

[« Vorig artikel](#)[Volgend artikel »](#)

# Handelen van een curator: toezicht uitsluitend door de rechter-commissaris of mogelijk (ook) onderwerp van een onderzoek in enquête?

Nummer: *Juridisch up to Date 2020-0081*

## Auteur(s)

Mr. J. (Juliette) Wareman, Van Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht  
Mr. S.J.A. (Sjoerd) van Gils, Van Benthem & Keulen advocaten en notariaat te Utrecht

**De curator ontleent zijn bevoegdheden van oudsher aan het faillissementsrecht. De curator heeft daarbij ook de bevoegdheid om de onderneming van de gefailleerde voort te zetten. In voorkomende gevallen kan het immers in het belang van de boedel zijn dat de onderneming van de gefailleerde tijdelijk wordt voortgezet, omdat daarmee de grootste opbrengsten voor de boedel behaald kunnen worden. Het enquêterecht ziet op het beleid en de gang van zaken binnen een rechtspersoon. Indien de Ondernemingskamer meent dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twijfelen wordt een onderzoek bevolen. Kan het handelen van de curator onderwerp worden van een onderzoek in enquête? Wij bespreken de stand van zaken en enkele recente ontwikkelingen.**

## 1. De Faillissementswet

In het algemeen wordt aanvaard dat een curator geen bestuurder of orgaan van de rechtspersoon is.<sup>1</sup> De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel en hij kan dit op basis van artikel 68 lid 1 Faillissementswet doen zonder dat hij de toestemming of medewerking behoeft van de organen van de failliete rechtspersoon. Om die reden kan het handelen van de curator niet aan de rechtspersoon worden toegerekend. Hij behoeft voor diverse beheer- en beschikkingsdaden (wel) toestemming van de rechter-commissaris.<sup>2</sup> De curator is ook bevoegd het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten. Artikel 98 van de Faillissementswet biedt daarvoor een basis. De curator dient zowel de belangen van maatschappelijke aard als van continuïteit van de onderneming en het behoud van de daaraan verbonden werkgelegenheid in zijn beleidsafwegingen te betrekken.<sup>3</sup> Geleidelijke liquidatie van de vennootschap is geen voortzetting van de onderneming in de zin van artikel 98 Faillissementswet.

Het (niet) handelen van een curator wordt ter toetsing voorgelegd aan de rechter-commissaris en de rechtbank.<sup>4</sup> De schuldeisers en de rechtspersoon kunnen tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris middels een verzoekschrift opkomen. De rechter-commissaris toetst het handelen van de curator in volle omvang.<sup>5</sup>

## 2. Het enquêterecht

In het enquêterecht staat het beleid en de gang van zaken binnen de vennootschap centraal. Artikel 2:345 lid 1 BW bepaalt onder meer dat de Ondernemingskamer een of meer personen kan benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. De Hoge Raad heeft in de OGEM-beschikking opgemerkt dat er geen grond is om aan te nemen dat de Ondernemingskamer zich van ieder oordeel moet onthouden als de vennootschap in staat van faillissement verkeert.<sup>6</sup> Daarmee heeft de Hoge Raad zich niet uitgelaten of het handelen van de curator bij een failliete vennootschap onderwerp kan zijn van een onderzoek in een enquêteprocedure.

## 3. Mogelijke samenloop: twee benaderingen

Er zijn twee benaderingen voor een antwoord op deze vraag. De eerste benadering gaat uit van exclusief rechterlijk toezicht op het handelen van de curator (pro se). De tweede benadering is dat gekeken wordt naar de doelstellingen van het enquêterecht. Als het handelen van een curator onder deze doelstellingen valt, kan dit in deze benadering binnen het enquêterecht beoordeeld worden, los van een eventuele (eerdere) beoordeling daarvan binnen het faillissementsrecht.

De eerste benadering heeft Van Mierlo<sup>7</sup> verdedigd op basis van twee argumenten. Ten eerste zou toezicht door de Ondernemingskamer op het handelen van de curator in strijd zijn met het rechterlijk toezicht zoals dat is vastgelegd in de Faillissementswet. Ten tweede is het niet de rechtspersoon die

de onderneming voortzet op basis van artikel 98 Faillissementswet maar gebeurt dit door en voor rekening van de boedel. De curator heeft geen rol binnen de rechtspersoon (die immers onderwerp is van een enquêteprocedure) en moet volkomen buiten de rechtspersoon gezien worden. Dit betekent dat zijn handelen dan ook geen wanbeleid in de zin van het enquêterecht kan opleveren. Het enquêterecht is bovendien slechts van toepassing op ondernemingen die in de vorm van een rechtspersoon worden gedreven, daarvan is geen sprake indien de curator de vennootschap voortzet, aldus Van Mierlo.

Voor deze opvatting spreekt de overweging van de Hoge Raad in de Vie d'Or-beschikking.<sup>8</sup> In die beschikking is - heel kort gezegd - geoordeeld dat het toezicht op grond van de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 er niet aan in de weg staat dat een onderzoek in enquête zich ook kan uitstrekken over het handelen van een stille curator. Een exclusief toezichtrecht is in die wet niet te lezen, en het rechterlijk toezicht op het handelen van de stille curator ontbrak (zelfs) volledig. Hieruit kan worden opgemaakt dat als dat toezicht er wel is, een (tweede) beoordeling in enquête minder voor de hand ligt. De opvatting van Van Mierlo wordt bovendien ondersteund door het verloop van de Polisol-beschikking.<sup>9</sup> In deze beschikking heeft de Hoge Raad bepaald dat de curator in enquête het exclusieve recht heeft om een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een failliete vennootschap te verzoeken. Dit recht is inmiddels vastgelegd in artikel 2:346 BW. In cassatie was onder andere de vraag aan de orde of het recht van de curator exclusief zou moeten zijn, of dat het bestuur daarnaast nog bevoegd zou moeten zijn een verzoek te doen. De Ondernemingskamer had dit verzoek toegewezen met (onder andere) de motivatie dat anders sprake was van een gebrek aan rechtsbescherming tegen het uitblijven van het handelen van de curator.

A-G Timmerman concludeerde het volgende over de kwestie: *'Het wettelijk stelsel beoogt het toezicht op een curator exclusief via de rechter-commissaris te laten verlopen met de in artikel 67, lid 1 Fw geregelde hoger beroepsmogelijkheid en de mogelijkheid van cassatieberoep. De omvang van het toezicht door de rechter-commissaris beoogt volledig en onbeperkt te zijn. Dit dient ook te worden begrepen tegen de achtergrond dat binnen het stelsel van de Faillissementswet de curator in de eerste plaats de belangen van alle betrokken schuldeisers behartigt maar de rechter-commissaris het belang van alle betrokkenen - en derhalve ook die van de gefailleerde - in het oog dient te houden. De grens van wat de curator vermag c.q. dient te doen of na te laten dient te worden getrokken door de rechter-commissaris. Anders kan - zoals in onderhavig geval - in feite ook het gerechtelijk toezicht op de curator onderwerp van een enquêteonderzoek worden.'*

De bovenstaande conclusie van A-G Timmerman werd ook gesteund door de Minister van Justitie, toen hem in het kader van een algemeen overleg om een reactie op de conclusie werd gevraagd. De Minister van Justitie gaf hierop het volgende antwoord: *"Het oordeel van de Ondernemingskamer dat aldus niet kan worden opgekomen tegen eventueel wanbeleid van de curator, miskent dat de curator op grond van de Faillissementswet verantwoording moet afleggen voor zijn optreden en dat de schuldenaar - in dit geval derhalve het bestuur van de failliete moederverenootschap - de rechter-commissaris op grond van artikel 69 Fw kan verzoeken om de curator te gelasten een enquêteverzoek met betrekking tot de dochtervennootschap te doen [...] in dit verband merk ik nog op dat de curator bij het beheer over de boedel van de failliete vennootschap niet optreedt als bestuurder van die vennootschap, zodat toepassing van het enquête recht niet aan de orde is."*<sup>10</sup>

De tweede benadering waarbij wordt uitgegaan van de doelstellingen van het enquêterecht, is verdedigd door Willems.<sup>11</sup> Willems meent dat, zodra de curator op grond van artikel 98 Faillissementswet de door de failliete rechtspersoon in stand gehouden onderneming gaat voortzetten, zijn handelen onderwerp kan zijn van een enquêteprocedure. Volgens Willems bestaat er een eigenlijke taak van de curator, en valt het voortzetten van de onderneming daar niet onder. Handelen dat gericht is op het beheer over en de afwikkeling van het vermogen van de vennootschap valt onder de eigenlijke taak van de curator en wordt genormeerd door de Faillissementswet en gecontroleerd door de rechter-commissaris. Willems meent dat (alleen) dat handelen geen onderwerp dient te zijn van een onderzoek en beoordeling door een andere rechter. Zodra de curator zich gaat belasten met het voortzetten van de door de failliete rechtspersoon in stand gehouden onderneming begeeft de curator zich wat Willems betreft buiten zijn eigenlijke taak. In dat geval zijn in de eerste plaats de beginselen van verantwoord ondernemerschap van toepassing. De beoordeling daarvan dient plaats te vinden in het kader van het enquêterecht, aldus Willems: *"De opvatting dat dat anders zou zijn vanwege het in de faillissementswet geregelde toezicht belast de rechter commissaris met een taak - en daarmee met een verantwoordelijkheid - die niet op zijn schouders behoort te rusten en voor de uitoefening waarvan hem de middelen en mogelijkheden ontbreken."*

#### 4. Recente ontwikkelingen

De discussie tussen Van Mierlo en Willems is tot op heden nog relevant. In een recente zaak bij de Ondernemingskamer verzocht de bestuurder van een failliete vennootschap in de retail-branche de Ondernemingskamer (onder andere) een onderzoek te gelasten naar het handelen van de curatoren over de periode van het faillissement.<sup>12</sup> De Ondernemingskamer overwoog dat het handelen van de curator in beginsel geen onderwerp van enquête kan zijn omdat het handelen niet aan de rechtspersoon wordt toegerekend. De Ondernemingskamer overweegt vervolgens dat de curator onder toezicht van de rechter-commissaris staat en dat dit toezicht daarmee uitputtend beoogt te zijn. Er is geen ruimte voor een rechterlijke toetsing door middel van het enquêterecht van de wijze waarop de curator zijn taak uitoefent. Echter, aanvullend daarop overweegt de Ondernemingskamer dat een rechterlijke toetsing door middel van het enquêterecht wel mogelijk is, indien een curator de onderneming van de gefailleerde rechtspersoon voortzet op grond van artikel 98 Faillissementswet. De Ondernemingskamer volgt dus de opvatting van Willems.<sup>13</sup>

## 5. Enkele opmerkingen

Wij zijn het met Van Mierlo eens dat de normering van het handelen van de curator in de Faillissementswet uitputtend beoogt te zijn, en dat de positie van de curator (wiens handelen niet aan de vennootschap kan worden toegerekend) zodanig is dat zijn handelen geen wanbeleid in de zin van het enquêterecht kan opleveren. Dit is niet anders als de curator de onderneming voortzet. De curator handelt in het belang van de boedel. In dat belang heeft hij bij wet bevoegdheden toegewezen gekregen op grond waarvan hij vorderingen kan verhalen, de activa in kaart kan brengen en discussies met financiers en leveranciers kan voeren. Tot deze bevoegdheden behoort ook de mogelijkheid om de onderneming voort te zetten. Het is ons inziens niet zo dat de curator een eigenlijke taak heeft waar het voortzetten van de onderneming niet onder valt.

Een dergelijk onderscheid tussen de eigenlijke taak van de curator, en de (oneigenlijke?) bevoegdheid de onderneming voort te zetten leidt ook in de praktijk makkelijk tot problemen. Wanneer is een handeling in de uitoefening van de eigenlijke taak verricht en wanneer is een handeling verricht in uitoefening van de voortzetting van de onderneming?

Daarnaast zijn wij niet overtuigd door de stelling dat een rechter-commissaris het handelen van de curator bij voortzetting van de onderneming niet zou kunnen beoordelen. De afwikkeling van een faillissement door een curator is een specifieke (en vaak zeer uitdagende) taak. Onder grote tijdsdruk moeten er belangrijke en ingrijpende beslissingen worden genomen. De beslissing om de onderneming wel of niet tijdelijk voort te zetten is vaak een dergelijke beslissing, die potentieel ingrijpende gevolgen kan hebben. Nadat deze beslissing is genomen verandert het speelveld van de curator niet. Er ontstaat niet (ineens) een situatie waarin de curator gelijk gesteld kan worden met het bestuur van een vennootschap. Het blijft een failliete vennootschap waarin de gebruikelijke discussies met schuldeisers, de bank, de aandeelhouders en bestuurders gevoerd moeten worden. Tot de beoordeling van besluiten van een curator in dat speelveld is een rechter-commissaris (juist) heel wel in staat. De rechter-commissaris toetst daarbij in volle omvang en weegt daarbij ook mee dat de curator zowel belangen van maatschappelijke aard als van continuïteit van de onderneming in zijn afweging moet betrekken. Mocht een (rechts)persoon menen dat de curator bij het voortzetten van de onderneming jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld, dan biedt artikel 6:162 BW een (in de jurisprudentie ingevuld) kader voor de beoordeling van een eventuele vordering tot vergoeding van schade.

## Voetnoten:

1. Hof Amsterdam (OK) 22 december 1983, NJ 1985, 383, m.nt. Ma. (OGEM I), Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2003, JOR 2003/84 (S.H.G.P. Tussenholding en Mobrass verzekeringen B.V.), rov. 3.20; Hof Amsterdam (OK) 29 april 2003, JOR 2003/167 (Decidewise), rov. 3.7, en OK 5 juli 2010, ARO 2010/109 (Van der Moolen), rov. 3.25. R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure, VDHI, nr. 145, 2017, par. 2.5.5.3. Zie ook S.C.J.J. Kortmann, noot onder HR 15 januari 1997, JOR 1997/30, punt 3. (Vie d'Or); Asser-Maeijer 2-III, par. 520; Wessels, Het recht van enquête en de faillissementscurator, verkenning op het grensvlak van rechtspersonenrecht en insolventierecht, Ondernemingsrecht 2001/16, p. 491; Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II\* 2009/734; en B.F. Assink/W.J. Slagter, Compendium Ondernemingsrecht (Deel 2), Deventer: Kluwer 2013, par. 90.
2. Zie o.a. de artikelen 72, 98, 103, 104, 174 en 176 Faillissementswet.
3. HR 24 februari 1995, [ECLI:NL:HR:1995:ZC1643](#).
4. Artikel 69 lid 1 Faillissementswet.
5. HR 10 mei 1985, [ECLI:NL:PHR:1985:AG5014](#).
6. HR 10 januari 1990, [ECLI:NL:HR:1990:AC1233](#), r.o. 4.1, (Ogem).

7. J.M.M. van Mierlo, Enige aspecten van samenloop van enqueterecht en insolventierecht Ondernemingsrecht 2005, 138.
8. HR 15 januari 1997 [ECLI:NL:HR:1997:AD2672](#), r.o. 4.5.2.
9. HR 29 april 2005, [ECLI:NL:PHR:2005:AT0144](#) (Polisol).
10. Kamerstukken II 2004/05, 17 050 en 29 810, nr. 301.
11. J.H.M. Willems, Insolventierecht en enquêterecht: over convergerende en conflicterende rechtsgebieden, Tvl 2004,53.
12. Hof Amsterdam (OK) 3 maart 2020, ECLI [ECLI:NL:GHAMS:2020:907](#). Een van de curatoren van de vennootschap is een kantoorgenoot. Wij zijn betrokken geweest bij het verweer tegen het enquêteverzoek.
13. In deze procedure was overigens, aldus de Ondernemingskamer, géén sprake van handelen van de curatoren dat kwalificeert als voortzetten van de gefailleerde rechtspersoon op grond van artikel 98 Faillissementswet omdat i) het gaat om een Holdingvennootschap zonder eigen onderneming, ii) de curatoren, met toestemming van de rechter-commissaris, de verkoop van de voorraad hebben gecontinueerd en de winkelpanden hebben ontruimd, om in het belang van de gezamenlijke schuldeisers de boedelopbrengsten te maximaliseren en iii) de curatoren pogingen hebben ondernomen om te komen tot een verkoop van de gehele voorraad in het kader van een doorstart, met verzet daartegen door het bestuur.

**Datum:** 20200529