

*Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift Juridisch up to Date. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).*

## INSOLVENTIERECHT

Mr S.C.H.M. (Stef) Leijten

### **Een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren niet zonder meer verplicht voor de curator**

2020-0151

Nr. 9 – 25 september 2020

**In een uitspraak van 5 juni 2020 heeft de Hoge Raad geoordeeld over het doen van een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren (2012).<sup>1</sup> Een aantal crediteuren van een failliete onderneming waren van mening dat de curator een beroep had moeten doen op deze regeling die een curator financiële middelen geeft bij onderzoek naar en procederen over bestuurdersaansprakelijkheid. De crediteuren waren van oordeel dat de bestuurders aansprakelijk waren voor het financiële wanbeleid van de onderneming. De curator daarentegen achtte zich niet verplicht de bestuurders aansprakelijk te stellen, daarover een procedure te voeren en/of voorafgaand daaraan verhaalsonderzoek te doen naar de betreffende bestuurders, nu er geen middelen in de boedel zaten om de boedelkosten daarvan te vergoeden.**

#### **Onbehoorlijke taakvervulling**

Het is de taak van de curator om onderzoek te doen naar de gang van zaken binnen de failliete onderneming en naar de oorzaken van het faillissement. Uit dat onderzoek kan volgen dat het bestuur verantwoordelijk kan worden gehouden voor het faillissement. Het bestuur kan op verschillende gronden aansprakelijk worden gehouden. Uit de wet (meer specifiek artikel 2:138 lid 1 en 2 en 2:248 lid 1 en 2 BW) volgt dat het bestuur jegens de boedel aansprakelijk is voor het boedeltekort indien het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en het aannemelijk is dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Uit lid 2 van voornoemde artikelen volgt bovendien dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld als het bestuur niet heeft voldaan aan de verplichtingen uit artikel 2:10 of 2:394 BW. In deze artikelen is bepaald dat het bestuur verplicht is de jaarrekeningen te deponeren (deponeringsplicht) en dat het ook aan het bestuur is om de administratie op een deugdelijke wijze te voeren (administratieplicht). Een schending van de deponerings- en/of administratieplicht leidt dan ook tot kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het vermoeden dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement, kan een bestuurder vervolgens nog wel weerleggen.

#### **Garantieregeling curatoren**

Het doen van onderzoek naar bestuurdersaansprakelijkheid en in samenhang daarmee ook het doen van onderzoek naar de middelen van de bestuurder om verhaal te bieden, en het uiteindelijk voeren van een procedure over de aansprakelijkheid kost de curator tijd

---

<sup>1</sup> Hoge Raad 5 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1016.

en daarmee kost het de boedel geld. In het geval de boedel ontoereikend is (lees: er zit onvoldoende geld in de boedel om alle kosten te voldoen) kan de curator een beroep doen op de Garantstellingsregeling curatoren. De curator wendt zich in dat geval tot het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Met een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren kan een curator de minister verzoeken tot het verstrekken van een voorschot ten behoeve van het instellen van een rechtsvordering op grond van onder meer artikel 2:138 BW en 2:248 BW, dan wel voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden daartoe. De Garantstellingsregeling curatoren maakt het dus mogelijk om een rechtsvordering jegens de bestuurders in te stellen en/of een (voor)onderzoek te doen naar de verhaalbaarheid van die rechtsvordering, ook in het geval de boedel voor het instellen van die rechtsvordering of het verrichten van een verhaalsonderzoek ontoereikend is. Er moeten bij het aanvragen van de gelden echter wel voldoende aanwijzingen zijn voor verhaalsmogelijkheden. Als een curator in een gerechtelijke procedure uiteindelijk met succes de bestuurder aansprakelijk houdt, dan moet uit de verkregen opbrengst het ministerie worden terugbetaald. Zonder aanwijzing dat er verhaal geboden kan worden of dat ten minste een onderzoek daarnaar opportuun is, zal het ministerie de benodigde gelden niet verstrekken.

## **Procedure na opheffing faillissement**

In deze procedure die uiteindelijk bij de Hoge Raad kwam, ging het om de vraag of de curator een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren had moeten doen. Uit het onderzoek van de curator was gebleken dat het bestuur de jaarrekeningen over de jaren voorafgaand aan het faillissement niet allemaal had gedeponereerd. Op grond van artikel 2:248 lid 1 en 2 BW jo. artikel 2:394 BW staat dan vast dat het bestuur zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling de oorzaak is van het faillissement. Het bestuur is in dat geval (behoudens tegenbewijs) aansprakelijk voor het boedeltekort. Het boedeltekort is het bedrag aan schulden dat niet door de (door de curator gerealiseerde) baten kunnen worden voldaan. Toch besluit de curator geen rechtsvordering in te stellen jegens het bestuur, noch een procedure te starten jegens (een van) de bestuurders omdat de curator van mening is dat er onvoldoende is gebleken dat de vordering succes zou hebben en er ook geen uitzicht op verhaal bestaat. Volgens de curator heeft het instellen van een rechtsvordering en/of het starten van een procedure jegens de bestuurders dan geen zin. Omdat er onvoldoende middelen in de boedel zitten om de boedelkosten te voldoen, laat staan een uitkering te doen aan de schuldeisers, wordt het faillissement beëindigd. Op voordracht van de toezichthoudende rechter-commissaris wordt het faillissement in dat geval door de rechtbank opgeheven wegens een gebrek aan baten conform het bepaalde in artikel 16 Faillissementswet (hierna: "Fw").

Tegen die beslissing van de rechtbank om het faillissement op te heffen gaat een aantal crediteuren in hoger beroep (op grond van artikel 18 Fw). Zij zijn van mening dat, nu duidelijk is dat het bestuur de taken onbehoorlijk heeft vervuld vanwege het niet-deponeren van de jaarrekeningen, de curator onderzoek had moeten doen naar mogelijk verhaal bij (een van) de bestuurders en daaropvolgend ook een procedure jegens de bestuurders had moeten instellen. In het geval er geen boedelactief was om de kosten van

de curator te voldoen, had de curator een beroep moeten doen op de Garantstellingsregeling curatoren.

Meer specifiek zijn de crediteuren van mening dat de curator onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de mogelijkheden om met succes een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijk in te stellen, eens te meer omdat vaststaat dat de jaarrekeningen niet zijn gedeponereerd en dat daarmee vaststaat dat het bestuur zijn taken onbehoorlijk heeft vervuld. De curator heeft daartegen echter aangevoerd dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat er uitzicht op verhaal bestaat. Volgens de curator hebben ook de crediteuren geen enkel vermogensbestandsdeel aangewezen op grond waarvan dat uitzicht wel zou bestaan. Weliswaar hebben de crediteuren aangedragen dat er mogelijk baten in het buitenland kunnen worden uitgewonnen, maar dit is verder niet geconcretiseerd. De boedel heeft verder simpelweg geen middelen om nader onderzoek te bekostigen. Volgens de curator mag van een curator niet worden verwacht dat, hoewel de boedelkosten (waaronder zijn eigen salaris) niet betaald gaan worden, hij alsnog uitgebreid onderzoek doet naar de verhaalbaarheid van een vordering op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Daarnaast ziet de curator ook weinig heil in een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren. Volgens de curator slaagt een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren alleen als er door de curator aan het ministerie een vooruitzicht wordt geboden dat sprake is van verhaalsmogelijkheden.

### **Uitspraak Gerechtshof 's-Hertogenbosch<sup>2</sup>**

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft de curator in zijn uitspraak overwegend gevolgd. Volgens het hof wijst de door de crediteuren overgelegde informatie er wel degelijk op dat er sprake is van mogelijk financieel wanbeheer, maar is de vraag in hoeverre dat nu, bij de huidige stand van zaken, nog relevant is. Volgens het hof is er simpelweg onvoldoende sprake van mogelijk concreet verhaal. Wel staat vast dat er onvoldoende middelen zijn om een nader onderzoek in te stellen naar de kans van slagen van een beroep op bestuurdersaansprakelijkheid en de verhaalbaarheid van de vordering op het bestuur. Daarom is het hof van mening dat de curator niet gedwongen kan worden alsnog een onderzoek te verrichten zonder enig zicht te hebben op vergoeding van de door de boedel te maken kosten. Bovendien – zo meent het hof – kan de curator ook niet gedwongen worden een beroep te doen op de Garantstellingsregeling curatoren.

Het hof voegt daaraan nog wel toe dat de curator in de periode dat er nog wel voldoende middelen in de boedel zaten, mogelijk ten onrechte geen uitgebreider of gericht onderzoek door de curator heeft plaatsgevonden naar eventuele financiële malversaties van het bestuur van de gefailleerde vennootschap. In die periode had de curator dan bovendien ook onderzoek kunnen doen naar mogelijke baten bij die bestuurders in privé. De curator heeft dat onderzoek toen echter niet heeft verricht en nu is de boedel niet meer toereikend genoeg om dat onderzoek alsnog te doen. De curator ontvangt van het hof dus een lichte sneer, maar dat doet niet af aan de omstandigheid dat de curator bij een lege boedel niet gehouden is alsnog onderzoek te doen naar de kans van slagen van het instellen van een rechtsvordering jegens het bestuur of het verrichten van een verhaalsonderzoek noch leidt dit tot een ander oordeel voor wat betreft de verplichting

---

<sup>2</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 mei 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1902.

voor het doen van een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren. Deze procedure leent zich er overigens ook niet voor om de curator aan te spreken op zijn handelen in zijn hoedanigheid van curator. Deze procedure ziet in de kern op het al dan niet opheffen van het faillissement wegens gebrek aan baten.

Het hof merkt nog op dat de crediteuren ook geen schuldeiserscommissie (ex artikel 74 Fw) in het leven hebben geroepen. Een schuldeiserscommissie had een rol kunnen spelen bij het al dan niet instellen van een rechtsvordering jegens de bestuurders en/of het doen naar verhaalsonderzoek. Op grond van de Faillissementswet heeft de schuldeiserscommissie immers recht op informatie (artikel 76 Fw) en dient de curator in een aantal gevallen (waaronder het al dan niet opheffen van het faillissement) advies in te winnen van de schuldeiserscommissie (artikel 78 Fw). Volgens het hof hebben de schuldeisers hiermee een kans op invloed laten liggen.

Daarnaast is het hof ook niet gebleken dat de schuldeisers zich bereid hebben getoond gelden te storten in de lege boedel om de kosten van de curator te bekostigen om alsnog nader onderzoek te verrichten. Het hof merkt nogmaals op dat van de curator bij een lege boedel niet kan worden verwacht dat hij een uitgebreid onderzoek doet naar mogelijke baten bij het bestuur zonder enige zekerheid dat er uiteindelijk iets kan worden uitgewonnen en dat de boedelkosten betaald worden. Als er geen zicht is op verhaalsmogelijkheden, dan is het ook niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers dat de curator een onderzoek of procedure jegens een bestuurder voortzet.

Het hof kan bij de huidige stand van zaken dan ook niet anders dan de beslissing van de rechtbank tot het opheffen van het faillissement bij een gebrek aan baten bekrachtigen. De crediteuren zijn het hier niet mee eens en gaan in cassatie.

### **Uitspraak Hoge Raad 5 juni 2020**

De Hoge Raad volgt het hof en bepaalt dat het oordeel van het hof feitelijk en niet onbegrijpelijk is en is dan ook vrij kort in de beoordeling van het cassatiemiddel van de schuldeisers.

In het cassatiemiddel van de schuldeisers wordt door de schuldeisers aangevoerd dat op grond van de Garantstellingsregeling curatoren er voor de curator een reële mogelijkheid bestond om een voorschot te vragen ter dekking van de kosten van het doen van een deugdelijk verhaalsonderzoek, een vooronderzoek en van het uiteindelijk instellen van de vordering op grond van artikel 2:248 BW.

De Hoge Raad haalt aan dat uit artikel 16 Fw volgt dat indien er onvoldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden, de rechtbank op voordracht van de rechter-commissaris de opheffing van het faillissement kan bevelen. De schuldeiser kan op voet van artikel 18 Fw opkomen tegen die beslissing tot opheffing. In dat geval dient de schuldeiser wel aannemelijk te maken dat er nog wel voldoende baten in het faillissement aanwezig zijn voor de voldoening van de boedelkosten. De schuldeisers zou dat onder meer aannemelijk kunnen maken door aan te tonen dat bij het instellen van de een rechtsvordering op grond van

bestuurdersaansprakelijkheid er wel geld in de boedel terecht kan komen, omdat er wel degelijk verhaalsmogelijkheden zijn.

De Hoge Raad neemt daarnaast als uitgangspunt dat de Garantstellingsregeling curatoren voorziet in de mogelijkheid van het verkrijgen van een voorschot voor het instellen van een rechtsvordering op grond van (onder meer) artikel 2:138 en 2:248 BW of een voorschot voor het instellen van een verhaalsonderzoek of vooronderzoek naar de mogelijkheden een vordering in te stellen. Een vereiste voor een geslaagd beroep op de Garantstellingsregeling curatoren is als vanzelfsprekend dat de boedel ontoereikend is. Volgens de toelichting bij de regeling, en het volgende is essentieel, is vereist dat sprake is van een rechtsvordering of onderzoek waarvan *vooraf* redelijkerwijs kan worden ingeschat dat de daaraan verbonden kosten in redelijke verhouding staan tot de te verwachten opbrengst. Het is volgens de Hoge Raad aan de curator om die beoordeling en inschatting te maken.

Nu de curator heeft aangevoerd dat hij geen aanwijzingen ziet dat verhaal op het bestuur mogelijk is, ziet hij evenmin heil in een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren. De curator heeft dus de inschatting gemaakt dat de te maken kosten niet in redelijke verhouding staan tot de verwachte opbrengst. De Hoge Raad bevestigt daarnaast dat ook de schuldeisers niet aannemelijk hebben kunnen maken dat er wel degelijk aanwijzingen bestaan voor verhaalsmogelijkheden.

Om die reden is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk volgens de Hoge Raad. Het cassatiemiddel van de schuldeisers faalt dus.

## **Tot slot**

Naar mijn mening hebben zowel het hof als de Hoge Raad een logische uitspraak gedaan. Voor zover het niet aannemelijk is dat er mogelijkheden zijn tot verhaal bij het bestuur kan van een curator niet verwacht worden dat hij desondanks kosten maakt zonder daartoe enige zekerheid te hebben dat de boedelmkosten betaald kunnen worden. Ook voor een beroep op de Garantstellingsregeling curatoren is vereist dat de curator vooraf een inschatting maakt of de te maken kosten in redelijke verhouding staan tot de te verwachten opbrengst. In het geval de curator van mening is dat er geen zicht op verhaal is, omdat er simpelweg geen verhaal is aangetroffen, dan zal de curator niets anders kunnen dan oordelen dat er geen sprake is van een te verwachte opbrengst. In dat geval kan de curator dan ook geen succesvol beroep doen op de Garantstellingsregeling curatoren. De curator kan dan immers niet aannemelijk maken dat de te maken kosten in redelijke verhouding tot de te verwachten opbrengsten staan. De curator verwacht namelijk geen opbrengsten. Om een inschatting te maken of sprake is van verhaal en/of enige kans van slagen van het instellen van een rechtsvordering wordt dus wel van de curator verwacht dat hij een (summier) onderzoek doet naar de verhaalbaarheid van een rechtsvordering, ondanks dat sprake is van een lege boedel. Maar constateert hij dat er geen aanwijzingen zijn voor verhaalsmogelijkheden, dan hoeft hij daar ook geen verder onderzoek naar te verrichten.