

KENNISBANK HERSTRUCTURERING & INSOLVENTIE

Rechtmatigheid

Tot de taak van de curator behoort het uitvoeren van een rechtmatigheidsonderzoek. In het kader van dit onderzoek beoordeelt de curator wat de oorzaak van het faillissement is geweest en of in het zicht van faillissement bepaalde rechtshandelingen hebben plaatsgevonden die benadelend zijn geweest voor de gezamenlijke [schuldeisers](#). In het geval dat de curator tot de conclusie komt dat kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, onderzoekt de curator in hoeverre de bestuurders daarvoor aansprakelijk gesteld kunnen worden.

Om een helder beeld te krijgen van de gebeurtenissen die tot het faillissement hebben geleid, zal de curator de administratie van gefailleerde onderzoeken en met de betrokkenen spreken. Vaak zal de curator aan de hand van de administratie van gefailleerde en (geaccordeerde) gespreksverslagen met de betrokkenen zijn conclusies in een onderzoeksrapport samenvatten. Indien het onderzoeksrapport aanleiding geeft om bepaalde betrokkenen (persoonlijk) aansprakelijk te stellen voor tekorten in het faillissement, kan de curator een procedure tegen die betrokkenen starten.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Het [bestuur kan aansprakelijk](#) worden gesteld wanneer kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest (zie ook artikel 2:248 BW). Omdat de gevolgen van een persoonlijke aansprakelijkstelling meestal ingrijpend zijn, rust in beginsel een zware bewijslast op de curator. Een bestuurder moet namelijk een *persoonlijk ernstig verwijt* gemaakt kunnen worden. Aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval moet de curator objectiveren dat een individuele bestuurder gelet op zijn kennis, kunde en ervaring anders had kunnen of moeten handelen.

Ook wordt vermoed dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur, wanneer het bestuur de administratie- of publicatieplicht heeft geschonden. De wet schrijft voor dat de jaarrekeningen van een vennootschap tijdig moeten worden gedeponereerd bij de Kamer van Koophandel. Een rechtspersoon dient in beginsel binnen vijf maanden na het einde van het boekjaar de jaarrekening openbaar te maken. De aandeelhouders kunnen indien bijzondere omstandigheden het rechtvaardigen, het bestuur eenmaal uitstel van vijf maanden verlenen. Vervolgens hebben de aandeelhouders twee maanden te tijd om de jaarrekening vast te stellen. De curator zal controleren of de jaarrekeningen in de afgelopen drie jaren tijdig zijn gedeponereerd. Is dit niet gebeurd en is er sprake van kennelijk onbehoorlijk bestuur waarvoor de curator het bestuur aansprakelijk stelt, dan zal het bestuur aannemelijk moeten maken dat onbehoorlijk bestuur geen belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Bovendien kan een individuele bestuurder zich disculperen in het geval dat hij niet heeft bijgedragen aan het onbehoorlijke bestuur.

Niet alleen moet de jaarrekening tijdig gedeponereerd worden, de administratie moet ook deugdelijk zijn. Uit de administratie moet te allen tijde op eenvoudige wijze inzage kunnen worden verkregen in de rechten en plichten van de vennootschap. De specifieke inrichting van de administratie hangt af van de aard en de omvang van de onderneming en de belangen van de betrokken partijen. Indien sprake is geweest van een misleidende weergave van de financiële positie van de onderneming, kan dit óók als onbehoorlijk bestuur worden gekwalificeerd. Misleidende jaarrekeningen vormen voorts ook een zelfstandige grond voor bestuurdersaansprakelijkheid (artikel 2:249 BW).

Ook wanneer is voldaan aan de administratie- en publicatieverplichtingen kan er sprake zijn van onbehoorlijk bestuur. Er zijn meerdere geschreven en ongeschreven grondslagen voor bestuurdersaansprakelijkheid, maar als het bestuur op grond van art. 2:248 BW succesvol door de curator wordt aangesproken, dan is het gevolg dat de bestuurders hoofdelijk tot vergoeding van het

faillissementstekort (ofwel alle vorderingen van crediteuren in dit specifieke faillissement) veroordeeld kunnen worden.

Aansprakelijkheid Raad van Commissarissen

In het 'two-tier' bestuursmodel is het de taak van de raad van commissarissen (hierna: ('RvC')) om toezicht te houden op het bestuur. De RvC is zelf niet verplicht om de administratie van de vennootschap bij te houden en de jaarrekeningen te publiceren. Wel dient de RvC erop toe te zien dat het bestuur alle verplichtingen nakomt. Indien onvoldoende toezicht wordt gehouden, kunnen leden van de Raad van Commissarissen (mede) aansprakelijk gesteld worden voor het faillissementstekort. In het geval dat vast is komen te staan dat het bestuur de vennootschap kennelijk onbehoorlijk heeft bestuurd, dan moeten de commissarissen aantonen dat zij adequate maatregelen hebben genomen om dit onbehoorlijke bestuur – en daarmee ook het faillissement – te voorkomen. Zij moeten aantonen dat zij tijdig bij het bestuur inlichtingen hebben gevraagd en waar nodig hebben ingegrepen door bijvoorbeeld een bestuurder te schorsen of te ontslaan.

Pauliana

Bij het onderzoeken van de administratie zal voorts worden onderzocht of in het zicht van faillissement rechtshandelingen hebben plaatsgevonden die benadelend zijn geweest voor de gezamenlijke schuldeisers. Zodra bestuurders weten of behoren te weten dat een faillissement aanstaande is, zijn ze niet langer vrij om naar eigen inzicht en goeddunken rechtshandelingen (bijvoorbeeld betalingen) te verrichten. Rekening moet gehouden worden met de wettelijke rangorde van schuldeisers in faillissement. Onder andere een rechtshandeling waarbij: goederen tegen een te lage koopprijs zijn vervreemd, niet-opeisbare schulden zijn voldaan of aanvullende zekerheidsrechten zijn gevestigd voor 'oud' krediet, kunnen vernietigd worden op grond van de [faillissementspauliana](#). Ook in het geval dat betrokkenen bij de voldoening van een opeisbare verplichting wetenschap hebben van een aanhangige faillissementsaanvraag, kunnen deze rechtshandelingen door de curator vernietigd worden.

Bij paulianeuze transacties zijn veelal derden betrokken. Ook zij kunnen via deze weg bij het rechtmatigheidsonderzoek betrokken worden, nu zij mogelijk hebben bijgedragen aan de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers.

Strafrecht

Door bestuurders en commissarissen aansprakelijk te stellen, kan de curator de financiële schade van de schuldeisers (enigszins) beperken. Indien hij hiertoe aanleiding ziet, kan de curator ook overgaan tot het doen van strafrechtelijke aangiften. Dit zal met name het geval zijn wanneer de curator aanleiding heeft om te vermoeden dat betrokkenen zich schuldig hebben gemaakt aan misdrijven. Twee voorbeelden van misdrijven die gepleegd worden in de faillissementssituatie zijn de bedrieglijke bankbreuk (art. 341 Sr) en het opzettelijk schenden van de faillissementsrechtelijke inlichtingenplicht (art. 194 Sr). Het Openbaar Ministerie (OM) en/ of de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst (FIOD) behandelen de aangifte van de curator en kunnen tot vervolging overgaan.

Onderzoeksmiddelen curator

De curator heeft diverse onderzoeksinstrumenten tot zijn beschikking om de benodigde informatie boven water te krijgen. Zo zijn bestuurders van de gefailleerde op grond van artikel 105 Faillissementswet ("Fw") verplicht om uit eigen beweging alle relevante informatie aan de curator te verschaffen. Daarnaast dienen zij de curator toegang te geven tot de administratie, onder meer door wachtwoorden en encryptiesleutels beschikbaar te stellen. De medewerkingsplicht strekt zich sinds kort niet slechts uit tot de bestuurders. Ook derden die de administratie van de failliet onder zich houden zijn verplicht om de curator toegang te geven tot deze administratie en de bijbehorende documenten.

Indien een bestuurder niet (voldoende) meewerkt aan het onderzoek, kan de curator de rechter-commissaris verzoeken een faillissementsverhoor te gelasten. Wanneer de bestuurder zijn

medewerking weigert, kan de rechter-commissaris het OM de opdracht geven de bestuurder te 'gijzelen'. Daarbij wordt de betreffende bestuurder aangehouden en in bewaring gesteld totdat hij medewerking verleent. Het weigeren van medewerking kan sinds kort ook tot gevolg hebben, dat de bestuurder een civielrechtelijk bestuursverbod wordt opgelegd. Daarnaast kunnen vergaande strafrechtelijke sancties – waaronder een celstraf – worden opgelegd.

Conclusie

De curator doet onderzoek naar de oorzaken van het faillissement. Dat onderzoek kan, afhankelijk van de complexiteit en omvang van het faillissement, enkele jaren in beslag nemen. Hierbij worden de administratie en jaarrekeningen van de failliet doorzocht en wordt met betrokkenen gesproken over de gang van zaken.

De curator onderzoekt of in het zicht van faillissement voor de gezamenlijke schuldeisers benadelende rechtshandelingen hebben plaatsgevonden, dan wel of er aanleiding is om bestuurders (en/ of commissarissen) aansprakelijk te stellen voor het boedeltekort.

Een bestuurder wordt geacht zijn medewerking aan het onderzoek te verlenen, op straffe van zowel civiel- als strafrechtelijke sancties. Het wordt betrokkenen bij een rechtsmatigheidsonderzoek aangeraden om zich te laten adviseren door een jurist.

Heeft u vragen over dit onderwerp? Neemt u dan gerust contact op met Margreet Eveleens.

Margreet Eveleens

+ 31 30 25 95 566

margreeteveleens@vbk.nl