

# De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator: oppassen geblazen, steeds meer ‘regels’! Een overzicht van de stand van zaken

Tvl 2019/5

In dit artikel wordt de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator besproken in relatie tot de door hem in acht te nemen ‘regels’. De Hoge Raad overweegt in zijn arrest van 9 november 2018, NJ 2018/464, met noot F.M.J. Verstijlen dat een curator die een ‘regel’ niet nakomt in beginsel persoonlijk aansprakelijk is jegens derden met wier belangen hij bij de naleving van die regel rekening dient te houden. In de bijdrage wordt stilgestaan bij diverse vragen. Welke ‘regels’ dienen te worden nagekomen, welke mate van persoonlijke verwijtbaarheid van de curator is nodig voor vaststelling van definitieve aansprakelijkheid en wanneer loopt een curator het meeste risico om in verband met schending van ‘regels’ in persoon te worden aangesproken?

De afgelopen maanden is reikhalzend uitgekeken naar het oordeel van de Hoge Raad over de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in faillissement die een verbod tot onderhuur van een winkelruimte gedurende de opzegtermijn niet had nageleefd. Het Hof Arnhem-Leeuwarden had geoordeeld dat door overtreding van het verbod, de curator ‘regels’ had overtreden en de curator persoonlijk veroordeeld tot betaling van door de verhuurder geleden schade, te weten ongeveer twee maanden huurderiving. Ondanks felle kritiek uit de curatorenpraktijk<sup>2</sup> verwerpt de Hoge Raad op 9 november 2018 het cassatieberoep en laat het oordeel van het hof, in navolging van de conclusie van de A-G, in stand.<sup>3</sup> In deze bijdrage zal een overzicht worden gegeven van de ontwikkelingen in de rechtspraak op het gebied van de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator en vooral worden stilgestaan bij door de curator in acht te nemen ‘regels’.

## 1. De standaardarresten *Maclou* en *Prakke/Gips*

Het standaardarrest over de persoonlijke aansprakelijkheid is het *Maclou* arrest van 19 april 1996 waarin de Hoge Raad heeft overwogen dat “de curator dient 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”.<sup>4</sup> De Hoge Raad onderkent drie kenmerken van de taak van een curator: (1) hij staat niet in een contractuele rechtsbetrekking tot degene wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd; (2) hij moet soms uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen behartigen; en (3) hij behoort bij het nemen van beslissingen die vaak geen uitstel kunnen lijden ook rekening te houden met omstandigheden van maatschappelijke aard. Deze bijzondere kenmerken brengen mee dat zijn aansprakelijkheid afgestemd dient te worden op de hiervoor genoemde zorgvuldigheidsnorm.

In 2011 heeft de Hoge Raad in het arrest *Prakke/Gips* deze maatstaf aangevuld.<sup>5</sup> De Hoge Raad stelt voorop dat de curator vanwege een onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel persoonlijk aansprakelijk kan zijn ten opzichte van degenen in wier belang hij die taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke) schuldeisers en tegen derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van zijn taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat voor zover de curator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan ‘regels’, hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toekomt. De curator dient zich in een dergelijk geval te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer of die afwikkeling uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt. Bij de toetsing daaraan past *terughoudendheid* aldus de Hoge Raad. Voor persoonlijke aansprakelijkheid is immers vereist dat de curator ook *persoonlijk een verwijt* kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien.<sup>6</sup> De Hoge Raad maakt zodoende onderscheid tussen gevallen waarin de curator is gebonden aan ‘regels’ en dat niet is. Strikte toetsing in het eerste geval en terughoudende toetsing in het tweede geval.

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: R. Mulder, ‘De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator: oppassen geblazen, steeds meer ‘regels’! Een overzicht van de stand van zaken’, *Tvl* 2019/5. Mr. drs. R. Mulder is advocaat bij Pot Jonker Advocaten in Haarlem.

2 D.M. Van Geel, ‘Is de onderverhurende curator kwetsbaar?’, *Tijdschrift Zekerheden en Insolventiepraktijk* 2017, p. 44-48; annotatie F.B. Bosvelt onder de uitspraak van het hof in *JOR* 2017/245; L.L. de Boef, ‘Wanprestatie van de curator tijdens de boedelperiode’, *HIP* 2018/3, p. 29.

3 HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067; *NJ* 2018/464, met noot F.M.J. Verstijlen.

4 HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727.

5 HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515, met noot F.M.J. Verstijlen.

6 Na verwijzing door de Hoge Raad neemt het hof geen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator aan, zie Hof Den Haag 19 november 2013, *NJF* 2014/67.

## 2. Regels: van terughoudende toetsing naar strikte toetsing

De eerste vraag die moet worden beantwoord is wanneer de curator is gebonden aan 'regels'.<sup>7</sup> Voordat die vraag wordt beantwoord en in dat kader de uitspraak van de Hoge Raad van 9 november 2018 wordt besproken, zullen eerst een aantal voorbeelden uit de bestaande jurisprudentie worden aangehaald waarbij sprake is van handelen in strijd met 'regels'.

### 2.1 Handelen in strijd met de wet

De curator die in strijd handelt met de *wet*, zoals artikel 3:277 BW hoeft op weinig clementie te rekenen.<sup>8</sup> In het faillissement van Pharma Bio-Research wordt de gefailleerde onderneming vrij snel na het uitspreken van het faillissement door de curator verkocht, waarbij met de koper overeen wordt gekomen dat de koopsom rechtstreeks wordt voldaan aan de schuldeisers in het faillissement. Preferente crediteuren ontvangen 80% van hun vordering en concurrente crediteuren 40%. Eén schuldeiser ontvangt echter niets. De curator meent namelijk dat die schuldeiser geen vordering (meer) heeft. Later wordt de vordering echter alsnog in een renvooiprocedure vastgesteld. Een door de curator tegen de koper ingestelde vordering om de 40% alsnog uit te betalen strandt. De boedel is verder leeg.

Het hof overweegt dat ingevolge artikel 3:277 BW schuldeisers onderling een gelijk recht hebben om, na voldoening van de kosten van executie, uit de netto-opbrengst van de goederen van hun schuldenaar te worden voldaan naar evenredigheid van ieders vordering, behoudens de door de wet erkende redenen van voorrang. De curator is gebonden aan artikel 3:277 BW en (het systeem van) de Faillissementswet dat voorschrijft dat alle baten onder alle schuldeisers worden verdeeld. In die zin komt de curator geen beoordelingsvrijheid toe. De curator was volgens het hof op de hoogte van de aanzienlijke vordering van de schuldeiser en had ervoor moeten zorgen dat de schuldeiser op gelijke voet als de andere concurrente schuldeisers zou meedelen in de boedel. Indien de curator van mening was dat de vordering niet diende mee te delen, had het op zijn weg gelegen hierover met de schuldeiser in onderhandeling te treden. De curator heeft bij de verkoop van de activa voor deze constructie gekozen en het had op zijn weg gelegen om hierbij de "concursum creditorum" te bewaken. Het hof concludeert dat de curator een persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van het feit dat ten opzichte van de schuldeiser de "paritas creditorum" ernstig is geschonden en is daarom in persoon aansprakelijk voor de schade die de schuldeiser als gevolg daarvan heeft geleden.

7 Die vraag wordt ook gesteld door Van Geel: D.M. van Geel, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator; het lustrum van Prakke/Gips', *Tijdschrift voor Financiering Zekerheden en Insolventiepraktijk* 2017/54, p. 42-47.

8 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1922, *JOR* 2018/137.

### 2.2 Handelen in strijd met een bevel van de rechter-commissaris

Indien de rechter-commissaris op de voet van artikel 69 Fw een *bevel* geeft aan de curator om zekerheid te verlangen bij de verkoop en de curator negeert dat bevel, dan bestaat er in beginsel ook geen beleidsruimte. De conclusie van het hof dat de curator zijn taak in deze zaak in ernstige mate heeft verwaarloosd en de curator persoonlijk aansprakelijk is, gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting.<sup>9</sup>

### 2.3 Handelen in strijd met jurisprudentie op grond van onverschuldigde betaling en incasso van verpande vorderingen

In *Ontvanger/Hamm q.q.*<sup>10</sup> is de regel aanvaard dat ná faillissement verrichte *onverschuldigde betalingen* buiten de boedel om terstond ongedaan moeten worden gemaakt, indien tussen de gefailleerde en degene die aan hem betaalde geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan die aanleiding tot de betaling gaf en de betaling slechts het gevolg is van een onmiskenbare vergissing. Een curator die zich hier niet aan houdt en het bedrag gebruikt voor voldoening van zijn eigen salaris, is volgens het Hof Den Haag persoonlijk aansprakelijk voor de schade.<sup>11</sup>

De relatie tussen schuldenaar, pandhouder en curator is in meerdere arresten van de Hoge Raad aan de orde gekomen.<sup>12</sup> De spelregels die gelden voor de *incasso van verpande vorderingen* in faillissement zijn dat, zodra de pandhouder aan de curator kenbaar heeft gemaakt dat hij zijn pandrecht wil uitoefenen, de curator zich dient te onthouden van actieve inning. De curator mag die positie vervolgens niet ondermijnen door meteen na faillissement tot inning van verpande debiteuren over te gaan. Steeds dient voor professionele pandhouders een termijn van 14 dagen te worden afgewacht en voor niet professionele pandhouders wellicht langer. Tenzij de pandhouder heeft aangegeven zelf de debiteuren te gaan innen, mag de curator pas na die termijn zelf daartoe overgaan. In de zaak *Rabobank/Verdonk q.q.* spreekt de Rabobank de curator in hoedanigheid en persoonlijk aan omdat deze actief in strijd met deze regels verpande debiteuren incasseert. Het hof oordeelt dat wanneer de curator op incasso van verpande vorderingen gerichte activiteiten verricht, terwijl hij dat tegenover de bank als stille pandhouder behoort na te laten, de bank voor afdracht aan haar

9 HR 27 november 1998, NJ 1999/685, met noot P. van Schilfgaarde (*Komdeur q.q./Nederlandse Antillen*), *JOR* 1999/71, met noot S.C.J.J. Kortmann. Uit de beslissing mag volgens Kortmann niet worden afgeleid dat ieder handelen van een curator in strijd met een beschikking van de rechter-commissaris steeds een onrechtmatige daad oplevert jegens belanghebbende(n). Het hof heeft daarbij gewezen op het niet nakomen van de beschikking van de rechter-commissaris en op de voorgeschiedenis van die beschikking.

10 HR 6 september 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2419, NJ 1998/437.

11 Hof Den Haag 1 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3264, *JOR* 2016/78, met noot D.M. van Geel.

12 HR 17 februari 1995, NJ 1996/471 (*Mulder q.q./CLBN*); HR 22 juni 2007, NJ 2007/520 (*ING/Verdonk q.q.*), HR 30 oktober 2009, NJ 2010/96 (*Hamm q.q./ABN Amro*) en HR 5 februari 2016, NJ 2016/187 (*Rabobank/Verdonk q.q.*); vergelijk tevens E.A.L. van Emden, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in verband met verpande vorderingen', in: *Maandblad van vermogensrecht* 2017, nummer 7-8, p. 243-249.

van hetgeen de curator als gevolg daarvan heeft ontvangen een boedelvordering heeft met de aan haar pandrecht verbonden voorrang. De boedelvordering van de pandhouder wegens schadevergoeding voor onrechtmatig door de curator geïnde verpande vorderingen gaat echter niet voor op de kosten van executie en vereffening, waaronder begrepen salaris en verschotten van de curator.

De Hoge Raad overweegt echter – in een overweging ten overvloede nu tegen de afwijzing van de persoonlijke aansprakelijkheid in eerste aanleg door de bank geen beroep was ingesteld – dat indien de curator in strijd met de regels voor de inning van stil verpande vorderingen handelt, hem geen vrijheid toekomt. Indien hij de desbetreffende regels niet in acht neemt, handelt hij niet zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht en kan hij persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schade die de pandhouder als gevolg van die handelwijze lijdt.

3. **Handelen in strijd met een tot de curator gerichte ‘regel’ (het verbod om een voortdurende prestatie te beëindigen, in dit geval een verbod tot onderhuur/ingebruikgeving aan een derde in een huurovereenkomst); Uitspraak Hoge Raad d.d. 9 november 2018 (De Klerk q.q. en El Ayoubi pro se/X)<sup>13</sup>**

In de zaak *De Klerk q.q. en El Ayoubi pro se/X* komt de vraag aan de orde of een curator persoonlijk aansprakelijk is voor de schade die de verhuurder lijdt indien de curator in strijd met het verbod van onderhuur in de huurovereenkomst, tijdens de opzegtermijn het gehuurde (een winkelruimte) tijdelijk zonder toestemming aan een derde, te weten de koper van activa (schoenen) in gebruik geeft.

3.1 **Feiten**

De feiten in deze zaak zijn als volgt. Bij vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant d.d. 20 augustus 2013 wordt de onderneming failliet verklaard, met aanstelling van mr. El Ayoubi tot curator. De volgende dag zegt de verhuurder de huurovereenkomst op per 30 november 2013. Op 3 oktober 2013 wijst de verhuurder de curator op het feit dat niet mag worden onderverhuurd, maar dat hij wil onderzoeken of met de koper van activa tot overeenstemming kan worden gekomen. Op 8 oktober 2013 schrijft de verhuurder opnieuw dat hij zich verzet tegen een verboden onderhuur. Daarop bericht de curator de verhuurder op 18 oktober 2013 dat de in de winkel aanwezige activa zijn verkocht aan de koper (de bestuurder van de onderneming) en dat zij ervan uitgaat dat de koper en de verhuurder overleg zullen voeren over het sluiten van een eventuele huurovereenkomst. De curator geeft de koper tot 27 november 2013 de toegang tot

het pand. Aan de gevel zijn grote borden aangebracht met de tekst: faillissementsverkoop. Aan de sommatie van de verhuurder van 23 oktober 2013 om het onrechtmatig gebruik van de winkel te staken, geeft de curator geen gevolg. Op 28 oktober 2013 wordt de koop/koopovereenkomst van de winkelinventaris en voorraad vastgelegd, waarbij een koopsom van € 15.000 wordt overeengekomen. De verhuurder ontvangt geen huur over de maanden oktober en november 2013. De koper betaalt nog wel rechtstreeks aan de verhuurder een gebruikersvergoeding over de maanden december 2013 en januari 2014. Uiteindelijk komt er geen nieuwe huurovereenkomst met de koper tot stand.

Op 22 april 2014 dagvaardt de verhuurder mr. El Ayoubi zowel in haar toenmalige hoedanigheid van curator als pro se. Gevorderd wordt te verklaren voor recht dat de curator verwijtbaar tekort is geschoten in de nakoming van de voor haar voortvloeiende verplichtingen uit de huurovereenkomst en dat de handelwijze van de curator onrechtmatig is jegens de verhuurder als gevolg waarvan de curator ook pro se aansprakelijk is. Verder wordt verzocht om de curator pro se te veroordelen tot vergoeding van de geleden schade die wordt begroot op € 6.500, met veroordeling van de curator q.q. en pro se in de kosten van het geding. Op 22 september 2014 wordt mr. De Klerk benoemd tot opvolgend curator.

3.2 **Uitspraak kantonrechter en hof**

Bij vonnis van 16 januari 2015 wijst de kantonrechter te Nijmegen de gevraagde verklaringen voor recht toe en veroordeelt de curator pro se tot betaling van een bedrag van € 5.250, met veroordeling van de curator q.q. en pro se in de kosten van het geding. De kantonrechter stelt voorop dat het faillissement geen invloed heeft op wederkerige overeenkomsten en dat wanneer de failliet het gehuurde niet mag onderverhuren, de curator dat ook niet mag. De kantonrechter toetst aan de Maclou-norm en is van oordeel dat de curator de gerechtvaardigde belangen van de verhuurder welbewust heeft achtergesteld bij haar eigen belang bij haar eigen bezoldiging.

In navolging van de kantonrechter, is ook het Hof Arnhem-Leeuwarden van oordeel dat de curator persoonlijk aansprakelijk is voor de schade die door de verhuurder wordt geleden en bekrachtigt de uitspraak van de kantonrechter.<sup>14</sup>

Het hof verwierpt de stelling van de curator dat het gebruik uitsluitend ten doel had om een doorstart te faciliteren en/of de winkelruimte te ontruimen, nu de verhuurder geen toestemming had gegeven voor een indeplaatsstelling ex artikel 7:307 BW. Het hof toetst de persoonlijke aansprakelijkheid aan de norm van het *Prakke/Gips* arrest en overweegt dat de curator in deze zaak is gebonden aan ‘regels’, te weten de rechten van de verhuurder die hij als curator moet respecteren en nakomen.

13 HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067; NJ 2018/464, met noot F.M.J. Verstijlen.

14 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2016.

Bij de beoordeling van de vraag of de curator zich onzorgvuldig van haar taak heeft gekweten, neemt het hof voorts in aanmerking dat de curator geen enkele waarborg heeft verstrekt voor de nakoming van de verplichtingen uit de (gedurende de opzeggingsperiode nog lopende) huurovereenkomst. Ook acht het hof onzorgvuldig dat de curator ondanks verzet tegen de onderhuur of ingebruikgeving aan de derde (het hof laat in het midden om welke kwalificatie het gaat) en herhaalde verzoeken van de verhuurder om informatie over en contact met de potentiële nieuwe huurder, deze pas heeft verstrekt nadat zij de winkelruimte al aan de derde ter beschikking had gesteld. Het hof is van oordeel dat het handelen van de curator zo onzorgvuldig is en zo ongebruikelijk dat de curator het onjuiste van haar handelen zou hebben moeten inzien zodat haar een persoonlijk verwijt van haar onzorgvuldig handelen, kan worden gemaakt. Het hof acht de curator dan ook persoonlijk aansprakelijk voor de geleden schade. Nu vast zou staan dat de koper bereid was om een vergoeding te betalen en deze aan de curator is betaald, is volgens het hof causaal verband aanwezig tussen de onrechtmatige gedraging en de schade die bestaat uit de misgelopen gebruiksvergoeding.

Op deze uitspraak is veel kritiek van curatoren gekomen.<sup>15</sup> Levert schending van het verbod om te onderhuren wel een boedelschuld op tegen de verhuurder? Heeft de curator niet het recht om te wanpresteren zoals in *Nebula* is beslist?<sup>16</sup> Bestaat er hoe dan ook niet een concurrente boedelschuld ex artikel 39 Fw nu de curator gedurende de opzegtermijn het pand nog niet hoeft te ontruimen? Bij een negatieve boedel hoeft/kan die vergoeding toch ook niet worden betaald, waarom nu dan wel? Welke 'regel' heeft de curator dan overtreden en was die 'regel' wel voldoende duidelijk voor de curator? Is de handelwijze van de curator wel zo ongebruikelijk als het hof aangeeft?

### 3.3 Oordeel Hoge Raad; overtreding van een 'regel' leidt in beginsel tot persoonlijke aansprakelijkheid

In cassatie wordt in de eerste plaats bestreden dat de verplichting tot betaling van schadevergoeding ter zake van het tekortschieten van de curator moet worden aangemerkt als boedelschuld. Indien er geen sprake is van een boedelschuld, maar slechts van een verifieerbare vordering is persoonlijke aansprakelijkheid van de curator namelijk niet aan de orde. De Hoge Raad overweegt:

"In HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*) is overwogen dat de faillissementstoestand de curator niet de bevoegdheid geeft om een voortdurende prestatie van de schuldenaar die bestaat uit een dulden of nalaten, 'actief' te beëindigen. Het hof heeft in cassatie onbestreden, geoordeeld dat de in-

gebruikgeving door de curator van de bedrijfsruimte aan [B] in strijd was met de verplichting om het gehuurde niet in gebruik te geven aan een derde. Het gaat hier om 'actieve' schending door de curator van een voortdurende verplichting van de schuldenaar tot nalaten als hiervoor bedoeld. Deze schending moet worden gelijkgesteld aan een 'actieve' beëindiging als bedoeld in het arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q.* Nu de curator daartoe niet bevoegd was, is sprake van een handelen van de curator in strijd met een in hoedanigheid na te leven verplichting als bedoeld in rov. 3.7.1 van HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*). In dat geval is sprake van een boedelschuld. Het onderdeel faalt derhalve."

De Hoge Raad concludeert derhalve dat wel degelijk sprake is van een boedelschuld nu de curator in haar hoedanigheid een ook door haarzelf na te komen verplichting heeft geschonden. Bovendien wordt een 'actieve schending' van een voortdurende verplichting tot nalaten gelijkgesteld met een 'actieve beëindiging' als bedoeld in het arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q.*

Onderdeel II klaagt dat onjuist dan wel onbegrijpelijk is dat het hof enerzijds heeft vastgesteld dat de curator gebonden is aan regels (en dus weinig tot geen vrijheid had) terwijl het anderzijds heeft overwogen dat de curator een persoonlijk verwijt van dit onzorgvuldig handelen kan worden gemaakt. Bij toepassing van regels komt de curator geen beleidsvrijheid toe, en daarom zou ook geen sprake kunnen zijn van een bepaalde mate van onzorgvuldigheid of ongebruikelijkheid.

Dit lijkt een wat wonderlijk cassatiemiddel, maar is zo te zien bedoeld om vast te stellen welke norm moet worden toegepast voor persoonlijke aansprakelijkheid als een curator is gebonden aan 'regels'.

Onderdeel III acht onjuist of onbegrijpelijk dat het hof onder 'regels' waaraan de curator is gebonden mede heeft verstaan de inhoud van de voor het faillissement gesloten huurovereenkomst en de daaruit voortvloeiende rechten van verweerder. De volgens het hof geschonden regel ziet op de verplichtingen die voortvloeien uit een voor de failliet geldende huurovereenkomst en niet op een voor de curator in haar hoedanigheid voorgeschreven regel. De wederkerige (huur)overeenkomst kan niet worden aangemerkt als een regel als bedoeld in *Prakke/Gips*, aldus het onderdeel.

Ook deze middelen falen. De Hoge Raad overweegt:

"Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe (zie het arrest *Prakke/Gips*). Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de norm van HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), te weten dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd

15 D. M. Van Geel, 'Is de ondervervurende curator kwetsbaar?', *Tijdschrift Zekerheden en Insolventiepraktijk* 2017, p. 44-48; annotatie F.B. Bosvelt onder de uitspraak van het hof in *JOR* 2017/245; L.L. de Boef, 'Wanprestatie van de curator tijdens de boedelperiode', *HIP* 2018/3, p. 29.

16 HR 3 November 2006, *NJ* 2007/155.

van een over voldoende inzicht en ervaring beschikende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend.

Voor zover de curator wel is gebonden aan regels, heeft hij de hiervoor genoemde beleidsvrijheid niet. Komt hij die regels niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden.

Op zichzelf betoogt onderdeel III terecht dat sprake is van schending van een verplichting die volgt uit een voor de failliet geldende overeenkomst en dat uit zo'n schending op zichzelf nog geen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator volgt. Hier is echter sprake van een 'actieve' schending door de curator van een voortdurende verplichting die bestaat uit een nalaten. Een zodanige verplichting rust (ook) op de curator in diens hoedanigheid en moet – anders dan het onderdeel betoogt – worden aangemerkt als een tot de curator gerichte 'regel' als bedoeld in het arrest *Prakke/Gips*.

De omstandigheid dat een curator bij zijn gebondenheid aan regels niet de in het arrest *Prakke/Gips* bedoelde beleidsvrijheid heeft, betekent nog niet dat het enkele niet naleven van die regels steeds tot zijn persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Het hof heeft in het partijdebat en de omstandigheden van dit geval aanleiding gezien om te onderzoeken of – en te oordelen dat – de curator in dit geval tevens een persoonlijk verwijt trof. Anders dan onderdeel II kennelijk betoogt, heeft het hof hiermee niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting."

De Hoge Raad overweegt derhalve dat schending van een voor faillissement gesloten overeenkomst op zichzelf nog niet tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator leidt. In dit geval is echter sprake van een actieve schending van een voortdurende verplichting die bestaat uit een nalaten. Een dergelijke verplichting moet worden aangemerkt als een tot de curator gerichte 'regel'. Komt hij die 'regel' niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die 'regels' rekening diende te houden. Verder overweegt de Hoge Raad dat het hof in het partijdebat en de omstandigheden van het geval aanleiding heeft gezien om te onderzoeken en te oordelen dat in dit geval tevens sprake is van een persoonlijk verwijt.

Onderdeel VI tenslotte bestrijdt het causaal verband en de schade. In het cassatiemiddel is gesteld dat de aan de verhuurder toekomende huur als boedelschuld vaststond en niet lager is geworden als gevolg van de onderverhuur. Daarnaast is bestreden dat de verhuurder de mogelijkheid is ontnomen om gedurende de opzegtermijn huur te bedingen en aldus schade zou hebben geleden. Gedurende de opzegtermijn had de verhuurder helemaal geen bevoegdheid of mogelijkheid om huur te bedingen.

De Hoge Raad verwerpt ook deze stelling:

"De klaarblijkelijke gedachtegang van het hof is de volgende geweest. De curator had, ook afgezien van het belang bij de opbrengst van de onderverhuur, belang bij ingebruikgeving van de winkelruimte aan [B] omdat laatstgenoemde een bedrag van €15.000 wilde betalen voor de winkelinventaris, winkelvoorraad en goodwill. Gezien het verzet van verhuurder tegen ingebruikgeving van de winkelruimte aan een derde, had de curator dit boedelbelang kunnen veiligstellen door de medewerking van de verhuurder te verzoeken aan een ingebruikgeving van het gehuurde aan [B] of een indeplaatsstelling van [B] als huurder. In dat geval zou de gebruiksvergoeding – die [B] bereid was te betalen – aan de verhuurder ten goede zijn gekomen. Ook de verhuurder had belang bij indeplaatsstelling, aangezien inning van de huur bij de boedel onzeker was. De boedelvordering van de verhuurder is in werkelijkheid onbetaald gebleven als gevolg van de omvang van de (hoog) preferente boedelvorderingen (waaronder het salaris van de curator).

Uit het bovenstaande volgt dat het hof een vergelijking heeft gemaakt tussen de feitelijke situatie (waarin de boedelvordering van de verhuurder onbetaald is gebleven) en de hypothetische situatie waarin de curator (ook) rekening zou hebben gehouden met de belangen van de verhuurder (in welk geval de verhuurder van [B] een gebruiksvergoeding zou hebben ontvangen). Op grond van deze vergelijking heeft het hof kunnen oordelen dat de verhuurder schade heeft geleden die in causaal verband staat tot de schending van de tot de curator gerichte gedragsnorm."

Indien de Hoge Raad meent dat het hof iets klaarblijkelijk heeft gedacht, is het maar de vraag of die gedachte ook bij het hof zelf is opgekomen, maar dat terzijde. De door de verhuurder geleden schade wordt niet gerelateerd aan de situatie dat de overeenkomst met de gegadigde *niet* zou zijn doorgegaan omdat de verhuurder diens medewerking daaraan zou hebben onthouden en *geen* van partijen een opbrengst zou hebben verkregen, maar met de situatie dat de curator *wel* een overeenkomst zou hebben gesloten en/of in ieder geval een gebruikersvergoeding aan de verhuurder zou zijn afgedragen. De medewerking van de verhuurder wordt zodoende verondersteld. Die hypothetische situatie is inderdaad nogal hypothetisch omdat uit de feitelijke gang van zaken volgens mij niet zonder meer kan worden vastgesteld, dan wel zeer aannemelijk is dat de verhuurder er mee akkoord zou zijn gegaan dat de koper de toegang tot het pand zou hebben verkregen, ook als er wel aan de verhuurder zou zijn betaald.<sup>17</sup> Op de schade en de causaliteit

17 De A-G is van oordeel dat het in de rede ligt dat de verhuurder zou hebben ingestemd met een indeplaatsstelling nu inning van de huur bij de boedel onzeker was. De verhuurder had namelijk aangegeven dit te willen onderzoeken, zie conclusie A-G Hartlief 22 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:704, onderdeel 3.42-3.45. Het enkele feit dat de verhuurder er belang bij had om medewerking te verlenen is in mijn visie onvoldoende om te veronderstellen dat die medewerking er ook zou zijn gekomen.

valt derhalve het nodige aan te merken. De uitspraak van het hof blijft in stand.

#### 4. **Stand van zaken na het arrest van 9 november 2018: De Klerk q.q. en El Ayoubi pro se/X**

##### 4.1 **Korte samenvatting oordeel Hoge Raad**

De Hoge Raad herhaalt zijn bestendige rechtspraak op basis van de *Maclou* en *Prakke/Gips* uitspraken en voegt daar nu aan toe dat een curator die 'regels' niet nakomt in beginsel persoonlijk aansprakelijk is jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden. Het is de eerste keer dat de Hoge Raad zich op deze wijze en zo streng uitlaat.

Verder leidt schending van een voor faillissement gesloten overeenkomst op zichzelf niet tot in beginsel persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, maar wel een 'actieve' schending van een voortdurende verplichting die bestaat uit een nalaten. Een dergelijke verplichting moet namelijk worden aangemerkt als een tot de curator gerichte 'regel' als bedoeld in het arrest *Prakke/Gips*. Verder betekent niet naleving van een 'regel' door de curator nog niet dat het enkele niet naleven *steeds* tot diens persoonlijke aansprakelijkheid leidt.

##### 4.2 **Wat zijn 'regels'?**

Voorop moet worden gesteld dat het voor de rechtsontwikkeling jammer is dat de Hoge Raad geen verdere invulling of uitleg van het begrip 'regel' geeft. Zonder uitleg of aanknopingspunt welke 'regel' in het algemeen als tot de curator gerichte 'regel' heeft te gelden, blijft dit nogal ruim geformuleerd en moet dit dus van geval tot geval worden beoordeeld. Blijkbaar is het vooral ruim bedoeld. Het maakt wel duidelijk dat aan het rijtje: strijd met de wet, strijd met aanwijzingen van de rechter-commissaris, in navolging van *Rabobank/Verdonk q.q.* in blokletters kan worden toegevoegd strijd met tot de curator gerichte 'regels' uit de jurisprudentie.

Opvallend is dat de 'regel' die door de curator volgens de kantonrechter en hof is overtreden – kort gezegd – het verbod van onderhuur, niet als zodanig door de Hoge Raad wordt overgenomen. Volgens de Hoge Raad is de fout van de curator gelegen in actieve schending door de curator van een voortdurende verplichting die bestaat uit een nalaten zoals bepaald in de jurisprudentie van de Hoge Raad, namelijk het arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q.* van 23 maart 2018. De Hoge Raad hanteert zodoende een andere, ruimere 'regel', maar opmerkelijk is het wel. Ik kom onder 5.3 terug op deze niet altijd goed hanteerbare nieuwe 'regel'.

##### 4.3 **Van 'in beginsel persoonlijke aansprakelijkheid' tot definitieve aansprakelijkheid; een persoonlijk verwijt blijft noodzakelijk**

Wat uit de uitspraak in ieder geval niet duidelijk wordt, is welke (aanvullende) eis geldt om bij overtreding van 'regels' van in beginsel persoonlijke aansprakelijkheid tot definitieve persoonlijke aansprakelijkheid te komen. Dient de cu-

rator dan nog (aanvullend) een persoonlijk verwijt te worden gemaakt? Welke mate van verwijtbaarheid is vereist?

In *Rabobank/Verdonk q.q.* heeft de Hoge Raad overwogen dat in het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* 'regels' zijn gegeven voor de inning van stil verpande vorderingen. Indien de curator de desbetreffende regels niet in acht neemt, handelt hij niet zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht en zal hij persoonlijk aansprakelijk kunnen zijn voor de schade die de pandhouder als gevolg van de handelwijze lijdt. Er wordt daar een koppeling aangebracht tussen enerzijds het niet in acht nemen van 'regels' en schending van de *Maclou*-norm.

Assink concludeert naar aanleiding van dat arrest dat de Hoge Raad lijkt te hebben gekozen voor een model waarin curatorsaansprakelijkheid afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en vereist dat de curator van zijn taakvervulling persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt, waarbij dat verwijt zowel een onrechtmatige daad door de curator ex artikel 6:162 lid 2 BW, als toerekenbaarheid van die daad aan de curator op basis van schuld ex artikel 6:162 lid 3 BW omvat.<sup>18</sup> Voor zover de curator is gebonden aan 'regels' geldt dat de curator minder vrijheid toekomt naarmate die regels meer zwart-wit zijn en bestaat er evenredig minder aanleiding tot een terughoudende rechterlijke toetsing. Indien een eenmaal vastgestelde schending in beginsel leidt tot een onrechtmatige daad (conform artikel 6:162 lid 2 BW), dan is de toerekenbaarheid daarvan via schuld conform artikel 6:162 lid 3 BW nog niet gegeven.

In dit geval is de Hoge Raad strenger, wordt geen koppeling gemaakt tussen overtreding van een 'regel' en de *Maclou*-norm en volgt hij evenmin de meer genuanceerde benadering waarbij wordt gezien of de 'regel' al dan niet zwart-wit is. De Hoge Raad overweegt alleen dat het hof in "*het partijdebat*" en "*de omstandigheden van het geval*" *aanleiding* heeft gezien om te onderzoeken en te oordelen dat in dit geval de curator *tevens* een persoonlijk verwijt trof. De Hoge Raad overweegt verder dat het hof daarmee geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Door het woordje 'aanleiding' in combinatie met het woordje 'tevens' suggereert de Hoge Raad dat dit onderzoek naar dat persoonlijk verwijt wel eens achterwege had kunnen blijven. Alsof de Hoge Raad zegt: prima dat het hof dit heeft onderzocht, maar het hoeft niet.

Het hof heeft inderdaad geoordeeld dat sprake is van overtreding van een 'regel' en daarnaast dat de curator een persoonlijk verwijt wordt gemaakt. De Hoge Raad zegt dat dit niet onjuist is, maar evenmin dat het noodzakelijk is dat aan beide vereisten wordt voldaan. Verstijlen merkt in zijn annotatie bij het arrest op dat de opbouw van de rechtsoverwegingen met zich lijkt te brengen dat alleen een nader

<sup>18</sup> B.F. Assink, 'Curator- en bestuurdersaansprakelijkheid in juxtapositie', *Ars Aequi* 2016/11, p. 860.

onderzoek op zijn plaats is als het partijdebat en de omstandigheden van het geval daar aanleiding toe geven.<sup>19</sup> Het is naar mijn oordeel echter niet aannemelijk dat de Hoge Raad 'het persoonlijk verwijt criterium' overboord heeft willen gooien. Ook al wordt een 'regel' overtreden, de algemene norm blijft gelden dat voor persoonlijke aansprakelijkheid is vereist dat de curator een persoonlijk verwijt moet worden gemaakt van zijn handelen. En daarvoor is vereist dat hij heeft gehandeld terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijs behoorde in te zien. De curator moet derhalve altijd een persoonlijk verwijt gemaakt kunnen worden voor persoonlijke aansprakelijkheid. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest ook dat het enkele niet naleven van 'regels' door de curator *niet steeds* tot diens persoonlijke aansprakelijkheid leidt. Er is – afhankelijk van de omstandigheden – dus meer nodig dan de enkele overtreding van een 'regel', de vraag is alleen wat precies. De A-G overweegt dat de overwegingen van het hof dat (1) de curator heeft gehandeld in strijd met de regel dat een voortdurende prestatie, bestaande uit een nalaten, niet mag worden beëindigd; en (2) de curator niet tevoren informatie of een waarborg aan de verhuurder heeft gegeven, het oordeel kunnen dragen dat de curator persoonlijk aansprakelijk is.<sup>20</sup> Die tweede overweging heeft het karakter van een (extra) persoonlijk verwijt, hoewel het niet expliciet als zodanig wordt genoemd.

Indien en voor zover een curator echter geen enkele onderbouwde verklaring geeft voor overtreding van een 'regel' zal alleen de enkele overtreding blijkbaar al als een persoonlijk verwijt beschouwd kunnen worden die direct leidt tot definitieve aansprakelijkheid. Dat zal zich in de praktijk naar valt aan te nemen echter niet snel voordoen en beperkt blijven tot absolute uitzonderingsgevallen. Die zaken ben ik tot nu toe niet in de jurisprudentie tegengekomen. Het blijft al met al nogal feitelijk door de verwijzing door de Hoge Raad naar het *partijdebat* en de *omstandigheden van het geval*.

De vergelijking met bestuurdersaansprakelijkheid doemt op en dan met name HR 29 november 2002, JOR 2003/2 (*Berghuizer Papierfabriek*) waarbij is geoordeeld dat het niet in acht nemen van de statutaire bepalingen die de vennootschap beogen te beschermen een zwaarwegende omstandigheid oplevert die in beginsel aansprakelijkheid ex artikel 2:9 BW vestigt.<sup>21</sup> De HR heeft in dat kader geoordeeld dat feiten en omstandigheden die tot de conclusie kunnen leiden dat geen sprake is van een ernstig verwijt aan het adres van de bestuurder, bij de beoordeling uitdrukkelijk moeten worden betrokken.

De conclusie is in ieder geval dat de Hoge Raad een vrij ruime mate van vrijheid aan het hof geeft om bij overtreding van een 'regel' de tweede stap te zetten voor vaststelling

van definitieve aansprakelijkheid. Daar moeten we het mee doen.

Wat in de zaak van 9 november 2018 sterk onderbelicht blijft is het feit dat de Hoge Raad nu wel oordeelt dat de curator in strijd heeft gehandeld met de 'regel' uit *Credit Suisse/Jongepier q.q.* uit 2018, maar er niets wordt gezegd over het feit dat het verweten gedrag in 2013 plaatsvond toen de 'regel' volgens mij nog niet bestond of bekend was. Hoe verwijtbaar heeft de curator dan gehandeld?

Uit het *Nebula* arrest uit 2006 en de daaropvolgende lagere rechtspraak en de literatuur leek te kunnen worden geconcludeerd dat de curator ten aanzien van door de schuldenaar aangegane verbintenissen recht heeft op niet nakoming en dus zou kunnen wanpresteren.<sup>22</sup> De Hoge Raad heeft eerst in het *Berzona* arrest in 2014 meer specifiek aangegeven dat onderscheid gemaakt dient te worden tussen passieve en actieve wanprestatie. De curator komt eerst volgens het *Berzona* arrest niet ('actief') de bevoegdheid of vordering toe die de wet of overeenkomst niet toekent, zoals ontruiming of opeising van het gehuurde als de huurovereenkomst nog loopt. De Hoge Raad oordeelt weliswaar dat in de *Nebula* uitspraak geen ander oordeel besloten ligt, maar op dat oordeel is ferme kritiek gekomen.<sup>23</sup>

Hartlief overweegt in zijn conclusie dat er situaties denkbaar zijn waarin de curator de normschending niet kan worden verweten, bijvoorbeeld wanneer de curator de betreffende regel niet kende of behoort te kennen. Bij de weerlegging van de kritiek van Van Geel en Bosvelt op het arrest van het hof geeft de A-G aan dat bedacht dient te worden dat die kritiek dateert van vóór de beslissing in 2018 in de zaak *Credit Suisse/Jongepier q.q.*<sup>24</sup> Maar als dat een argument is: wanneer was het dan voor de curator duidelijk dat die 'regel' bestaat? Opvallend is dat de Hoge Raad in het onderhavige arrest alleen verwijst naar het arrest *Koot/Tideman q.q.* uit 2013, maar niet naar het *Berzona* arrest uit 2014. Terwijl nu juist in rechtsoverweging 3.5.3 in het arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q.* van 23 maart 2018 naar het *Berzona* arrest wordt verwezen om duidelijk te maken dat de curator *niet* de bevoegdheid heeft om actief een voortdurende prestatie te beëindigen. Dit heeft meer weg van een 'ex nunc' dan een 'ex tunc' toetsing.

Hoewel op het punt van de mate van verwijtbaarheid bij de overtreding van de 'regel' door de curator vraagtekens zijn te plaatsen, neemt dit niet weg dat de curator het overleg met de verhuurder uit de weg is gegaan, de koper tegen de nadrukkelijke wil van de verhuurder de toegang tot het pand heeft gelaten en de opbrengst is aangewend voor

19 HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067; NJ 2018/464, met noot F.M.J. Verstijlen.

20 Conclusie A-G Hartlief 22 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:704, onderdeel 3.26.

21 Zie voor de uitwerking van deze vergelijking, B.F. Assink, 'Curator- en bestuurdersaansprakelijkheid in juxtapositie', *Ars Aequi* 2016/11, p. 861-866.

22 T.T. van Zanten, 'Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!' *Tvl* 2014/36; zie tevens R.M. Wibier, 'Boedelschulden, bij de curator in te dienen vorderingen en niet verifieerbare vorderingen', *Ars Aequi* 2018, annotatie bij HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, p. 722.

23 Zie de vorige noot.

24 Conclusie A-G Hartlief 22 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:704, onderdeel 3.22.

betaling van het salaris van de curator. Een procedure had voorkomen kunnen worden als de curator zich eerder met de verhuurder had verstaan en een deel van de vergoeding in depot was gezet.

## 5. Risico's curatoren

Het arrest roept de vraag op welke tot de curator gerichte 'regels' nog meer op de loer liggen. Wanneer lopen curatoren het meeste risico om op deze grond te worden aangesproken?

Van Geel bespreekt vier typen categorieën die kunnen leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator<sup>25</sup>: a) aansprakelijkheid jegens de gezamenlijke schuldeisers; b) aansprakelijkheid jegens de schuldenaar; c) inbreuk op een individueel subjectief recht; en d) een afwikkelings- of delingsfout.

Welke 'regels' gelden er nu voor deze categorieën?

### 5.1 Aansprakelijkheid jegens de gezamenlijke crediteuren

Ten aanzien van de eerste categorie – aansprakelijkheid jegens de gezamenlijke schuldeisers – merkt Van Geel op dat er veel voorbeelden uit de praktijk zijn die meestal samenhangen met de wijze waarop de curator zijn taak uitoefent en gericht zijn op de verhaalsbelangen van de schuldeisers. Denk aan het beheer en de liquidatie van de activa. Wet noch jurisprudentie geven veelal specifiek aan hoe de curator zich dient te gedragen. De meeste van de berechte gevallen gaan om ongelukkige keuzes of keuzes die nadelig uitpakken. Deze gevallen worden veelal beoordeeld op grond van de Maclou-maatstaf. Omdat de curator veel vrijheid van handelen heeft, zal de curator niet snel persoonlijk aansprakelijk zijn.

Er kunnen natuurlijk wel vragen rijzen wat nu wel en niet als 'regel' heeft te gelden. Treffend voorbeeld daarvan is de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 25 maart 2014, waarbij het hof overwoog dat het de curator niet meer was toegestaan om de rechter-commissaris te informeren over een later binnengekomen hoger bod op de activa nadat onder voorbehoud van toestemming van de rechter-commissaris door de curator al overeenstemming was bereikt met een eerdere gegadigde.<sup>26</sup> Dat zou in strijd zijn met de aan een behoorlijke afwikkeling te stellen eisen. Was dat nu een specifiek door het hof geformuleerde 'regel'? Het feit dat de rechter-commissaris geen toestemming had verleend aan de eerdere transactie vanwege die hogere bieding werd de curator aangerekend omdat het voorleggen van de hogere en latere bieding werd gezien als het beletten van de

vervulling van de opschortende voorwaarde in artikel 6:23 BW. Deze uitspraak is overladen met kritiek omdat dit zou betekenen dat de curator de rechter-commissaris in die situatie niet meer zou mogen informeren.<sup>27</sup> Het hof wijst de schadevordering van de eerdere koper tegen de curator q.q. toe, maar de pro se vordering af. De curator zou niet willen en wetens zijn tekortgeschoten. Voorts handelde de curator onder tijdsdruk en had hij zich met de door hem gevolgde handelwijze zo goed mogelijk willen kwijten van zijn taak enerzijds door een zo hoog mogelijke opbrengst voor de boedel mogelijk te maken en anderzijds de rechter-commissaris zo volledig mogelijk te informeren. De curator zou alleen een verkeerde afweging hebben gemaakt. Het hof kwalificeert dat niet als handelen in strijd met een 'regel'. Maar wat nu als zich opnieuw een dergelijke casus zou aandienen? Moet de curator dan wel of niet de rechter-commissaris informeren? Ik zou menen van wel, al was het maar vanwege de kritiek op dat arrest.<sup>28</sup> Bovendien: als het verbod om de rechter-commissaris in een dergelijk geval te informeren een 'regel' zou zijn, dan worden de regels wel heel erg minutieus. Dat lijkt mij niet de bedoeling. Dan worden curatoren overspoeld met 'regels'.

Regels, zeker als de overtreding daarvan in beginsel tot persoonlijke aansprakelijkheid leidt, dienen naar mijn oordeel breed te worden gedragen, dus als 'heersende leer' te worden gezien en nauwkeurig te zijn geformuleerd. Bovendien dienen 'regels' zich te beperken tot de kerntaken van de curator, zoals handelen in strijd met de wet, handelen in strijd met een beschikking van de rechter-commissaris en handelen in strijd met in acht te nemen 'kernprocedureregels'. Als het onduidelijk is of er wel of geen 'regel' bestaat, zou de curator zich, net als in het fiscale recht, in ieder geval op een 'pleitbaar standpunt' moeten kunnen beroepen. Zelfs als er een 'heersende leer' is en/of lagere jurisprudentie, moet er ruimte zijn om van die 'regels' af te wijken. Anders gezegd: in die gevallen dient de normschending de curator niet te kunnen worden verweten. Net als voor 'bange' bestuurders, geldt dat de praktijk niets heeft aan 'bange' curatoren. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat curatoren zich moeten gedragen als 'Zonnekoning', maar ruimte voor afweging in situaties die niet zo zwart-wit zijn dient geboden te worden.<sup>29</sup>

Het arrest van het hof doet wel de vraag rijzen of tot de curator gerichte 'regels' uit de jurisprudentie alleen door de Hoge Raad geformuleerd zouden moeten worden en niet door lagere rechters. Gezien de verstrekkende gevolgen van het formuleren van 'regels' is dat mijns inziens inderdaad het geval. Een andere opvatting zou bovendien tot een wildgroei aan 'regels' kunnen lijden, die niet zijn getoetst door de Hoge Raad.

25 D.M. van Geel, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator; het lustrum van Prakke/Gips', *Tijdschrift voor Financiering Zekerheden en Insolventiepraktijk* 2017/54, p. 42-47.

26 Hof Den Haag 25 maart 2014 ECLI:NL:GHDHA:2014:891, *JOR* 2014/341, met noot T.H.D. Struycken, zie tevens F.M.J. Verstijlen, 'De rol van de curator en de rechter-commissaris bij biedingsprocedures', *Tvl* 2014/32.

27 Zie de vorige noot.

28 Indien de curator echter in een biedingsprotocol een bepaling zou hebben opgenomen dat te late biedingen niet aan de rechter-commissaris worden verstrekt, dient de curator zich daar vanzelfsprekend aan te houden.

29 Om in de terminologie te blijven van F.M.J. Verstijlen in zijn noot onder HR 9 november 2018, *NJ* 2018/464.



## 5.2 Aansprakelijkheid jegens de schuldenaar

Ten aanzien van de *tweede* categorie – aansprakelijkheid jegens de schuldenaar – is gelet op de *Letterboer* jurisprudentie speciale aandacht vereist voor zaken waarbij een rechtsmiddel wordt ingesteld tegen een insolventie-uitspraak.<sup>30</sup>

Boekbinderij Letterboer wordt op 7 mei 2014 failliet verklaard, waarna de schuldenaar in hoger beroep gaat. De faillietverklaring wordt door het hof vernietigd op 9 oktober 2014, waarna tegen het arrest van het hof cassatieberoep wordt ingesteld. Dit cassatieberoep wordt op 6 maart 2015 verworpen. Na vernietiging van de faillietverklaring door het hof, maar voor de verwerping van het cassatieberoep, worden door de curator een aantal zaken van Letterboer verkocht en geleverd aan een derde. De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof strookt met de regel van artikel 13 Fw dat handelingen van de curator die zijn verricht na vernietiging van het vonnis tot faillietverklaring, maar vóór of op de dag waarop aan het voorschrift tot aankondiging overeenkomstig artikel 15 Fw is voldaan, voor de schuldenaar geldig en verbindend blijven. De curator was dus bevoegd om de activa te verkopen en te leveren. Maar de Hoge Raad overweegt verder – en dan komt het – dat van een curator mag worden verwacht dat hij *terughoudend* gebruikmaakt van zijn bevoegdheden in een dergelijke situatie. Daarbij dient de uitoefening van een bevoegdheid met onomkeerbare gevolgen in beginsel te worden beperkt tot gevallen waarin deze in het belang is van de boedel en uitsluitend in de gegeven omstandigheden, gelet op alle betrokken belangen, niet kan worden geduld, zoals wanneer deze uitoefening noodzakelijk is voor de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar. Naar mijn oordeel dient dit als ‘regel’ te worden gezien nu deze ‘kernprocedureregels’ voldoende helder is en door de Hoge Raad is geformuleerd.

In de daarop door de schuldenaar tegen de curator aangevangen procedure waarbij de curator wordt verweten na de vernietiging zonder noodzaak debiteuren te hebben geïnd, de bestuurder zonder noodzaak voor een faillissementsverhoor te hebben opgeroepen en zonder noodzaak activa – en bovendien voor een te lage prijs – te hebben verkocht, wijst de rechtbank – naar mijn oordeel terecht – de vorderingen van de schuldenaar tegen de curator af.<sup>31</sup> Genoegzaam was komen vast te staan dat de curator, terwijl hij formeel nog in functie was, werd geconfronteerd met aanwijsbare handelingen van de bestuurder die zonder zijn instemming plaatsvonden en ten nadele van de boedel waren. Zou de curator niet hebben ingegrepen, dan zou hem later het verwijt gemaakt kunnen worden dat hij lijdzaam het uithollen van de onderneming had toegestaan. Ter voorkoming van verdere schade heeft de curator onder meer activa verkocht en debiteuren geïncasseerd. Deze handelwijze kan daarom als rechtvaardigingsgrond worden beschouwd. Hoewel de rechtbank constateert dat de curator bij de uitoefening van

zijn taak terughoudend gebruik dient te maken van diens bevoegdheid, wordt overwogen dat de curator in dit geval niet was gebonden aan specifieke voorschriften zodat hem een vrij ruime mate van vrijheid toekwam bij de uitoefening van zijn taak. De vraag is echter of die overweging helemaal juist is gelet op het *Letterboer* arrest. De aansprakelijkheid van de curator wordt echter getoetst aan de Maclou-norm, aangevuld met de norm dat – kort gezegd – verder uitsluit van zijn handelen niet verantwoord zou zijn geweest. De rechtbank lijkt zodoende de Maclou-norm met de *Letterboer* ‘regel’ van terughoudendheid te combineren en oordeelt dat de curator in de gegeven omstandigheden niet onredelijk of onverklaarbaar heeft gehandeld. Dat kan uiteraard, maar wat nu als de curator *niet* voldoende terughoudend heeft gehandeld? Is dan meteen een ‘regel’ overtreden die in beginsel leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid? Het lijkt er wel op, in deze fase dienen curatoren nu eenmaal terughoudend op te treden. De grens wanneer een curator al dan niet voldoende terughoudendheid betracht, is echter arbitrair. Als in een bepaalde situatie niet eenvoudig het omslagpunt tussen terughoudend en niet terughoudend valt te maken, zal in mijn visie niet snel een persoonlijk verwijt aan de curator gemaakt kunnen worden en zal ondanks overtreding van de ‘regel’ geen sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator.

## 5.3 Inbreuk op een individueel recht

Ten aanzien van de *derde* categorie – inbreuk op een individueel recht (waaronder hier wordt verstaan inbreuk op een eigendomsrecht, beperkt recht of obligatoire aanspraak) – kan worden gewezen op de hiervoor aangehaalde *Ontvanger/Hamm q.q.* jurisprudentie en de inning van verpande vorderingen waarvoor specifieke voorschriften door de Hoge Raad zijn uitgevaardigd. Ook de uitspraak van 9 november 2018 valt in deze categorie.

Interessant is om naar het onderscheid tussen passieve en actieve wanprestatie te kijken als bedoeld in het arrest *Credit Suisse/Jongepier q.q.* Zoals Wibier naar aanleiding van dit arrest overweegt, hangt het er maar net van af hoe een contractuele bepaling is geformuleerd: de verplichting om € 20 per maand te betalen, is niet wezenlijk anders dan om te dulden dat € 20 per maand van een bankrekening wordt geïncasseerd.<sup>32</sup> Aangenomen mag worden dat het erom gaat of de verbintenis materieel actief of passief wordt gekwalificeerd. In dit voorbeeld is de curator naar mijn oordeel niet gehouden om te dulden dat € 20 iedere maand wordt geïncasseerd nu zulks feitelijk ten laste van het boedelactief wordt gebracht en niet kan worden onderscheiden van de verplichting om iedere maand € 20 te voldoen.<sup>33</sup>

Verstijlen merkt in zijn annotatie onder het arrest van 9 november 2018 terecht op dat het opmerkelijk is dat de ver-

30 HR 11 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2577, *JOR* 2017/52, met noot J.O. Bijloo.

31 Zie Rb. Overijssel 10 mei 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:1977, *JOR* 2017/216, met noot D.M. Van Geel.

32 R.M. Wibier, ‘Boedelschulden, bij de curator in te dienen vorderingen en niet verifieerbare vorderingen’, *Ars Aequi* 2018, annotatie bij HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, p. 724.

33 Geabstraheerd van het feit dat de incasso-opdracht door het faillissement is komen te vervallen.

plichting om niet actief te wanpresteren wordt 'opgewaarderd' tot een 'regel'. Met name omdat het curatoren niet gemakkelijk zal vallen nu het nogal onduidelijk is wat de precieze verplichting van de curator inhoudt. Waar liggen de grenzen van de verplichting om niet actief te wanpresteren? Het beroep van de wederpartij op een verplichting tot nalaten mag er in ieder geval niet toe leiden dat over de boedel wordt beschikt of dat een goed beheer ernstig wordt bemoeilijkt.<sup>34</sup>

Dient de curator bijvoorbeeld de verplichting uit een overeenkomst te respecteren om een goed dat tot de boedel behoort niet te verkopen? Dat lijkt mij niet. Dient de curator de verplichting te respecteren dat aan een derde een optie op een goed is gegeven of aan deze een voorkeursrecht is gegeven? Dat lijkt mij ook niet. Het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers staat daaraan mijns inziens in de weg. Bovendien mag mijns inziens het verhaal door de gezamenlijke schuldeisers niet worden geschaad. Aan wettelijke of uit de wet voortvloeiende beperkingen zoals een statutaire blokkeringsregeling is de curator echter wel gebonden.<sup>35</sup>

Verstijlen betitelt de door de Hoge Raad ingeslagen weg als niet erg overzichtelijk en is van oordeel dat deze is gebaseerd op dogmatisch drijfzand. Niet zozeer de contractuele plicht tot nalaten, maar de inbreuk op het eigendomsrecht van de verhuurder door het pand aan een derde in gebruik te geven zou de curator q.q. en pro se verweten moeten worden. Die benadering is in ieder geval een stuk duidelijker dan de nu ingeslagen weg.

De Hoge Raad maakt soms ook duidelijk welke taak de curator nu juist *niet* heeft en wanneer hem daarom *niet* kan worden verweten een specifieke 'regel' te hebben overtreden.<sup>36</sup> In de zaak *De Jong q.q./X* wordt een faillissement in hoger beroep vernietigd nadat de schuldenaar met zijn crediteuren een regeling heeft getroffen. Een schuldeiser ontvangt na de vernietiging echter zijn geld niet en spreekt daarop de curator pro se aan en stelt dat het op de weg van de curator ligt om de belangen van alle schuldeisers te behartigen en dat hij dient te verzekeren dat de gemaakte afspraken worden uitgevoerd. Het hof volgt die stelling en veroordeelt de curator pro se om 20% van de schade te voldoen. Het hof is van oordeel dat wanneer in het kader van de gewenste vernietiging van het faillissement een regeling wordt getroffen, het op de weg van de curator ligt om de belangen van alle crediteuren te behartigen en hij dient te verzekeren dat de gemaakte afspraken worden uitgevoerd, wat in het concrete geval betekent dat de erkende schuldeisers worden uitbetaald en voor de betwiste vorderingen wordt gereserveerd.

Dat lijkt op een 'regel'. Alleen omdat de schuldeiser eigen schuld heeft dient hij 80% van de schade te dragen.

De Hoge Raad casseert echter en oordeelt dat het aan de schuldenaar zelf is om de vernietiging uit te lokken en daartoe het nodige te doen en aan te voeren. Het ligt *niet* op de weg van de curator om de belangen van de schuldeisers te behartigen door te verzekeren dat de schuldenaar de mededeling aan de rechter uitvoert dat hij zijn schuldeisers zal voldoen. Dat valt immers buiten zijn taak. De curator behoeft de rechter slechts inlichtingen te verstrekken die van belang zijn voor de beoordeling of de schuldenaar al dan niet in de toestand verkeert te hebben opgehouden te betalen. Dit neemt niet weg dat een curator voorafgaand aan de vernietiging van een faillissement, jegens schuldeisers toezeggingen kan hebben gedaan of verwachtingen kan hebben gewekt op grond waarvan hij jegens die schuldeisers aansprakelijk kan zijn.

#### 5.4 Een afwikkelings- of verdelingsfout

Ten aanzien van de vierde categorie – de afwikkelings- en verdelingsfout – loopt de curator de meeste risico's om te handelen in strijd met een 'regel'. Dat zijn vooral wettelijke regels die bij de verificatie en de verdeling in acht genomen dienen te worden, zoals het niet oproepen van bekende schuldeisers voor een verificatievergadering, het niet in acht nemen van de wettelijke rangorde van schuldeisers, het niet in acht nemen van de "paritas creditorum" en het niet uitbetalen van de gelden conform de uitdelingslijst. Als in deze fase van het faillissement fouten worden gemaakt, raakt dat veelal de kern van het werk van de curator waardoor al snel sprake zal zijn van handelen in strijd met een 'regel'. Dit is nog nijpender geworden na invoering op 1 januari 2019 van de Wet Modernisering Faillissementsprocedure vanwege het invoeren van de zogenaamde "bar date". Vorderingen die niet op tijd zijn ingediend kunnen niet meer worden geverifieerd en de mogelijkheid om verzet in te stellen tegen de uitdelingslijst is afgeschaft.<sup>37</sup>

## 6. De Praktijkregels voor curatoren

Waar staan nu precies de Praktijkregels voor Curatoren? Dit is te meer interessant nu de Vereniging voor Insolventieadvocaten Insolad op 9 november 2018 een set gewijzigde concept Praktijkregels voor curatoren heeft opgesteld. Deze concept Praktijkregels zijn op 22 november 2018 in een workshop van Insolad behandeld. De bedoeling is dat de nieuwe set 'regels' tijdens de eerstvolgende ALV in 2019 worden vastgesteld. Zijn dit nu allemaal tot de curator gerichte 'regels' zoals bedoeld in het arrest *Prakke/Gips*? En wat te denken van de uitspraken van de Toetsingscommissie

<sup>34</sup> HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067; NJ 2018/464, met noot F.M.J. Verstijlen.

<sup>35</sup> Van Galen, Losbladige aantekening 2 bij art. 176 Fw; conform artikel 2:195 lid 7 BW kan de rechter in geval van faillissement algemene bepalingen over de overdraagbaarheid van aandelen geheel of gedeeltelijk buiten toepassing verklaren.

<sup>36</sup> HR 30 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:471, JOR 2018/138, met noot A.J. Tekstra.

<sup>37</sup> Wet van 27 juni 2018 tot wijziging van de Faillissementswet en enige andere wetten in verband met het moderniseren van de faillissementsprocedure, vgl. artikel 127 lid 3 Fw nieuw; artikel 186 Fw vervalt. De nieuwe wet is op 1 januari 2019 in werking getreden en geldt voor na deze datum uitgesproken faillissementen.

van Insolad?<sup>38</sup> Zijn ook dat soms 'regels' waar curatoren zich op straffe van in beginsel persoonlijke aansprakelijkheid aan dienen te houden? Dat is niet aannemelijk. Bij de totstandkoming van de Praktijkregels in 2004 is aangegeven dat de regels 'richtinggevend' zijn. Bij de aanpassing van de Praktijkregels in 2011 is geen wijziging op dit punt beoogd of tot stand gekomen. Zij hebben geen dwingend karakter.<sup>39</sup> De uitspraken van de Toetsingscommissie dienen wat dat betreft meer in de gaten te worden gehouden. Hoewel nadrukkelijk in het Toetsingsreglement is bepaald dat het Panel niet bevoegd is sancties op te leggen of te adviseren en geen uitspraak doet over eventuele aansprakelijkheid, komt de Toetsingscommissie 10 jaar na haar instelling in 2009 steeds meer op stoom.<sup>40</sup> Curatoren dienen ook deze ontwikkelingen nauwgezet te volgen.

## 7. Tot slot

De uitspraak van de Hoge Raad van 9 november 2018 maakt duidelijk dat overtreding van een 'regel' door een curator in beginsel leidt tot diens persoonlijke aansprakelijkheid. Hoewel de Hoge Raad geen definitie geeft van het begrip 'regel' moet worden aangenomen dat dit vrij ruim is bedoeld. Niet alleen handelen in strijd met de wet en handelen in strijd met aanwijzingen van de rechter-commissaris, maar ook handelen in strijd met tot de curator gerichte 'regels' uit de jurisprudentie vallen hier nadrukkelijk onder. Deze categorie 'regels' levert echter op voorhand niet altijd de voor de curator gewenste duidelijkheid op. Dat is ongewenst. In 2013 was het naar mijn oordeel niet bekend dat een curator door schending van het onderhuurverbod, in strijd zou handelen met een tot de curator gerichte 'regel', te weten een 'actieve' schending van een voortdurende verplichting die bestaat uit een nalaten. De grenzen van deze 'regel' moeten nog worden vastgesteld. Wat betekent deze 'regel' in verschillende casusposities? Onzekerheid welke 'regels' door curatoren in acht dienen te nemen dient te worden voorkomen. Slechts in duidelijke gevallen waarbij wordt gehandeld in strijd met de wet, een beschikking van de rechter-commissaris of heldere 'kernprocedureregels' op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad zouden mijns inziens moeten kunnen leiden tot handelen in strijd met een 'regel' en dan pas tot in beginsel persoonlijke aansprakelijkheid. Welk persoonlijk verwijt de curator naast overtreding van een 'regel' nog verder gemaakt moet worden om te komen tot definitieve persoonlijke aansprakelijkheid blijft in het arrest onbeantwoord. Dat lijkt af te hangen van het 'partijdebat' en 'de omstandigheden van het geval'. Heel erg geruststellend is dit allemaal niet voor curatoren. De uitspraak van 9 november 2018 betekent verder dat het onderscheid

tussen q.q. aansprakelijkheid en pro se aansprakelijkheid bij overtreding van een 'regel' door de curator vervaagt nu overtreding van een 'regel' in beginsel leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid. Zoals de A-G bij het arrest aangeeft zijn echter situaties voorstelbaar waarin de normschending de curator niet kan worden verweten of wordt gerechtvaardigd door andere omstandigheden, of waarbij de curator zich de belangen van de benadeelde voldoende heeft aangehouden.<sup>41</sup> In die gevallen is naar mag worden aangenomen in ieder geval geen sprake van een persoonlijk verwijt en ontkomt de curator aan definitieve aansprakelijkheid. Oppassen geblazen dus voor curatoren.

38 De uitspraken zijn te vinden in de nieuwsbrief van Insolad in het *Tijdschrift voor Insolventierecht*.

39 Zie tevens Hof Arnhem 11 september 2007, *JOR* 2007/316. Blijkens het voorwoord bij de Praktijkregels 2011 beoogt Insolad met de 'best practice rules' de witte vlekken waar noch de wet noch jurisprudentie richting geven in te vullen. Daarbij is op de eerste plaats aansluiting gezocht bij wat in kringen van curatoren als 'heersende leer' geldt.

40 H. Dulack, 'Toetsingscommissie Insolad: zo mak als een lammetje of een wolf in schaapskleren?', *Tvl* 2017/11.

41 Conclusie A-G Hartlief 22 juni 2018, ECLI:NL:PHR:2018:704, onderdeel 3.23.