

ding" zou zijn. Zie hierover met vindplaatsen G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, nr. 32. De gedurfde keuze van de wetgever om zich van deze kritiek niets aan te trekken en een nieuw systeem van hoofdelijkheid en borgtocht te ontwikkelen, maakt het onderhavige arrest mogelijk. Het is mooi om te zien dat de Hoge Raad, in navolging van de A-G, die systematiek omarmt om onnodige haarkloverij tegen te gaan, met een praktisch wenselijk resultaat als gevolg.

mr. G.J.L. Bergervoet
advocaat bij Clifford Chance LLP te Amsterdam
en als fellow verbonden aan het Onderzoekscen-
trum Onderneming & Recht, Radboud Universi-
teit Nijmegen

133

**Curator niet aansprakelijk voor verkoop
verpande voorraad en inventaris, maar
bestuurders wel aansprakelijk wegens
schending publicatieplicht**

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
12 januari 2021, zaaknr. 200.259.964/02 en
200.259.977/02, ECLI:NL:GHARL:2021:193
(mr. Wattel, mr. Croes, mr. Rinkes)
Noot mr. J.B.A. Jansen

**Verkoop van verpande bedrijfsvoorraad en
inventaris door curator niet onrechtmatig
jegens pandhouder. Geen aansprakelijkheid
curator in hoedanigheid en pro se. Maatstaf.
Bestuurdersaansprakelijkheid in faillisse-
ment. Schending publicatieplicht. Bewijsver-
moeden van onbehoorlijke taakvervulling als
belangrijke oorzaak van het faillissement.
Verwijzing naar HR 23 november 2001,
«JOR» 2002/4, m.nt. Blanco Fernández
(Mefigro c.s./Wind q.q.); HR 20 oktober 2006,
«JOR» 2006/288, m.nt. Borrius (Van Schilt/
Jansen q.q.) en HR 9 november 2018, «JOR»
2019/26, m.nt. Tekstra, tevens behorend bij
«JOR» 2019/25 (De Klerk q.q. c.s./X).**

[BW art. 2:10, 2:248, 2:394, 3:23 lid 2, 3:84,
3:237 lid 1, 6:162]

Bij de beoordeling of de curator aansprakelijk is jegens appellanten, moet worden onderscheiden tussen de aansprakelijkheid van de curator q.q. (in hoedanigheid) en pro se (persoonlijk). Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad geldt voor aansprakelijkheid van een curator pro se het volgende uitgangspunt. 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. Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de Maclou-norm, die inhoudt dat een curator behoort 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. 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 (HR 9 november 2018, «JOR» 2019/26, m.nt. Tekstra, tevens behorend bij «JOR» 2019/25 (De Klerk q.q. c.s./X)). Verder moet het verweten handelen van de curator worden beoordeeld naar de situatie zoals deze ten tijde van dat handelen was (ex tunc). Daarbij is mede van belang over welke informatie de curator op dat moment beschikte.

De curator heeft de huurovereenkomst met de verhuurder op 11 november 2016 opgezegd, zodat de bedrijfsruimte op 11 februari 2017 leeg diende te worden opgeleverd. De faillissementsboedel had er daarom belang bij dat de bedrijfsvoorraden medio december 2016 door de curator werden verkocht zodat het pand op tijd kon worden opgeleverd aan de verhuurder (en er geen nieuwe boedelvorderingen uit hoofde van huur na datum faillissement zouden ontstaan). Niet is komen vast te staan dat de curator op het moment van de verkoop van de bedrijfsvoorraden de pandakte kende en de pandrechten van appellanten inhoudelijk had kunnen beoordelen, zodat niet is gebleken dat zij ten onrechte en in weerwil van rechtsgeldige pandrechten, de bedrijfsvoorraden van failliet heeft verkocht. De curator heeft bovendien voldoende rekening gehouden met de (mogelijke) rechten van appellanten door meermaals te vragen om de onderliggende verpandingsstukken, de verkoop van de voorraden eveneens meermaals aan te kondigen en door per e-mail aan te bieden om afspraken met appellanten te maken over de verdeling van de opbrengst van de voorraden, mocht later alsnog komen vast te staan dat appellanten een rechtsgeldig pandrecht hebben. Appellanten hebben van die uitnodiging geen gebruikgemaakt. Deze handelwijze levert dan ook geen aansprakelijkheid (pro se of q.q.) op van de curator jegens appellanten.

Art. 2:248 lid 1 BW bepaalt dat iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement als het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Van onbehoorlijke taakvervul-

ling moet worden uitgegaan als het bestuur de boekhoudplicht uit art. 2:10 BW of de publicatieverplichting uit art. 2:394 BW niet is nagekomen (art. 2:248 lid 2 BW). In dat geval wordt bovendien vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit vermoeden kan door het bestuur worden weerlegd. Daarvoor is voldoende dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest (HR 23 november 2001, «JOR» 2002/4, m.nt. Blanco Fernández (Mefigro c.s./Wind q.q.) en HR 20 oktober 2006, «JOR» 2006/288, m.nt. Borrius (Van Schilt/Jansen q.q.)). Een bestuurder is verder niet aansprakelijk als hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (art. 2:248 lid 3 BW).

Niet gebleken is dat de administratieplicht is geschonden. De jaarrekeningen van failliet over de jaren 2014 en 2015 zijn echter te laat gedeponeerd, zodat vaststaat dat de publicatieplicht is geschonden en dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur door appellanten op grond van art. 2:248 lid 2 jo 2:11 BW. Daardoor wordt bovendien vermoed dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van failliet. Om dit vermoeden te weerleggen wijzen appellanten op andere omstandigheden die volgens hen een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. Ze wijzen allereerst op algemene (nadelige) ontwikkelingen in de groothandelsbranche in de jaren 2012 tot en met 2016 en stellen dat ook failliet last heeft gehad van deze algemene trends. Vanaf 2012 waren de vaste bedrijfslasten van failliet hoger dan haar omzet waardoor liquiditeitstekorten zijn ontstaan, aldus appellanten. Van deze hoge vaste bedrijfslasten is zonder nadere toelichting niet zonder meer duidelijk waarom die voor rekening van failliet kwamen. Uit de jaarrekening van failliet over 2016 blijkt bovendien dat in 2015 en 2016 de grootste actiefpost van failliet bestond uit een zeer aanzienlijke, snel oplopende rekening-courantvordering op TTGro. Appellanten hebben aangevoerd dat TTGro met chronische liquiditeitstekorten kampte en dat dit de reden is dat de rekening-courantvordering op TTGro is opgelopen en failliet daardoor ook met liquiditeitstekorten kampte. Appellanten

zijn evenwel ook middellijk aandeelhouder en bestuurder van TTGro en hadden daarmee invloed op zowel het betaalgedrag van TTGro als het debiteurenbeleid van failliet. Daarmee is ook niet duidelijk dat dit een van buiten komende oorzaak van het faillissement van failliet zou zijn. Gelet op het voorgaande hebben appellanten onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hier sprake is van andere feiten en omstandigheden die een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement van failliet en die niet aan appellanten zijn toe te rekenen. Appellanten zijn dan ook hoofdelijk aansprakelijk voor het tekort in het faillissement van failliet.

In de zaak met zaaknr. 200.259.964/02:

Beheermaatschappij X BV,

appellante,

advocaat: mr. J.W. Mouthaan,

tegen

1. *mr. Y*, in haar hoedanigheid van curator in het faillissement van Import Cooperation Europe BV,

2. *mr. Y*,

geïntimeerden,

advocaat: mr. C.G. Klomp,

en in de zaak met zaaknr. 200.259.977/02:

X,

appellant,

advocaat: mr. J.W. Mouthaan,

tegen

mr. Y, in haar hoedanigheid van curator in het faillissement van Import Cooperation Europe BV,

geïntimeerde,

advocaat: mr. C.G. Klomp.

(...; *red.*)

2. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.26 van het vonnis, behoudens voor zover [appellanten] c.s. daar grieven tegen heeft gericht in grief 2. Het hof zal, voor zover relevant, bij de inhoudelijke beoordeling ingaan op wat [appellanten] c.s. in grief 2 heeft aangevoerd, zodat grief 2 niet afzonderlijk zal worden besproken.

3. De motivering van de beslissing in hoger beroep

3.1. In deze gevoegde hoger beroepsprocedures liggen enerzijds de vragen voor of de curator pro se (persoonlijk) of (subsidiar) q.q. (in hoedanig-

heid van curator) aansprakelijk is jegens Beheer wegens onrechtmatig handelen en of Beheer vorderingen heeft in het faillissement van Import Cooperation Europe B.V. (hierna: Import) en anderzijds de vraag of Beheer en [appellant] als (indirect) bestuurders van Import wegens onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk zijn jegens de faillissementsboedel van Import. Het hof zal eerst de gestelde aansprakelijkheid van de curator beoordelen en daarna de gestelde aansprakelijkheid van [appellanten] c.s. Voordat het hof aan de beantwoording van deze vragen toekomt, zal grief 1 van [appellanten] c.s. worden besproken.

Grief 1: geen schending hoor en wederhoor

3.2. Grief 1 van [appellanten] c.s. richt zich tegen de beslissing van de rechtbank van 20 april 2018 om, na een verzoek daartoe door de curator, het verweerschrift van [appellanten] c.s. van 16 april 2018 (deels) te weigeren. [appellanten] c.s. stelt dat de rechtbank het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden (artikel 19 Rv) door haar verweerschrift (deels) te weigeren zonder haar in de gelegenheid te hebben gesteld om te reageren op het verzoek van de curator om het verweerschrift deels buiten beschouwing te laten.

3.3. In deze grief miskent [appellanten] c.s. dat artikel 30o Rv (nieuw), waar zij naar verwijst, een “kan-bepaling” betreft en geen verplichting inhoudt voor de rechtbank om [appellanten] c.s. in de gelegenheid te stellen te reageren op het verzoek van de curator. Op grond van artikel 1.5 van het Landelijk procesreglement civiele zaken rechtbanken en hoven KEI had [appellanten] c.s. tot twee werkdagen na ontvangst van het verzoek van de curator de gelegenheid om daarop te reageren, maar zij heeft deze termijn ongebruikt laten verstrijken. Van schending van hoor en wederhoor is dan ook niet gebleken. Omdat [appellanten] c.s. in hoger beroep de gelegenheid heeft gehad om de geweigerde delen van haar verweerschrift alsnog naar voren te brengen (de herstellfunctie van het hoger beroep), heeft zij bovendien geen belang (meer) bij deze grief. Grief 1 slaagt daarom niet.

Grief 3: geen aansprakelijkheid van de curator

3.4. Grief 3 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de curator (pro se en q.q.) niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens Beheer. [appellanten] c.s. verwijt de curator, zo begrijpt het hof, dat deze 1) aan Beheer verpande roerende zaken

heeft verkocht terwijl zij van het rechtsgeldige pandrecht van Beheer op de hoogte was en dit had moeten erkennen, 2) de verpande zaken voor een veel te lage prijs heeft verkocht op basis van een onjuiste biedingsprocedure en een onjuiste taxatie, waarbij zij 3) de rechter-commissaris meermaals onvolledig heeft geïnformeerd. De curator heeft daardoor de belangen van de boedel niet optimaal behartigd, aldus [appellanten] c.s. Verder verwijt [appellanten] c.s. de curator dat zij geen boedelbeschrijving ex artikel 94 Fw heeft opgemaakt en dat zij niet direct na het uitspreken van het faillissement de sloten van de bedrijfsruimte van Import heeft vervangen om toegang voor werknemers en de onderhuurder daartoe onmogelijk te maken.

3.5. Bij de beoordeling of de curator aansprakelijk is jegens [appellanten] c.s., moet worden onderscheiden tussen de aansprakelijkheid van de curator q.q. (in hoedanigheid) en pro se (persoonlijk). Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad geldt voor aansprakelijkheid van een curator pro se het volgende uitgangspunt. 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. Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de Maclou-norm die inhoudt dat een curator, kort gezegd, behoort 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. 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 houden¹. Verder stelt het hof voorop dat het verweten handelen van de curator moet worden beoordeeld naar de situatie zoals deze ten tijde van dat handelen was (ex tunc). Daarbij is mede van belang over welke informatie de curator op dat moment beschikte.

Pandrechten van Beheer

3.5. Het tweede onderdeel van grief 3 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat de curator niet onrechtmatig jegens [appellanten] c.s. heeft gehandeld. [appellanten] c.s. stelt zich daarbij allereerst op het standpunt dat de curator de rechtsgeldigheid van de pandrechten van Beheer op de bedrijfsvoorraden van Import had moeten erkennen. Het hof volgt dit standpunt niet en licht dat hieronder verder toe.

3.6. Op 8 november 2016 heeft [appellanten] c.s., vergezeld van de accountant en boekhouder, een bespreking gevoerd op het kantoor van de curator waarbij onder meer is gesproken over het gestelde pandrecht van Beheer op de bedrijfsvoorraden van Import. [appellanten] c.s. heeft daarbij twee geregistreerde pandlijsten overhandigd aan de curator. Zij stelt zich op het standpunt dat de curator alleen al op grond van deze twee geregistreerde pandlijsten het pandrecht van Beheer had moeten erkennen omdat de beide pandlijsten op zichzelf een (zelfstandige) pandakte vormen. Het hof volgt [appellanten] c.s. niet in dit betoog. Voor vestiging van een bezitloos pandrecht zoals hier aan de orde is op grond van artikel 3:237 lid 1 jo 3:236 lid 2 jo 3:84 BW onder meer een geldige titel voor verpanding vereist. In de pandlijsten wordt weliswaar gerefereerd aan een bestaande verpandingsovereenkomst tussen Beheer en Import van 31 december 2014 (de titel), maar het bestaan van deze overeenkomst dient ook te blijken. De verwijzing in de overgelegde pandlijsten is daarvoor niet voldoende, hetgeen de curator [appellanten] c.s. ook meermaals in e-mailcorrespondentie heeft bericht. Los van de ook toen al bestaande discussie tussen [appellanten] c.s. en de curator of Beheer wel een (onderliggende) verdring had op Import waarvoor zij een pandrecht kon uitoefenen, zijn de overgelegde pandlijsten alleen onvoldoende om de rechtsgeldigheid van het pandrecht van Beheer te kunnen beoordelen. De curator hoefde het pandrecht van Beheer dan ook niet alleen al op grond van de pandlijsten te erkennen.

3.7. Hoewel uit de overgelegde producties blijkt dat de communicatie tussen [appellanten] c.s. en de curator niet optimaal is geweest, heeft de curator [appellanten] c.s. meermaals duidelijk medegedeeld dat zij ook de onderliggende overeenkomst nodig had om de rechtsgeldigheid van het pandrecht van Beheer te kunnen beoordelen. In een brief van 11 november 2016 schrijft de cura-

1 HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067 («JOR» 2019/26, m.nt. Tekstra, tevens behorend bij «JOR» 2019/25 (*De Klerk q.q. c.s./X*); red.) (...; red.).

tor: “De onderliggende overeenkomsten bij deze pandaktes heeft u echter nog niet verstrekt”. Zij vraagt in die brief om (onder meer) deze stukken uiterlijk op 16 november 2016 aan te leveren. Per e-mail van 23 november 2016 (13.28 uur) schrijft de curator aan [appellanten] c.s. dat zij het pandrecht op onder meer de voorraden van Import nog niet inhoudelijk heeft kunnen beoordelen omdat de onderliggende kredietdocumentatie nog niet door [appellanten] c.s. is aangeleverd. [appellanten] c.s. voert aan dat zij de pandakte die ten grondslag ligt aan de pandlijsten per e-mail van 24 november 2016 aan de curator heeft gestuurd. Zij heeft een kopie van de betreffende e-mail overgelegd en metagegevens waaruit volgens haar blijkt dat de e-mail ook daadwerkelijk door de curator is ontvangen. De curator betwist dit.

3.8. Naar het oordeel van het hof past de door [appellanten] c.s. gestuurde e-mail van 24 november 2016 niet logisch in de daaraan voorafgaande en de daarna volgende e-mailcorrespondentie met de curator. Uit de overgelegde producties blijkt dat de curator ook na 24 november 2016 blijft mededelen dat zij de pandakte niet heeft en die nog wil ontvangen. Onder meer schrijft de curator in een e-mail van 6 december 2016 (onder 4) nogmaals dat Beheer niet heeft aangetoond dat er sprake is van een geldige titel voor verpanding van de bedrijfsvoorraden. [appellanten] c.s. refereert in haar e-mails na 24 november 2016 (bijvoorbeeld die van 28 november 2016 of 13 december 2016, 8:41 uur) ook niet aan de e-mail met de pandakte. Nadat de curator per e-mail van (eveneens) 13 december 2016 (10:55 uur, onder punt 4) nogmaals berichtte dat [appellanten] c.s. niet heeft aangetoond dat zij een rechtsgeldig pandrecht heeft omdat de nodige stukken nog ontbreken, reageerde [appellanten] c.s. enkel met de opmerking “volgens mij heb ik dit gedaan door de stukken die ik ontving van accountskantoor VBA van Braak naar u door te sturen”. Tot slot heeft [appellanten] c.s. ook tijdens het faillissementsverhoor van 20 december 2016 geen melding gemaakt van de e-mail van 24 november 2016. In het proces-verbaal van het faillissementsverhoor staat juist opgenomen dat [appellanten] c.s. heeft afgesproken: “Ook zal ik mr. Boersen nog stukken doen toekomen met betrekking tot (...) de verpandingsstukken, (...)”. De curator heeft deze afspraak per brief van 23 december 2016 nogmaals bevestigd en uit de brief van de

curator van 23 januari 2017 blijkt dat [appellanten] c.s. vervolgens op 16 januari 2017 de geregistreerde overeenkomst van verpanding van (onder meer) voorraden van 31 december 2014 aan de curator heeft gegeven.

3.9. Omdat Beheer stelde pandrechten te hebben en deze wilde uitoefenen in het faillissement van Import en daarmee dus handelde in haar hoedanigheid van pandhouder (separatist) in het faillissement, lag het op haar weg om zo snel mogelijk de (volledige) stukken aan te leveren die de curator nodig had om het bestaan van dat pandrecht te beoordelen. Gelet op de e-mailcorrespondentie en het faillissementsverhoor van na 24 november 2016, heeft [appellanten] c.s. onvoldoende onderbouwd dat de curator de e-mail van 24 november 2016 en de daarbij meegestuurde pandakte vanaf dat moment kende. Dat deze e-mail volgens de metagegevens in de inbox van de curator moet zijn gekomen, maakt dat niet anders. Dat wil niet zeggen dat de e-mail ook daadwerkelijk door de curator is gezien of gelezen. Uit niets blijkt dat dit het geval is geweest. Uit de mededelingen en verzoeken van de curator na 24 november 2016 was het [appellanten] c.s. bovendien duidelijk of had het haar duidelijk moeten zijn dat de curator in de veronderstelling verkeerde de pandakte nog niet te hebben ontvangen. Het was aan Beheer als pandhouder om de curator de benodigde informatie nogmaals toe te sturen of haar concreet te wijzen op de betreffende e-mail van 24 november 2016. De opmerking “volgens mij heb ik dit gedaan door stukken door te sturen” is daarvoor niet voldoende. Dat [appellant] tijdens het faillissementsverhoor vanwege overspannenheid wellicht niet nogmaals heeft verwezen naar de volgens hem al verstuurde pandakte, maakt het voorgaande niet anders.

Verkoop van de voorraden van Import

3.10. De curator heeft [appellanten] c.s. meermaals (per e-mails van 23 november (twee keer) en 6 december 2016) medegedeeld dat zij zou overgaan tot verkoop van de bedrijfsvoorraden, onder meer omdat zij de door Import gehuurde bedrijfsruimte leeg diende op te leveren aan de verhuurder. Beheer had er ook daarom belang bij de curator alsnog zo snel mogelijk te voorzien van de benodigde informatie over haar pandrechten. [appellanten] c.s. heeft pas in zijn e-mail van 13 december 2016 (in het algemeen) tegen de voorgenomen verkoop geprotesteerd, zonder

stukken mee te sturen. De curator heeft de inventaris en bedrijfsvoorraden van Import vervolgens op 16 december 2016 verkocht. [appellanten] c.s. voert aan dat de curator geen reden had om tot deze snelle verkoop van de bedrijfsvoorraden over te gaan omdat de gehuurde bedrijfsruimte pas medio februari 2017 hoefde te worden opgeleverd; de curator had met de verkoop moeten wachten. Het hof volgt dat standpunt niet. De curator heeft de huurovereenkomst met de verhuurder op 11 november 2016 opgezegd, zodat de bedrijfsruimte op 11 februari 2017 leeg diende te worden opgeleverd. Uit de overgelegde stukken blijkt dat de biedende partijen vanwege de feestdagen in december ongeveer 8 weken nodig hadden om de voorraden vanuit de bedrijfsruimte van Import te verkopen en de bedrijfsruimte leeg en bezemschoon op te leveren aan de curator. Vanwege deze (niet ongebruikelijke en niet onredelijke) termijnen had de faillissementsboedel er belang bij dat de bedrijfsvoorraden medio december 2016 door de curator werden verkocht zodat het pand op tijd kon worden opgeleverd aan de verhuurder (en er geen nieuwe boedelvorderingen uit hoofde van huur na datum faillissement zouden ontstaan).

3.11. Niet is komen vast te staan dat de curator op het moment van de verkoop van de bedrijfsvoorraden de pandakte kende en de pandrechten van [appellanten] c.s. inhoudelijk had kunnen beoordelen, zodat niet is gebleken dat zij ten onrechte en in weerwil van rechtsgeldige pandrechten, de bedrijfsvoorraden van Import heeft verkocht. De curator heeft naar oordeel van het hof bovendien voldoende rekening gehouden met de (mogelijke) rechten van [appellanten] c.s. door meermaals te vragen om de onderliggende verpandingsstukken over te leggen, de verkoop van de voorraden eveneens meermaals aan te kondigen en door per e-mail aan te bieden om afspraken met [appellanten] c.s. te maken over de verdeling van de opbrengst van de voorraden, mocht later alsnog komen vast te staan dat [appellanten] c.s. een rechtsgeldig pandrecht heeft. [appellanten] c.s. heeft van die uitnodiging geen gebruik gemaakt. Deze handelswijze levert dan ook geen aansprakelijkheid (pro se of q.q.) op van de curator jegens [appellanten] c.s.

3.12. Dat de curator de rechter-commissaris onjuist heeft voorgelicht bij het vragen van toestemming voor de voorgenomen verkoop, ziet het hof evenmin in. De brief van de curator van 13 de-

cember 2016 aan de rechter-commissaris maakt melding van de uitgenodigde opkopers, de biedingen, de (gepretendeerde) vordering en pandrechten van Beheer op de voorraden en het ontbreken van onderliggende stukken om die vordering en pandrechten te kunnen beoordelen. Dat de e-mail van 24 november 2016 met de pandakte niet in de brief wordt genoemd, zoals [appellanten] c.s. aanvoert, ligt voor de hand nu niet is komen vast te staan dat de curator deze e-mail en de pandakte op dat moment kende. [appellanten] c.s. stelt zich verder op het standpunt dat ook haar e-mail van 13 december 2016 had moeten worden overgelegd aan de rechter-commissaris. De informatie in de e-mail van 13 december 2016 (waaronder de discussie over de pandrechten) is echter in grote lijnen meegenomen in de brief van de curator. Het geheel of gedeeltelijk meesturen van de met [appellanten] c.s. hierover gevoerde correspondentie was daarom naar oordeel van het hof niet nodig en het achterwege laten daarvan levert in elk geval geen onrechtmatig handelen op jegens [appellanten] c.s.

De taxatie, het biedingsproces en de waarde van de voorraden

3.13. [appellanten] c.s. stelt verder dat de uitgevoerde taxatie van de bedrijfsvoorraden en het biedingsproces ondeugdelijk zijn geweest en dat de curator de voorraden voor een veel te laag bedrag heeft verkocht en daardoor de boedel heeft benadeeld. In de kern komt het verwijt van [appellanten] c.s. erop neer dat de curator geen gebruik heeft gemaakt van de voorraadlijsten van Import die zij volgens [appellanten] c.s. tot haar beschikking had en waaruit zou blijken dat de bij Import aanwezige voorraden een veel hogere waarde hadden dan waarvoor ze uiteindelijk zijn verkocht. [appellanten] c.s. stelt onder meer dat de pandlijsten die zij aan de curator heeft verstrekt op 8 november 2016 voorraadlijsten zijn die aan de taxateur en aan de opkopers hadden moeten worden verstrekt. Uit de pandlijsten van 16 januari 2015 en 28 september 2016 volgt een waarde van de voorraden van € 108.606,43, respectievelijk € 152.033,67. De voorraden zijn verkocht voor een bedrag van € 20.750,= (inclusief showroomkeukens die deels van een derde waren die daarvoor een nettobedrag (dus verminderd met de boedelbijdrage) van € 3.750,= van de opbrengst heeft ontvangen). [appellanten] c.s. stelt

zich op het standpunt dat de voorraden dan ook voor een veel te lage waarde zijn verkocht.

3.14. [appellanten] c.s. gaat er hierbij ten onrechte aan voorbij dat de pandlijst van 16 januari 2015 (met een weergave van de voorraden per 8 januari 2015) sterk verouderd was op het moment van het intreden van het faillissement op 1 november 2016. De pandlijst van 28 september 2016 toont een opgave van de voorraden van Import per 20 mei 2016, ongeveer een half jaar vóór het faillissement. Deze lijst is daarmee eveneens (te) oud om als betrouwbare opgave van de aanwezige voorraden per datum faillissement te kunnen dienen. Dat [appellanten] c.s. bij de memorie van grieven aanvullende pandlijsten en voorraadlijsten uit 2015 en 2016 heeft overgelegd waaruit de (hogere) waarde van de voorraden zou blijken (productie 18 bij de memorie van grieven), doet niet ter zake. Het gaat er bij de beoordeling van het handelen van de curator immers om over welke informatie zij op dat moment beschikte. Dat de curator op het moment van de verkoop van de inventaris en voorraden over recentere inventaris- en voorraadlijsten beschikte dan de twee hiervoor genoemde pandlijsten van 16 januari 2015 en 28 september 2016, is niet gebleken, zodat daarvan niet kan worden uitgegaan bij de verdere beoordeling.

3.15. Met betrekking tot de wijze van het te gelde maken van activa heeft de curator beleidsvrijheid, zodat het hof slechts dient te beoordelen of de curator met inachtneming daarvan heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Uit de overgelegde stukken blijkt dat de curator zes opkopers heeft uitgenodigd om de aangeboden zaken te bezichtigen en een bod te doen, dat slechts twee partijen daadwerkelijk zijn komen kijken en dat uiteindelijk ook slechts twee partijen een bod hebben uitgebracht. De curator heeft de inventaris en voorraden vervolgens verkocht aan de hoogste bidder, wat in het belang van de boedel was (zeker nu deze bidder de bedrijfsruimte ook leeg en bezemschoon zou opleveren voor het einde van de huurovereenkomst waarmee extra boedelkosten konden worden voorkomen). De curator beschikte op dat moment niet over recente, betrouwbare voorraadlijsten, maar slechts over de verouderde pandlijsten, zodat zij goede reden had om die lijsten niet te verstrekken aan kopers in het kader

van de biedingsprocedure. [appellanten] c.s. heeft verder niet concreet gemotiveerd welke andere opties de curator had voor verkoop en waarom die opties tot een (veel) hogere opbrengst zouden hebben geleid die wellicht meer in de buurt lag van de volgens [appellanten] c.s. werkelijke waarde van de voorraden. De curator heeft nota bene TTGro Gelderland B.V. (hierna: TTGro), een concernvennootschap van Beheer en Import en de exclusieve handelspartner van Import (die bij uitstek op de hoogte zou moeten zijn van de waarde van de voorraden), in een e-mail aan [appellant] uitgenodigd om ook een bod uit te brengen op de inventaris en voorraden, maar dat heeft TTGro niet gedaan.

3.16. De taxatie van de voorraden heeft weliswaar niet ter plaatse plaatsgevonden maar (alleen) op basis van foto's van de curator en verdient naar oordeel van het hof niet de schoonheidsprijs, maar dit wil niet zeggen dat de curator daarmee onrechtmatig heeft gehandeld of de boedel heeft benadeeld. De taxatie(waarde) is tenslotte niet doorslaggevend geweest voor de biedingen die zijn gedaan en het accepteren ervan. De curator heeft de inventaris en voorraden "open" aangeboden en opkopers gevraagd om een bod uit te brengen. De opkopers die dat wilden, konden ter plaatse de zaken komen bekijken. Op haar aanbod heeft de curator maar twee biedingen ontvangen. De taxateur heeft de curator na ontvangst van de biedingen bovendien geadviseerd het hoogste bod te accepteren; de curator heeft het hoogste bod dus ook laten toetsen voordat zij dit accepteerde.

3.17. Gelet op het voorgaande is van een ondeugdelijke wijze van verkoop of een ondeugdelijk biedingsproces niet gebleken. Dat de taxatie niet op de gebruikelijke (en meer wenselijke) wijze is uitgevoerd door een opneming ter plaatse, is in dit geval minder relevant nu dit geen invloed heeft gehad op de ontvangen biedingen en het accepteren ervan. Dat de curator wist of had moeten weten dat de voorraden een veel hogere waarde hadden, is niet vast komen te staan en dat zij op een andere wijze een (veel) hogere opbrengst had kunnen realiseren, is niet nader gemotiveerd en onderbouwd door [appellanten] c.s., zodat ook in zoverre niet gebleken is van onjuist boedelbeheer of anderszins onrechtmatig handelen door de curator (q.q. of pro se) met betrekking tot de verkoop van de inventaris en voorraden.

3.18. [appellanten] c.s. verwijt de curator verder de showroomkeukens van Import voor een te lage waarde te hebben verkocht. [appellanten] c.s. heeft dit standpunt echter onvoldoende onderbouwd. Er zijn geen stukken overgelegd waaruit blijkt welke keukens bij Import aanwezig waren en dat die keukens bij een derde waren gekocht en volledig waren betaald. Ook is niets overgelegd waaruit blijkt in hoeverre Atag al dan niet een eigendomsvoorbehoud had. De stelling van [appellanten] c.s. dat de curator geen boedelbeschrijving in de zin van artikel 94 Fw heeft opgemaakt en de sloten van het bedrijfspand pas 24 dagen na het intreden van het faillissement heeft vervangen en daardoor de boedel onjuist heeft beheerd, volgt het hof evenmin. Met betrekking tot de sloten geldt dat [appellanten] c.s. niet concreet heeft gemotiveerd dat er in die periode daadwerkelijk activa van Import zijn verdwenen uit de bedrijfsruimte, zodat van enige schade of benadeling van de boedel niet is gebleken. De curator heeft verder faillissementsverslagen opgesteld waaruit een beschrijving van de boedel volgt en ook de inventaris en voorraden gefotografeerd. Waarom dat in dit geval een onvoldoende boedelbeschrijving is geweest en in hoeverre dat nadelig is geweest voor de boedel of onrechtmatig, heeft [appellanten] c.s. evenmin gemotiveerd, zodat het hof ook aan dit verwijt voorbij zal gaan.

Afwijzing vordering verklaring voor recht

3.19. Omdat niet is gebleken van onrechtmatig handelen van de curator, heeft [appellanten] c.s. geen belang bij de door haar gevorderde verklaring voor recht dat zij een vordering heeft in het faillissement van Import. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat die verklaring alleen van belang is als de curator onrechtmatig zou hebben gehandeld en dus aan schadeberekening zou worden toegekomen. Een ander belang heeft [appellanten] c.s. in deze procedure niet gesteld. [appellanten] c.s. dient haar vorderingen in te dienen in het faillissement van Import (op de voet van artikel 26 Fw) en vastgesteld te krijgen in de reeds aanhangige renvooiprocedure. Deze bodemprocedure is daarvoor niet de juiste weg.

3.20. Gelet op wat hiervoor is overwogen, slaagt grief 3 niet, zodat het oordeel van de rechtbank dat de curator niet onrechtmatig heeft gehandeld, zal worden bekrachtigd.

Grief 4: bestuurdersaansprakelijkheid

3.21. Grief 4 richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat, kort gezegd, sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid van de zijde van [appellanten] c.s. in de zin van artikel 2:248 BW (jo 2:11 BW) door schending van de boekhoudverplichting en de deponeringsverplichting.

3.22. Artikel 2:248 lid 1 BW bepaalt dat iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement als het bestuur zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Van onbehoorlijke taakvervulling moet worden uitgegaan als het bestuur de boekhoudplicht uit artikel 2:10 BW of de publicatieverplichting uit artikel 2:394 BW niet is nagekomen (art. 2:248 lid 2 BW). In dat geval wordt bovendien vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Dit vermoeden kan door het bestuur worden weerlegd. Daarvoor is voldoende dat de aangesproken bestuurder aannemelijk maakt dat andere feiten of omstandigheden dan zijn kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest². Een bestuurder is verder niet aansprakelijk als hij bewijst dat de onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur niet aan hem te wijten is en hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden (art. 2:248 lid 3 BW).

3.23. [appellanten] c.s. stelt dat, anders dan de curator heeft aangevoerd en de rechtbank heeft aangenomen, Import over een deugdelijke voorraadadministratie beschikte en ook overigens over een accurate administratie. De voorraden werden volgens [appellanten] c.s. bijgehouden aan de hand van de inkoopfacturen van Import en verkoopfacturen die vervolgens aan TTGro werden verstuurd. Daarnaast werden de voorraden regelmatig handmatig geteld en die aantallen werden bijgehouden in het online boekhoudprogramma Atrium Syntess. [appellanten] c.s. heeft dit onderbouwd door e-mails over te leggen waaruit blijkt dat software van Syntess werd gebruikt

2 HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:20021:AD4508 («JOR» 2002/4, m.nt. Blanco Fernández (*Mefigro c.s./Wind q.q.*); red.) en HR 20 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY7916 («JOR» 2006/288, m.nt. Borrins (*Van Schilt/Jansen q.q.*); red.).

en daarnaast zijn verschillende uitdraaien van voorraadlijsten overgelegd (die als pandlijsten zijn gebruikt). De curator weerspreekt niet, althans onvoldoende, dat een voorraadadministratie door Import werd bijgehouden in Syntess. Dat de curator deze (digitale) administratie niet heeft gekregen, zoals zij betoogt, is een andere kwestie. Dat [appellanten] c.s. wellicht niet (tijdig) heeft voldaan aan haar informatieverplichting (art. 105 Fw), betekent immers niet dat die administratie er in het geheel niet is en daarom niet is voldaan aan de boekhoudplicht van artikel 2:10 BW.

3.24. Hetzelfde geldt voor de overige administratie waarvan de curator stelt dat zij deze niet of slechts gebrekkig heeft ontvangen. Uit de brief van de curator van 16 januari 2017 blijkt dat [appellanten] c.s. uiteindelijk ook andere administratie van Import heeft aangeleverd, zoals (onder) huurovereenkomsten, de overeenkomst met TTGro, arbeidsovereenkomsten en loonstroken, overeenkomsten met leveranciers, bankafschriften en diverse crediteuren- en debiteurenfacturen. In het licht daarvan heeft de curator onvoldoende gemotiveerd wat zij nog aan administratie mist en waarom met de aanwezige administratie niet wordt voldaan aan de boekhoudplicht. De stelling dat de (steekproefsgewijs) gecontroleerde crediteurenvorderingen op de aangeleverde crediteurenlijst van Import niet klopten, is daarvoor onvoldoende. De curator heeft niet concreet aangegeven welke vorderingen niet klopten en om wat voor (afwijkende) bedragen het ging, hetgeen wel op haar weg had gelegen. Op grond hiervan is het hof van oordeel dat niet is gebleken dat de administratieplicht is geschonden.

3.25. Tussen partijen is echter niet in geschil dat de jaarrekeningen van Import over de jaren 2014 en 2015 te laat zijn gedeponereerd. [appellanten] c.s. heeft ook niet gegriefd tegen de overweging van de rechtbank dat die termijnoverschrijding geen onbelangrijk verzuim is, zodat vaststaat dat de publicatieplicht is geschonden en dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur door [appellanten] c.s. op grond van artikel 2:248 lid 2 jo 2:11 BW.

3.26. Daardoor wordt bovendien vermoed dat het kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement van Import. Om dit vermoeden te weerleggen wijst [appellanten] c.s. op andere omstandigheden die volgens haar een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn. Ze wijst allereerst op algemene (nadelige) ontwik-

kelingen in de groothandelsbranche in de jaren 2012 tot en met 2016 en stelt dat ook Import last heeft gehad van deze algemene trends. Vanaf 2012 waren de vaste bedrijfslasten van Import hoger dan haar omzet waardoor liquiditeitstekorten zijn ontstaan, aldus [appellanten] c.s. [appellanten] c.s. onderbouwt dit onder meer door de hoogte van het verlies over de jaren heen, de omzetten, de oplopende crediteurenstand en haar vaste lasten over 2015 en 2016 te vermelden, onder overlegging van jaarrekeningen, maar zij licht niet toe hoe deze cijfers zich verhouden tot (haar verkopen aan) haar exclusieve afnemer en groepsvenootschap TTGro. De inkoop van Import was immers afgestemd op de afname door TTGro, waardoor haar inkoopkosten beperkt zouden moeten zijn gebleven tot datgene wat TTGro afnam en deze inkoopkosten (met marge, waarvan [appellanten] c.s. stelt dat deze ondanks de slechte jaren altijd goed is gebleven) geen grote schulden hadden moeten opleveren als TTGro regulier betaalde. Van de hoge vaste bedrijfslasten die [appellanten] c.s. vermeldt, is zonder nadere toelichting ook niet zonder meer duidelijk waarom die voor rekening van Import kwamen. Import was immers een kleine inkooporganisatie die volgens de toelichting van [appellanten] c.s. in haar memorie van grieven uitsluitend verkocht aan TTGro, die volgens de producties bij de processtukken bovendien was gevestigd in hetzelfde bedrijfspand aan de Bellstraat 3 te Tiel. Waarom dus alle in- en verkoopkosten, personeelskosten, managementkosten, autokosten en dergelijke bij Import berustten, zoals [appellanten] c.s. schrijft in haar memorie van grieven (randnummer 8.68), is onduidelijk. Uit de overgelegde jaarrekening van Import over 2016 blijkt bovendien dat in 2015 en 2016 de grootste actiefpost van Import bestond uit een zeer aanzienlijke, snel oplopende rekening-courantvordering op TTGro ter hoogte van € 286.552,= in 2015 en € 438.950,= in 2016. [appellanten] c.s. heeft in eerste aanleg aangevoerd dat TTGro met chronische liquiditeitstekorten kampte en dat dit de reden is dat de rekening-courantvordering op TTGro is opgelopen en Import daardoor ook met liquiditeitstekorten kampte. [appellanten] c.s. is evenwel via [appellant] Groep B.V. ook middellijk aandeelhouder en bestuurder van TTGro en had daarmee invloed op zowel het betaalgedrag van TTGro als het debiteurenbeleid van Import. [appellanten] c.s. heeft in hoger beroep niet toegelicht hoe een en ander zich ver-

houdt tot elkaar en wat zij heeft gedaan om TT-Gro alsnog te laten betalen aan Import, dan wel waarom Import niet is gestopt met inkopen en leveren aan TTGro. Daarmee is ook niet duidelijk dat dit een van buiten komende oorzaak van het faillissement van Import zou zijn. Gelet op het voorgaande heeft [appellanten] c.s. onvoldoende aannemelijk gemaakt dat hier sprake is van andere feiten en omstandigheden die een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement van Import en die niet aan [appellanten] c.s. zijn toe te rekenen.

3.27. [appellanten] c.s. voert verder als belangrijke oorzaken van het faillissement aan dat klanten overstapten naar meer innovatieve groothandels en dat klanten wegbleven doordat de heer [B] en de heer [C] weggingen en de heer [B] een concurrerende technische groothandel begon. Naast dat [appellanten] c.s. dit niet concreet (cijfermatig) heeft toegelicht en onderbouwd, is zonder nadere toelichting eveneens onduidelijk waarom deze oorzaken betrekking hebben op Import, die maar één afnemer had, namelijk TTGro en in zoverre zelf geen last kan hebben gehad van wegblijvende klanten. Gelet op het voorgaande heeft [appellanten] c.s. ook hiermee onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is van een andere belangrijke oorzaak van het faillissement van Import.

3.28. Dat [appellanten] c.s. adequate maatregelen heeft getroffen om het faillissement af te wenden, zoals hij aanvoert, volgt het hof evenmin. Het treffen van betalingsregelingen met crediteuren is geen structurele oplossing voor een structureel liquiditeitstekort. Dat getracht is om extra omzet te realiseren en kosten te reduceren is in het licht van het bovenstaande, met name het onduidelijke debiteurenbeleid met betrekking tot TTGro, onvoldoende. Zeker nu maatregelen zoals kosten delen door medewerkers zowel werkzaam te laten zijn voor Import als voor INIQ (een andere groepsvennootschap) en INIQ een deel van de bedrijfsruimte te laten gebruiken tegen een vergoeding, geen liquiditeit opleverden voor Import omdat alle facturen volgens [appellanten] c.s. in rekening-courant werden geboekt. Ook van de tijdelijke leningen die door INIQ en andere groepsvennootschappen zouden zijn verstrekt, is zonder nadere toelichting hoe een en ander zich verhoudt tot de hoge kosten van Import, de snel oplopende rekening-courantvordering van TT-Gro en de verrekeningen in rekening-courant, onduidelijk in hoeverre dat een adequate maatregel is geweest. Gelet op het voorgaande is het ar-

gument dat er sprake was van een “redelijk perspectief” bij Import bovendien eveneens onvoldoende gemotiveerd. Het hof is dan ook van oordeel dat [appellanten] c.s. hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort in het faillissement van Import.

Matiging van het boedeltekort waarvoor [appellanten] c.s. aansprakelijk is

3.27. [appellanten] c.s. doet in het vierde onderdeel van grief 4 een beroep op matiging van het bedrag waarvoor zij aansprakelijk is op grond van artikel 2:248 lid 4 BW. Evenals de rechtbank ziet het hof echter geen aanleiding om over te gaan tot matiging. Er is sprake van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en er is geen sprake van een onbelangrijk verzuim. Het is niet aannemelijk geworden dat er andere belangrijke oorzaken van het faillissement zijn geweest en er zijn evenmin aanwijzingen dat de boedel onjuist is afgewikkeld door de curator. Grief 4 slaagt daarom niet.

4. De slotsom

4.1. De grieven falen. Het bestreden vonnis zal in beide zaken worden bekrachtigd.

4.2. Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof [appellanten] c.s. veroordelen in de kosten van het hoger beroep in beide zaken. (...; *red.*)

7. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep in de gevoegde zaken 200.259.964/02 en 200.259.977/02: bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem, van 6 december 2018;

veroordeelt [appellanten] c.s. in de kosten van het hoger beroep (...; *red.*);

verklaart dit arrest ten aanzien van de daarin vervatte veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. In deze zaak spelen ruwweg twee kwesties: de aansprakelijkheid van de curator en de aansprakelijkheid van de bestuurders. De bestuurder van de gefailleerde beroept zich jegens de curator op vuistloze pandrechten op de bedrijfsvoorraden. De bestuurder overlegt daarvoor enkele geregistreerde pandlijsten, maar niet de pandovereenkomst zelf, ondanks herhaalde verzoeken van de curator. Omdat het gehuurde bedrijfspand waar

de voorraad staat, moet worden ontruimd, wacht de curator niet langer en gaat over tot verkoop en levering van de voorraad aan de hoogst biedende opkoper. De bestuurder meent dat de curator dat vanwege het pandrecht niet had mogen doen en dat de voorraad ook voor een te lage prijs is verkocht. Tevens zou de curator de rechter-commissaris onvolledig hebben geïnformeerd. De bestuurder stelt de curator daarom zowel in hoedanigheid als persoonlijk aansprakelijk. De curator daarentegen meent dat de bestuurder van de failliet niet aan de administratieve en publicatieverplichting heeft voldaan en houdt hem aansprakelijk voor het faillissementstekort. Zowel rechtbank als hof menen dat de curator door de onduidelijkheid die door de bestuurder zelf is veroorzaakt, tot verkoop van de voorraad mocht overgaan. Weliswaar had de curator ten onrechte geen taxatie op locatie laten uitvoeren, maar omdat dat geen invloed heeft gehad op de uiteindelijke biedingen, leidt dat niet tot benadeling van de boedel. Beide instanties menen dat de bestuurder wel heeft voldaan aan de administratieplicht, maar inderdaad niet aan de publicatieplicht. Hij is aansprakelijk voor het boedeltekort, omdat hij niet aannemelijk heeft kunnen maken dat andere omstandigheden het faillissement hebben veroorzaakt.

2. *De aansprakelijkheid van de curator.* Het hof maakt in r.o. 3.5 weliswaar onderscheid tussen de aansprakelijkheid q.q. en pro se, maar toetst de feiten vervolgens enkel aan de norm van de pro se-aansprakelijkheid. Mijns inziens ten onrechte, aangezien je in het algemeen eerst aan de vraag naar de persoonlijke aansprakelijkheid toekomt, indien vast is komen te staan dat de curator (ook) q.q. aansprakelijk is. De situatie dat de curator enkel pro se aansprakelijk is en niet ook q.q., zal immers niet snel voorkomen. Daarvoor zal sprake moeten zijn van een bijzondere situatie waarbij de curator dermate de mist is ingegaan, dat hem dat niet als curator in zijn hoedanigheid verweten zou kunnen worden, maar enkel in persoon. Het hof had derhalve eerst moeten onderzoeken of de curator q.q. onrechtmatig heeft gehandeld. Als daarop het antwoord nee is, dan komt men – behoudens bijzondere omstandigheden, die ik in deze casus niet aantref – niet meer toe aan de vraag of de curator pro se aansprakelijk is. Waarom dat zo is, zal ik hieronder onderbouwen.

3. In HR 19 april 2013, «JOR» 2013/224, m.nt. Boekraad (*Koot Beheer/Tideman q.q.*) heeft de Hoge Raad drie categorieën boedelschulden benoemd. De laatste daarvan is de boedelschuld die is ontstaan als gevolg van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Dit zou het geval kunnen zijn als een curator zonder toestemming van de pandhouder zaken aan derden verkoopt en levert. In deze zaak constateert het hof dat de curator ondanks een (onvolledig onderbouwd) beroep op pandrecht wél tot verkoop van de voorraad over mocht gaan en de curator derhalve niet in strijd met een voor haar geldende verbintenis of verplichting heeft gehandeld. Ergo, de gepretendeerde schadevergoedingsvordering van de bestuurder is geen boedelvordering. Daarmee is wat mij betreft de kous af, want als de curator met haar handelen beroepsmatig geen fout heeft gemaakt, zie ik niet in waarom je vervolgens zou moeten onderzoeken of de curator voor datzelfde handelen wel persoonlijk aansprakelijk zou zijn, wetende dat de lat daarvoor alleen nog maar hoger ligt. Desalniettemin toetst het hof alleen of de curator persoonlijk aansprakelijk is.

4. Om te beoordelen of een curator (ook) pro se aansprakelijk is, dient de vraag uit HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath (*Prakke/Gips*) te worden beantwoord: was de curator bij de uitoefening van zijn taak gebonden aan regels? Is het antwoord daarop ja en komt vast te staan dat de curator die regel heeft overtreden, dan leidt dat al snel tot persoonlijke aansprakelijkheid. Zie daarvoor HR 9 november 2018, «JOR» 2019/26, m.nt. Tekstra, tevens behorend bij «JOR» 2019/25 (*De Klerk en El Ayoubi/X*). Als de curator niet gebonden is aan regels, dan komt hem beleidsvrijheid toe. (Slechts) in dat geval moet de Maclou-norm (HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. Kortmann) worden toegepast: heeft de curator gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht? Als het antwoord daarop nee is, rekening houdend met de omstandigheden zoals in Maclou genoemd, dan is de curator persoonlijk aansprakelijk voor de door hem veroorzaakte schade.

5. Naar mijn overtuiging diende het hof dit stappenplan te volgen voor de beantwoording van de vraag of de curator in deze zaak q.q. dan wel pro

se aansprakelijk was. Het hof gooit een en ander echter in dezelfde emmer en trekt daar uiteindelijk dit (mijns inziens terechte) resultaat uit. Voor de uitkomst maakt het in casu dan ook niet veel uit, maar voor een juiste toepassing van het onderzoek naar de aansprakelijkheid van de curator meen ik dat het hof scherper had moeten zijn.

6. *De aansprakelijkheid van de bestuurders.* De curator maakt het verwijt dat de bestuurders noch aan de administratie- noch aan de publicatieverplichting ex art. 2:10 resp. 2:394 BW hebben voldaan en daarmee op grond van art. 2:248 BW aansprakelijk zijn voor het boedeltekort. Wat betreft de administratieverplichting komt het hof tot de constatering dat er van enige administratie wel degelijk sprake is. Dat de bestuurders deze administratie niet tijdig aan de curator hebben verstrekt, maakt niet dat de bestuurders niet aan de verplichting van art. 2:10 BW hebben voldaan. Dat lijkt mij correct. Overigens moet niet te licht over de inhoud van de administratieverplichting worden gedacht. Of en wanneer een bestuurder deze verplichting schendt, is complexer dan mijns inziens menig curator meent. Wat is immers administratie en wanneer is die gebrekkig? Voor een heldere uitleg hierover verwijs ik graag naar het proefschrift van C.M. Harmsen, *Administratieplicht en aansprakelijkheid voor het boedeltekort* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

7. Het hof meent dat de bestuurders wel aansprakelijk zijn voor het boedeltekort omdat niet aan de publicatieverplichting is voldaan. De bestuurders betwisten niet dat de jaarrekeningen te laat zijn gedeponereerd. Daarmee staat op grond van art. 2:248 lid 2 BW de onbehoorlijke taakvervulling vast. Ter weerlegging van het wettelijke vermoeden dat dit ook een belangrijke oorzaak van het faillissement is, beroepen de bestuurders zich op enkele externe omstandigheden, zoals ontwikkelingen in de branche. Omdat de gefailleerde vennootschap vrijwel alle omzet verkreeg van een aan haar gelieerd bedrijf en daar haar kostenstructuur ook op af had kunnen stemmen, acht het hof onvoldoende gemotiveerd welke invloed de opgeworpen brancheontwikkelingen op het bedrijfsresultaat hebben gehad. De bestuurders hadden derhalve meer en concreter moeten onderbouwen welke andere externe factoren de oorzaak zijn geweest van het faillissement. Had den de bestuurders dit wel gedaan, dan had het vervolgens weer op de weg van de curator gele-

gen om aan te tonen dat, ondanks die externe factoren, de gevolgen van het faillissement toch voor rekening van de bestuurders dienden te komen. Voor de vraag wie wanneer wat moet stellen en bewijzen in geval van bestuurdersaansprakelijkheid, raadplege men HR 30 november 2007, «JOR» 2008/29, m.nt. Borrius (*Blue Tomato*).

mr. J.B.A. Jansen
advocaat bij Dommerholt Advocaten NV en docent Insolventierecht aan de Radboud Universiteit

134

Termijn faillissementsgijzeling loopt niet door bij schorsing inbewaringstelling

Hoge Raad
22 januari 2021, nr. 20/03587,
ECLI:NL:HR:2021:102
(mr. Polak, mr. Snijders, mr. Tanja-van den Broek, mr. Wattendorff, mr. Lock)
(Concl. A-G De Bock)
Noot mr. W.J.B. van Nielen

Inbewaringstelling ex art. 87 Fw. Schending informatieplicht bestuurder ex art. 106 Fw. De termijn ex art. 87 Fw loopt niet door tijdens schorsing van de inbewaringstelling. Bevel tot inbewaringstelling behoudt rechtskracht tijdens schorsing. Gedurende de schorsing van de inbewaringstelling is geen bevel tot verlenging van de inbewaringstelling of een hernieuwde schorsing daarvan mogelijk. Voorwaarden voor schorsing. Cassatie in het belang der wet.

[Fw art. 87, 105, 106; EVRM art 5 lid 1; EVRM Vierde Protocol art. 2 lid 3]

De Faillissementswet voorziet niet uitdrukkelijk in de mogelijkheid om een op de voet van art. 87 Fw bevolen inbewaringstelling te schorsen, en dus evenmin in de mogelijkheid om aan een dergelijke schorsing voorwaarden te verbinden. Niettemin moet de mogelijkheid worden aanvaard dat een dergelijke inbewaringstelling wordt geschorst, al dan niet onder het stellen van voorwaarden. Inbewaringstelling is een vrijheidsbe-