor dit machtigings-

proces een uniforme werkwijze te hanteren. Ook is het van belang dat op belangrijke tussenmomenten, zoals bij een eventueel hoger beroep, op basis van de meest actuele stand van zaken overleg wordt gevoerd tussen curator en rechter-commissaris over de vraag of het nog steeds opportuun en gerechtvaardigd is om verder te procederen.

In aanvulling op de toetsing van de rechter-commissaris kan bij twijfel over de opportuniteit van de procedure worden gedacht aan het betrekken van de schuldeisers (commissie) bij de besluitvorming of het inwinnen van procesadvies voorafgaand aan het starten van een procedure.⁷⁶

Persoonlijke aansprakelijkheid bij schending behoorlijkheidsnorm

Doel van de beschreven behoorlijkheidsnorm is om bestuurders, maar ook schuldeisers, te beschermen tegen (onbewust) gebrekkige besluitvorming van curatoren. De norm zorgt er niet alleen voor dat de curator wordt gedwongen om transparant te zijn over persoonlijke belangen, waardoor beter kan worden beoordeeld of de procedure opportuun is voor de gezamenlijke schuldeisers, maar ook dat het standpunt van de betrokken bestuurder mee wordt genomen in de besluitvorming, waardoor beter kan worden beoordeeld of de procedure, gezien de belangen van de betrokken bestuurder, gerechtvaardigd is. Deze behoorlijkheidsnorm is een nadere specificering van de INSOLAD Praktijkregels, maar bevat tevens een extra waarborg in de vorm van een verzwaarde toetsing door de rechter-commissaris.

Schending van de behoorlijkheidsnorm zou mijns inziens (persoonlijke) aansprakelijkheid van de curator moeten opleveren en in die zin dus nadere invulling moeten geven aan de Maclou-norm. Meer specifiek betekent dit dat een curator die besluit om te gaan procederen of een procedure voort te zetten in het geval daar geen onderzoek op basis van een vooraf door de rechter-commissaris goedgekeurd onderzoeksplan aan ten grondslag ligt, of die het standpunt van de bestuurder onvoldoende bespreekt en/of onvoldoende weersprekt, in een civiele procedure aansprakelijk kan worden gehouden door de betrokken bestuurder die kosten heeft moeten maken voor bijvoorbeeld verweer in een procedure. Naleving van deze norm wordt dan getoetst doordat bestuurders mogelijk een aansprakelijkheidsprocedure beginnen, maar ook doordat de rechter-commissaris op belangrijke tussenmomenten moet toetsen of een procedure (nog steeds) gerechtvaardigd en opportuun is.

Deze invulling van de behoorlijkheidsnorm kan bestuurders en schuldeisers beschermen tegen het risico op gebrekkige besluitvorming van curatoren. Daardoor kan de norm tegelijkertijd een rechtvaardiging vormen voor de strenge sanctie van hoofdelijke aansprakelijkheid voor het volledige boedeltekort uit art. 2:138/248 BW, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan

71 Zie ook B.J. Tideman, De curator die wil procederen: bezint eer ge begint, FIP 2020/356; Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1177, JOR 2016/263 m.nt. W.J.M. van Andel. Zie voor instemming ook Lennarts 2024, par. 17.3.

72 Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 29 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1177, JOR 2016/263 m.nt. W.J.M. van Andel.

73 Zie daarover uitgebreider J.M.W. Pool, Over de fragiele relatie tussen de curator en de rechter-commissaris, FIP 2023/232.

74 J.C.A.T. Frima & A.E. de Vos, Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?, FIP 2019, afl. 7, p. 35.

75 Zie Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, 1 november 2021, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie.

76 Borrius 2015, p. 31.

de positie van de curator ten opzichte van malafide bestuurders door verhoging van de bewijslast. Het doel van de behoorlijkheidsnorm is immers niet om het voor curatoren moeilijker te maken om bestuurders aansprakelijk te stellen, maar om ervoor te zorgen dat curatoren niet te lichtvaardig overgaan tot aansprakelijkstelling.

6 Concluderend: grenzen aan de gereedchapskist van de curator als rechtvaardiging van bestuurdersaansprakelijkheid voor het volledige boedeltekort

Bij de bewijslastverdeling uit art. 2:138/248 BW is een balans gezocht tussen het versterken van de positie van curatoren ten opzichte van malafide bestuurders en het beschermen van bonafide bestuurders tegen onredelijke consequenties. De discussie over deze bewijslastverdeling richt zich voornamelijk op mogelijke aanpassingen van art. 2:138/248 BW. In dit artikel heb ik betoogd dat dergelijke aanpassingen niet afdoende zijn om bonafide bestuurders te beschermen tegen onredelijke gevolgen, aangezien zij de onderliggende problematiek niet volledig aanpakken. De waarborg tegen onredelijke consequenties voor bestuurders moet mijns inziens niet worden gezocht in aanpassing van de wettelijke bestuurdersaansprakelijkheidsregels, maar in aanpassing van de behoorlijkheidsnorm voor curatoren.

Op basis van tegenstrijdig belang en biases van curatoren bij de beoordeling van het handelen van bestuurders concludeer ik dat een nadere invulling van de behoorlijkheidsnorm voor curatoren noodzakelijk is om bestuurders en schuldeisers te beschermen tegen het risico van gebrekkige besluitvorming. Geïnspireerd door de in het ondernemingsrecht bestaande tegenstrijdigbelangregels, stel ik voor om een behoorlijkheidsnorm te introduceren die inhoudt dat curatoren bij bestuurdersaansprakelijkheidskwesties (1) openheid moeten betrachten over hun persoonlijke belangen, (2) de diverse belangen steeds duidelijk van elkaar moeten scheiden, en (3) in bepaalde gevallen een onafhankelijke derde partij moeten betrekken om de integriteit van de besluitvorming te waarborgen.

Meer specifiek stel ik voor dat de curator het besluit om te gaan procederen moet baseren op een onderzoek waar een vooraf door de rechter-commissaris goedgekeurd onderzoeksplan aan ten grondslag ligt, waarbij de curator het standpunt van de betrokken bestuurder expliciet moet bespreken en weerleggen. De norm zorgt er niet alleen voor dat de curator wordt gedwongen om transparant te zijn over persoonlijke belangen, waardoor beter kan worden beoordeeld of de procedure opportuun is voor de gezamenlijke schuldeisers, maar ook dat het standpunt van de betrokken bestuurder mee wordt genomen in de besluitvorming, waardoor beter kan worden beoordeeld of de procedure, gezien de belangen van de betrokken bestuurder, gerechtvaardigd is. Niet-naleving van deze norm kan schending van de Maclou-norm en daarmee persoonlijke aansprakelijkheid van de curator opleveren. Deze be-

hoorlijkheidsnorm kan ervoor zorgen dat bonafide bestuurders worden beschermd tegen onredelijke consequenties, zonder daarbij afbreuk te doen aan de positie van curatoren ten opzichte van malafide bestuurders.

Dat voor deze werkwijze momenteel de middelen ontbreken, staat buiten kijf, maar is een andere discussie. Een gebrek aan geld mag geen argument zijn om ‘het principe dat tegenstrijdige belangen niet passen in de *Insolvency Governance*’ terzijde te schuiven.⁷⁷

⁷⁷ Van Wingerden & Damkot 2022, par. 16.2.1.2. Zie over het gebrek aan financiering van het oorzakenonderzoek ook Pool 2022, par. 8.3.5. Momenteel loopt in opdracht van het WODC een onderzoek naar de financiering van de curator, waarbij ook wordt ingegaan op deze financieringsproblematiek.