

Nieuwe (?) normen voor de faillissementscurator

Een beschouwing naar aanleiding van Hoge Raad 19 april 1996, RvdW 1996, 89C

Matthias J. Borgers (RL)

In deze bijdrage staat het arrest van de Hoge Raad van 19 april 1996, RvdW 1996, 89C, waarin ingegaan wordt op de persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator, centraal. Onderzocht wordt met name in hoeverre dit arrest verandering aanbrengt in de criteria die voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator gelden.

1 Inleiding

In de literatuur over beroepsaansprakelijkheid wordt weinig aandacht besteed aan de *persoonlijke* aansprakelijkheid van de faillissementscurator (hierna: de curator) voor fouten in de uitoefening van zijn taak.¹ Jurisprudentie over de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator is evenmin dik gezaaid.² Recentelijk, op 19 april 1996, heeft de Hoge Raad een arrest³ gewezen, waarin nader wordt ingegaan op de criteria op basis waarvan de curator persoonlijk aansprakelijk gehouden kan worden. Interessant hierbij is dat in dit arrest de voor de persoonlijke aansprakelijkheid geldende criteria afgezet worden tegen de criteria zoals die gelden voor de aansprakelijkheid van andere vrije beroepsbeoefenaars, zoals advocaat en notaris.

De Faillissementswet kent geen afzonderlijke bepaling over de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Als juridische grondslag voor aansprakelijkheid geldt de algemene bepaling voor de onrechtmatige daad, artikel 6:162 BW.⁴ Of de curator in een bepaald geval persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor fouten in de uitoefening van zijn taak, wordt dan met name bepaald door drie elementen: de taak die de curator heeft, de voor hem geldende zorgvuldigheidsnorm en, nu de aansprakelijkheid berust op artikel 6:162 BW, de toerekenbaarheid van de daad aan de curator in persoon. In deze bijdra-

ge staat met name de voor de curator geldende zorgvuldigheidsnorm centraal. Onderzocht wordt wat deze norm is en in hoeverre het arrest van 19 april 1996 de norm nader in- of aanvult. Daarbij wordt aandacht besteed aan de relatie tussen de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator en de aansprakelijkheid van andere vrije beroepsbeoefenaars, zoals de advocaat en de notaris. Daarna wordt ingegaan op de relatie tussen de zorgvuldigheidsnorm en de andere twee elementen: de taak van de curator en de toerekenbaarheid. Daarbij komt eveneens het verband tussen de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator en die van een bestuurder van een rechtspersoon aan de orde. Allereerst wordt echter kort stilgestaan bij het verschil tussen de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator en de aansprakelijkheid van de curator *qualitate qua* (*q.q.*).

2 Aansprakelijkheid *q.q.* en persoonlijke aansprakelijkheid

Voor een goed begrip van de aansprakelijkheid van de curator is het van belang om onderscheid te maken tussen enerzijds aansprakelijkheid van de curator *q.q.* en anderzijds de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. De afkorting *q.q.* staat voor 'qualitate qua' en betekent zoveel als 'in zijn hoedanigheid van' beheerder en vereffenaar van de boedel. Door dit handelen *q.q.* kun-

1 Vgl. bijvoorbeeld *Beroepsfouten*, van I.P. Michiels van Kessenicht-Hoogendam, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1995 en het NJV-advies van dit jaar: *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad* van A.T. Bolt en J. Spier, pp. 118-160. Zie over beroepsaansprakelijkheid ook de *Rode draad 'Beroepsaansprakelijkheid'* in *Ars Aequi* 1995, waarin overigens geen aandacht aan de aansprakelijkheid van de curator wordt besteed.

2 HR 11 juni 1926, *NJ* 1926, 1049, m.nt. PS, HR 26 mei, *NJ* 1933, 870, m.nt. EMM, HR 26 november 1926, *NJ* 1983, 422, m.nt. BW en HR 2 december 1995, *NJ* 1995, 272.

3 *RvdW* 1996, 89C.

4 Vgl. HR 24 februari 1995, *RvdW* 1995, 47C.

nen er zogeheten boedelschulden ontstaan. Dat is onder meer het geval bij onrechtmatig handelen van de curator; de boedel is dan aansprakelijk voor de schade.⁵ Deze aansprakelijkheid van de boedel wordt aangeduid met de aansprakelijkheid van de curator q.q.⁶ Onder omstandigheden kan de curator daarnaast ook persoonlijk aansprakelijk gehouden worden voor zijn onrechtmatig handelen. In dat geval dient hij zelf, dat wil zeggen uit zijn privé-vermogen, de schade te vergoeden.⁷

Wanneer men bedenkt dat in veel faillissementen de boedel nauwelijks activa bevat en de werkzaamheden van de curator onder omstandigheden gedekt worden door zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekering,⁸ zal men begrijpen dat voor gelaedeerden het (mede) persoonlijk aansprakelijk stellen van de curator een interessantere optie kan zijn dan (alleen) het aansprakelijk stellen van de curator q.q. Daarnaast kan de situatie zich voordoen, waarin het aansprakelijk stellen van de curator q.q. geen optie is, omdat juist door het onrechtmatig handelen van de curator bepaalde aanspraken op de boedel gefrustreerd zijn.⁹ Aansprakelijkheid van de curator q.q. zou daarbij alleen maar de omvang van de boedel verder verminderen.

3 De norm voor onbehoorlijke taakvervulling

Teneinde te kunnen bepalen of de curator persoonlijk aansprakelijk gehouden kan worden voor schade die ontstaan is door het niet behoorlijk vervullen van zijn taak, is het van belang te weten welke norm aan diens taakvervulling gesteld wordt.

3.1 De zorgvuldigheidsnorm

Het eerste arrest waarin de Hoge Raad aangeeft welke zorgvuldigheidsnorm voor de curator persoonlijk geldt, stamt uit 1933.¹⁰ In dit arrest overweegt de Hoge Raad:

'dat een Curator slechts dan tegen persoonlijke aansprakelijkheid is gevrijwaard, wanneer hij de hem toevertrouwde belangen naar behooren heeft waargenomen.'

De Hoge Raad formuleert deze norm *negatief*; de curator is *slechts* dan gevrijwaard van persoonlijke aansprakelijkheid, wanneer hij zijn taak behoorlijk vervult. Het lijkt erop dat de Hoge Raad hierdoor een tamelijke strenge norm wil stellen. Hoe streng deze norm precies is, valt moeilijk te zeggen, aangezien de Hoge Raad niet aangeeft waar de grens ligt tussen een onbehoorlijke en behoorlijke taakvervulling van de curator. Uit het arrest blijkt slechts dat het lichtvaardig aannemen van het bestaan van een aan de boedel toekomend recht onder onbehoorlijke taakvervulling valt.

Van deze norm wordt in latere jurisprudentie niet afgeweken. Wel is door de Hoge Raad in een vrij recent arrest¹¹ nog een aanvulling gegeven. De Hoge Raad stelt in dit arrest dat de curator 'ook bij de uitoefening van zijn taak' tegenover hem, die in het faillissement betrokken is, de hem persoonlijk in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid in acht dient te nemen. Dit laatste criterium kan bijvoorbeeld van dienst zijn in het geval dat een curator *zonder grond* beschuldigingen uit omtrent frauduleus handelen van bij het faillissement betrokken personen¹² of *ongegronde* mededelingen doet over het aansprakelijk stellen van bestuurders wegens onbehoorlijk bestuur (vgl. artikel 2:138/248 BW). In een dergelijk geval gelden geen andere normen dan die voor elke burger gelden en is een bijzondere, op de werkzaamheden van een curator toegesneden zorgvuldigheidsnorm niet nodig.

In het arrest van 19 april 1996 gaat de Hoge Raad nader in op de criteria voor persoonlijke aansprakelijkheid. De Hoge Raad schetst eerst de bijzondere taak die de curator heeft in vergelijking met de taak van advocaat en andere beroepsbeoefenaars (waarover meer in par. 3.2). Vervolgens formuleert de Hoge Raad de volgende zorgvuldigheidsnorm:

5 N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, bewerkt door C.E. Polak, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1995, p. 153.

6 E.W.J.H. de Liagre Böhl, *Sanering en faillissement*, Kluwer, Deventer 1991, p. 46.

7 *Ibidem*.

8 Zo verplicht de Verordening op de beroepsaansprakelijkheid van Nederlandse Orde van Advocaten de advocaat mede zijn werkzaamheden als curator in een faillissement te verzekeren. Zie hieromtrent: Praktijkboek curatoren (februari 1996), *De rol van de curator (deel*

A.4), pp. 6-7. Een beroepsaansprakelijkheidsverzekering dekt echter niet alle schade die een curator kan veroorzaken. Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 14 december 1994, *NJ* 1995, 524.

9 F.J.M. Verstijlen, De persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator, *WPNR* (1994) 6154, p. 702.

10 HR 26 mei 1933, *NJ* 1933, 870, m.nt. EMM.

11 HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 272.

12 Voorbeeld ontleend aan HR 2 december 1994, *NJ* 1995, 272.

'Deze norm komt hierop neer 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.'

Handelt de curator niet conform deze norm, dan kan hij persoonlijk aansprakelijk gehouden worden voor de door hem veroorzaakte schade.

De Hoge Raad heeft hiermee mijns inziens de lijn zoals eerder in de jaren dertig uiteengezet, vastgehouden. De eis van een behoorlijke taakvervulling is terug te vinden in deze recentelijk geformuleerde zorgvuldigheidsnorm. Een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht zal zijn taak immers behoorlijk vervullen. In zoverre is de norm die de Hoge Raad in zijn recente uitspraak geeft niet nieuw. Naar ik aanneem is deze norm dan ook niet strenger of minder streng bedoeld dan de norm, zoals de Hoge Raad die in 1933 formuleerde.¹³ Wel is door de concretere formulering van de norm in het arrest van 19 april 1996, veel duidelijker geworden welke eisen de Hoge Raad in het kader van de persoonlijke aansprakelijkheid aan de curator stelt. De Hoge Raad maakt thans een onderscheid in de *kwaliteit* van de curator als zodanig en het *handelen* van de curator.

Wat betreft de kwaliteit van de curator wordt voldoende inzicht en ervaring vereist. De eis van voldoende inzicht duidt op een onderzoeksplicht.¹⁴ Hij dient er voor te zorgen dat hij het nodige onderzoek doet naar de relevante feiten alvorens hij aan het werk gaat. Daarnaast dient de curator inzicht te hebben in de werking van een faillissement. Een dergelijk inzicht kan niet alleen worden verkregen door voldoende (bij)scholing van de curator, maar vereist ook, zoals de Hoge Raad aangeeft, een zekere minimum-ervaring. Dit wekt de indruk dat jonge en minder ervaren advocaten nooit curator zouden kunnen worden. Dit is mijns inziens echter niet het geval. De onervaren curator moet er echter wel voor zorgen dat hij voldoende overleg heeft met en gecontroleerd wordt door een meer ervaren advocaat, opdat hij zodoende zijn onervarenheid compenseert. Het feit dat de Hoge Raad in het kader van de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator de eis van een zekere minimum-ervaring stelt, vindt naar alle waarschijnlijkheid

zijn oorzaak in het gegeven dat onervarenheid van een beroepsbeoefenaar niet een factor is die ten nadele van de benadeelde mag werken.¹⁵

Naast deze eisen van kwaliteit die aan de curator zelf gesteld worden, wordt van het handelen van de curator geëist dat het met inzet en nauwgezetheid geschiedt. De curator zal zijn taak serieus en naar behoren dienen uit te voeren. Er bestaat daarbij uiteraard een zekere samenhang tussen de eisen van kwaliteit die aan de curator zelf worden gesteld en de eisen die aan het handelen worden gesteld. Een kwalitatief goede curator zal zijn taak doorgaans beter (kunnen) uitvoeren dan een curator die over minder inzicht en ervaring beschikt.

3.2 De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in vergelijking met andere beroepsbeoefenaars

Het arrest van 19 april 1996 voegt weinig toe aan de reeds bestaande criteria, zij het dat het de voor de curator geldende zorgvuldigheidsnorm meer structureert door afzonderlijk eisen te stellen aan kwaliteit en handelen van de curator. Voor de concrete toepassing van de voor de curator geldende zorgvuldigheidsnorm zijn de overwegingen van de Hoge Raad waarin ingegaan wordt op de bijzondere taak die de curator heeft in vergelijking met andere (vergelijkbare) beroepsbeoefenaars, van groot belang.

In een onderdeel van het cassatiemiddel wordt gesteld dat de voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator geldende zorgvuldigheidsnorm in beginsel dezelfde is als voor advocaten, notarissen en andere min of meer vergelijkbare vrije beroepsbeoefenaars, namelijk de maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgeenoot. De Hoge Raad stelt als reactie op dit onderdeel allereerst dat de curator bij de uitoefening van zijn taak niet optreedt als advocaat of een daarmee vergelijkbaar beroep. Verder overweegt de Hoge Raad:

'Voorts miskent die stelling dat de curator, anders dan de beoefenaar van een beroep als dat van advocaat, niet in een contractuele betrekking staat tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, alsmede dat hij bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen — die vaak geen uitstel kunnen lijden — óók rekening be-

13 Anders: R. Overeem, Norm voor aansprakelijkheid van curatoren jegens derden, *Adv.bl.* 1996, p. 616.

14 Vgl. I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *a.w.*, pp.

30-31 en A.T. Bolt en J. Spier, *t.a.p.*, pp. 130-131.

15 Vgl. I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *a.w.*, p. 39.

hoort te houden met belangen van maatschappelijke aard. Deze bijzondere kenmerken van de taak van de curator brengen mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd.' (Hierna volgt de hierboven reeds vermelde zorgvuldigheidsnorm).

Deze overweging, waarin de Hoge Raad de bijzondere taak van de curator schetst ten opzichte van andere vrije beroepsbeoefenaars, vormt de *aanleiding* om de bovenvermelde voor de curator geldende zorgvuldigheidsnorm te formuleren. De Hoge Raad wekt daarmee de schijn dat deze norm voor de curator een andere is dan die voor advocaten en andere vergelijkbare beroepsbeoefenaars. Dit is echter onjuist. Het zorgvuldigheidscriterium dat voor de curator geldt, is in wezen geen ander dan voor vergelijkbare beroepsbeoefenaars. Het is veeleer zo dat de bijzondere taak van de curator het mogelijk maakt om de voor hem geldende zorgvuldigheidsnorm in concreto anders toe te passen dan bij vergelijkbare beroepsbeoefenaars gebeurt.

Voor persoonlijke aansprakelijkheid van vergelijkbare beroepsbeoefenaars, zoals de advocaat, notaris en deurwaarder, geldt in het algemeen dat de beroepsbeoefenaar aansprakelijk is voor de geleden schade wanneer een redelijk bekwam en redelijk handelend vakgenoot in de gegeven omstandigheden anders gehandeld zou hebben of een ander advies zou hebben gegeven.¹⁶ Hiermee worden in wezen dezelfde eisen aan de beroepsbeoefenaar gesteld als aan de curator, namelijk: een zekere mate van kwaliteit en een met behoren vervullen van de taak. Het feit dat de Hoge Raad de schijn opwekt dat voor de curator een andere, bijzondere, zorgvuldigheidsnorm geldt, vindt zijn oorzaak in de bijzondere taak die de curator heeft bij de uitoefening van zijn werkzaamheden.

Allereerst oefent de curator, die meestal ook advocaat is,¹⁷ in die hoedanigheid niet het beroep uit van advocaat. De curator valt, behoudens bij-

zondere omstandigheden, dan ook niet onder de in de Advocatenwet geregelde tuchtrechtspraak¹⁸ en de specifiek voor de advocaat opgestelde gedragsregels zijn niet toegesneden op de taak van de curator.¹⁹ Controle op de curator dient veeleer te geschieden door de R-C en eventueel door de crediteuren en/of de gefailleerde middels de procedure van artikel 69 Fw.²⁰ In zoverre kan de voor de advocaat geldende zorgvuldigheidsnorm niet op dezelfde wijze, te weten: aan de hand van de gedragsregels, worden ingevuld als de voor de curator geldende zorgvuldigheidsnorm, hetgeen het cassatiemiddel bij het arrest van 19 april 1996 wel suggereert.

Een veel belangrijker verschil tussen de taak van de curator en die van andere beroepsbeoefenaars ligt, zoals de Hoge Raad aangeeft, in het feit dat de curator bij de uitoefening van zijn taak rekening dient te houden met verschillende belangen, die onderling tegenstrijdig kunnen zijn, en soms met belangen van maatschappelijke aard. De curator staat steeds op het kruispunt van deze belangen. Daarbij oefent de curator zijn taak vaak uit onder een redelijk grote tijdsdruk. Andere beroepsbeoefenaars zullen daarentegen veelal in een contractuele relatie²¹ optreden ter behartiging van één of meer dezelfde belangen. Alleen op die belangen dient de beroepsbeoefenaar zich te richten, al gaat dat niet zover dat voor hem daarmee elke verantwoordelijkheid ten opzichte van derden ontbreekt.²² Het vak van curator is dan ook niet te vergelijken met het vak van andere vrije beroepsbeoefenaars. Interessant in dit verband is de stelling van De Ranitz,²³ dat de curator ten dele als verlengstuk van de rechterlijke macht beschouwd kan worden. Van de curator mag daarom een zelfde onkreukbare houding als van een rechter worden verwacht: onafhankelijk, deskundig, onbevangen, onbevooroordeeld en niet gericht op eigen gewin, positie of reputatie. Daarnaast valt te wijzen op het feit dat de taak van de curator hem veelal dwingt om risico's te nemen, terwijl andere beroepsbe-

16 Zie bv. HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 en HR 26 april 1991, *NJ* 1991, 455. Voorts: I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *a.w.*, pp. 24-26 en A.T. Bolt en J. Spier, *t.a.p.*, pp. 120-126.

17 Echter, niet alleen advocaten kunnen curator worden. Ook accountants plegen tot curator te worden benoemd. Zie: S. Boekman, De advocaat-curator en het advocatentuchtrecht, *Tvl* 1996, p. 29.

18 Hof van Discipline 5 juni 1989, *Adv.bl.* 1989, p. 602. Zie nader: Praktijkboek curatoren, *t.a.p.*, pp. 20-24.

19 S. Boekman, *t.a.p.*, p. 28.

20 *Ibidem*. Zie over de (on)mogelijkheden van de procedure ex art. 69 Fw nader: F.J.M. Verstijlen, De faillissementsprocedure van art. 69 Fw, *WPNR* (1994) 6127, pp. 178-183.

21 Het betreft doorgaans een overeenkomst van opdracht (art. 7:400 BW).

22 Vgl. HR 23 december 1994, *RvdW* 1995, 10 en HR 23 december 1994, *RvdW* 1995, 11.

23 S.H. de Ranitz, Beroepsethiek in insolventieland, *Adv.bl.* 1995, p. 200.

oefenaars doorgaans hun cliënt zo veel mogelijk voor risico's willen beschermen.²⁴

De toepassing van de zorgvuldigheidsnorm op het handelen van de curator dient steeds plaats te vinden binnen bovengenoemd kader.

4 De taak van de curator

De algemene taak van de curator is het beheer en de vereffening van de boedel (artikel 68 lid 1 Fw). Bij de uitoefening van deze taak dient de curator zich allereerst te richten op de plichten die de Faillissementswet hem oplegt. Daarnaast wordt het handelen van de curator genormeerd door 'open' faillissementsrechtelijke normen,²⁵ hetgeen betekent dat er ook zekere plichten voor de curator kunnen worden aangenomen, die niet in de Faillissementswet zijn opgenomen. Deze 'open' normen vloeien mijns inziens wel weer voort uit de algemene taakstelling ex artikel 68 lid 1 Fw.²⁶

Bij de uitoefening van zijn taak heeft de curator te maken met diverse partijen. In elk faillissement heeft de curator te maken met een gefailleerde en met faillissementscrediteuren. Deze faillissementscrediteuren zijn de crediteuren die in het faillissement geen zelfstandig verhaalsrecht hebben op vermogensbestanddelen van de gefailleerde en dientengevolge hun vordering ter verificatie bij de curator moeten indienen.²⁷ Daarnaast kan de curator ook te maken krijgen met andere personen dan de gefailleerde en de faillissementscrediteuren.

4.1 Taak ten opzichte van gefailleerde en faillissementscrediteuren

Een gemeenschappelijk belang van de faillissementscrediteuren, met name de lager gerangschikte crediteuren, en de gefailleerde is, behoudens het geval van een akkoord, een zo efficiënt (goedkoop) mogelijk beheer en een zo hoog mogelijke opbrengst van de boedel bij vereffening.

In het kader van het beheer en de vereffening van de boedel zal de curator vaak commerciële beslissingen moeten nemen, waarbij het niet ondenkbaar is dat de curator zekere (beoordelings)fouten maakt, waardoor de boedel geld misloopt. Het is nu de vraag in hoeverre de curator hiervoor persoonlijk aansprakelijk gehouden kan worden.

De zorgvuldigheidsnorm heeft als uitgangspunt dat de curator zijn taak 'met nauwgezetheid en inzet' verricht. Dit uitgangspunt stelt hoge eisen aan de curator. Echter, de Hoge Raad heeft ook aangegeven dat de curator veelal onder grote tijdsdruk beslissingen dient te nemen en rekening dient te houden met diverse belangen. Voor de toepassing van de zorgvuldigheidsnorm heeft dit een aantal consequenties. De gewraakte handeling van de curator zal allereerst *ex tunc* beoordeeld moeten worden.²⁸ Voorop staan de feiten en omstandigheden zoals die op het moment van het handelen bekend waren en niet de 'wijsheid achteraf'.²⁹ Daarnaast dient de beoordeling van het handelen van de curator mijns inziens in rechte niet meer, maar ook niet minder, te zijn dan een marginale beoordeling.³⁰ Deze wijze van toetsing, marginaal en *ex tunc*, brengt met zich mee dat de zorgvuldigheidsnorm in zekere mate (beoordelings)fouten toelaat.

De mogelijkheid van een belangenconflict verdient nog enige nadere aandacht. Binnen het faillissement staat de curator op het kruispunt van de belangen van alle betrokken partijen. Dit betekent dat de zorgvuldigheidsnorm een zekere mate van vrijheid aan de curator moet laten om de belangen van de gefailleerde en de crediteuren (ook onderling) tegen elkaar af te wegen. Ook externe belangen zoals werkgelegenheid mogen bij de beslissingen van de curator een rol spelen.³¹ In geval van een conflict tussen enerzijds de belangen van de crediteuren en anderzijds de belangen van de gefailleerde of andere, externe, belangen dient de curator mijns inziens wel primair te kiezen voor de belangen van de crediteuren.

24 Vgl. M. de Leeuw, Beroepsaansprakelijkheid van de curator, in: F.H.A. Arisz (red.), *Beroepsaansprakelijkheid: recht op een scheve schaats*, W.E.J. Tjeenk Wilink, Zwolle 1991, p. 28.

25 F.J.M. Verstijlen, *i.a.p.*, p. 700.

26 Zie omtrent de taken van de curator nader: F.J.M. Verstijlen, *i.a.p.*, pp. 700-701, *Praktijkboek Curatoren*, *i.a.p.*, pp. 7-11 en R.J. Schimmelpenninck e.a., *Faillissementsgids*, Kluwer, Deventer 1990, pp. 2-9.

27 N.J. Polak, *a.w.*, p. 171 e.v.

28 Vgl. HR 24 februari 1995, *RvdW* 1995, 47C. Zie ook de noot van J. Spier bij dit arrest in *A&V* 1995, pp. 70-72.

29 R. Overeem, *i.a.p.*, p. 616.

30 Ik wijs erop dat de Hoge Raad ten aanzien van de aansprakelijkheid van medici wel uitdrukkelijk de volle toetsing hanteert. Zie: HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 en I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *a.w.*, pp. 20-22.

31 Vgl. HR 24 februari 1995, *RvdW* 1995, 47C.

Het faillissement is immers een rechtsfiguur die bedoeld is ten behoeve van de crediteuren.^{32,33} Doet er zich een conflict voor tussen belangen van crediteuren onderling, dan is de curator niet altijd gehouden om te kiezen voor een optie die voor één of meer crediteuren het voordeligste is.³⁴

4.2 Taak ten opzichte van anderen

De werkzaamheden van de curator kunnen mede betrekking hebben op de belangen van andere personen dan de faillissementscrediteuren en de gefailleerde. Men denke hierbij in de eerste plaats aan crediteuren die ten aanzien van hun vordering een (zakelijk) zekerheidsrecht³⁵ hebben bedongen en voor de uitoefening van dat zekerheidsrecht de medewerking van de curator nodig kunnen hebben, maar ook aan de verdeling van de boedel onder de boedelschuldeisers in het geval van een boedelfaillissement³⁶ en aan het verstrekken van informatie door de curator aan personen die daarbij belang hebben.³⁷ Ten aanzien van de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator ten opzichte van deze (heterogene groep van) andere personen wordt in de literatuur wel dezelfde norm van toepassing geacht als voor (persoonlijke) aansprakelijkheid van bestuurders van een rechtspersoon.³⁸ De vraag is echter of dit een gelukkige keuze is. Voor een bestuurder van een rechtspersoon geldt in het algemeen als criterium dat hij persoonlijk aansprakelijk gesteld kan worden, wanneer hij gehandeld heeft in strijd met de zorgvuldigheid die hij zelf jegens de

benadeelde in acht had behoren te nemen.³⁹ De bestuurder moet daaraan schuld hebben, dat wil zeggen dat hem persoonlijk een verwijt gemaakt moet kunnen worden.⁴⁰ Hoewel het niet praktisch onmogelijk is om een dergelijke norm te hanteren,⁴¹ zijn er mijns inziens wel een aantal bezwaren aan te voeren tegen het gebruik ervan.

Het eerste bezwaar betreft de vereiste schuld. De norm zoals die voor de bestuurder van de rechtspersoon geldt, geeft zelf niet aan welke mate van schuld vereist wordt of wanneer er sprake is van schuld.⁴² De jurisprudentie op het gebied van bestuurdersaansprakelijkheid is hierbij slechts weinig behulpzaam, omdat deze jurisprudentie met name betrekking heeft op de situatie dat de bestuurder verplichtingen voor de rechtspersoon is aangegaan, terwijl hij weet of behoort te weten dat de rechtspersoon deze verplichtingen niet kan nakomen.⁴³ Deze jurisprudentie is hierdoor vrij specifiek op één situatie gericht, waarbij het dan nog de vraag is, of het in deze jurisprudentie geformuleerde criterium ook zonder meer voor de curator kan gelden. Men kan inderdaad stellen dat de curator geen boedelschulden mag aangaan, wanneer hij weet of behoort te weten dat de boedel deze niet kan voldoen.⁴⁴ Wel dient rekening gehouden te worden met het feit dat het voor de curator niet altijd aanstonds duidelijk is wat de omvang van de boedel uiteindelijk zal zijn. Het 'weten of behoren te weten' dient ten aanzien van de curator niet altijd even snel aangenomen te worden als ten aanzien van de bestuurder. Al met al geeft de

32 Zo ook: R.D. Vriesendorp, De taak van de curator, *TvJ* 1995, p. 117 en E.W.J.H. de Liagre Böhl, *a.w.*, p. 47. Zie ook: HR 16 juni 1995, *RvdW* 1995, 134C, waarin de belangenafweging tussen boedelschuldeisers en gefailleerde centraal staat.

33 Bedacht moet overigens worden dat in sommige gevallen de belangen van de crediteuren en andere belangen kunnen samenvallen. Zo kan continuering van het bedrijf positief zijn voor zowel de boedel als de werkgelegenheid. Zie: E.W.J.H. de Liagre Böhl, *a.w.*, p. 47.

34 HR 24 februari 1995, *RvdW* 1995, 47C.

35 Zoals: hypotheekrecht, pandrecht, retentierecht, eigendomsvoorbehoud, recht van reclame en levering onder ontbindende voorwaarde.

36 Boedekrediteuren kunnen in beginsel zelfstandig voor hun belangen opkomen door het leggen van beslag onder de curator. Zie: HR 28 november 1930, *NJ* 1931, 253. In een boedelfaillissement (de situatie waarin de boedel te weinig activa bevat om alle boedelcrediteuren te voldoen) dienen de boedelcrediteuren echter overeenkomstig hun rang te worden voldaan. Zie: HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 305.

37 Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 1984, *NJ* 1985, 240.

38 Zie bijv. E.W.J.H. de Liagre Böhl, *a.w.*, p. 47.

39 Asser-Hartkamp III, *De verbintenis uit de wet*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994, pp. 243 en 245.

40 HR 11 oktober 1993, *NJ* 1993, 165, m.nt. CHJB en C. Dit arrest heeft betrekking op de persoonlijke aansprakelijkheid van een overheidsorgaan (i.c. een Officier van Justitie). Naar aangenomen mag worden gelden er voor de aansprakelijkheid van organen van private en publieke rechtspersoon (vrijwel) geen andere normen. Zie: Asser-Hartkamp III, *a.w.*, p. 245.

41 In het arrest van 19 april 1996 wordt een dergelijke norm door A-G Hartkamp voorgesteld. De conclusie van A-G Hartkamp bij dit arrest is opgenomen in *Conclusies RvdW* 1996, 89C.

42 Vgl. T. Hartlief en F. Oldenhuis, Persoonlijke aansprakelijkheid van de officier van justitie, *NTBR* 1993, p. 20, S.C.J.J. Kortmann, De onbevoegde officier van justitie (De Staat & Van Hilten/M.), *AAe* 1992, p. 797 en A.T. Bolt en J. Spier, *t.a.p.*, pp. 331-332.

43 Zie o.a.: HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. Ma. Zie over deze jurisprudentie: A.T. Bolt en J. Spier, *t.a.p.*, pp. 328-329.

44 E.W.J.H. de Liagre Böhl, *a.w.*, pp. 50-51.

jurisprudentie omtrent de bestuurdersaansprakelijkheid niet die invulling aan de vereiste schuld, dat hierdoor de voor de bestuurder geldende norm eenvoudig op de curator toepasbaar is. Daar komt nog bij dat de zorgvuldigheidsnorm zoals die in het arrest van 19 april 1996 is geformuleerd, veel meer aanknopingspunten biedt voor de concrete toepassing ervan.

Een tweede bezwaar is van meer principiële aard. Bij de persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder gaat het om het doorbreken van de juridische en maatschappelijke verbondenheid die bestuurder en rechtspersoon vormen.⁴⁵ De curator en de boedel zijn niet zodanig met elkaar verbonden. De curator vertegenwoordigt de boedel weliswaar, maar hij staat tevens tussen de boedel en alle bij het faillissement betrokken personen in. De curator neemt dan ook een geheel andere positie in dan een bestuurder van een rechtspersoon. Is een insolvable toestand van een rechtspersoon een reden voor een bestuurder om voorzichtig te zijn in zijn handelen als bestuurder, een curator komt juist hierom in actie.⁴⁶ Het is zijn specifieke taak om alle gevolgen van een faillissement af te wikkelen. Als laatste bezwaar geldt dat het verwarrend is om met meerdere normen te werken wanneer er één norm is die toegepast kan worden op al het handelen van de curator.

In de relatie tussen de curator en andere personen dan de gefailleerde en de faillissementscrediteuren dient gewoon de zorgvuldigheidsnorm zoals deze in het arrest van 19 april 1996 geformuleerd is, toegepast te worden. Heeft de curator een taak ten aanzien van een ander, dan dient hij deze uit te voeren op een wijze, zoals dat verwacht mag worden van 'een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht'. De Hoge Raad lijkt hiertegen geen bezwaar te hebben blijkens het arrest van 19 april 1996, waarin de curator aansprakelijk gesteld was door leveranciers die geleverd hadden onder eigendomsvoorbehoud — geen faillissementscrediteuren dus — en de Hoge Raad geen aanleiding heeft gezien een andere norm te formuleren. (Beoordelings)fouten en belangenconflicten tussen de bij het faillissement betrokken partijen

spelen ten aanzien van overige betrokkenen op eenzelfde wijze een rol als in de relatie tussen curator en de gefailleerde en de faillissementscrediteuren.

5 Toerekenbaarheid

Aangezien de aansprakelijkheid van de curator berust op artikel 6:162 BW is toerekenbaarheid van de daad aan de curator in persoon een vereiste. Dit vereiste gaat mijns inziens echter op in de zorgvuldigheidsnorm. De eisen van bekwaamheid en behoorlijke taakvervulling die de zorgvuldigheidsnorm aan de curator stelt, hangen nauw samen met de vereiste toerekenbaarheid. Voldoet de curator niet aan de zorgvuldigheidsnorm dan is daarmee toerekenbaarheid in de vorm van schuld gegeven.⁴⁷

6 Conclusie

In het arrest van 19 april 1996 heeft de Hoge Raad een zorgvuldigheidsnorm voor de curator geformuleerd die, hoewel de Hoge Raad anders doet vermoeden, inhoudelijk dezelfde is als voor vergelijkbare beroepsbeoefenaars. Dit arrest wijkt niet af van oudere jurisprudentie, maar geeft wel meer structuur aan de inhoud van de norm. De Hoge Raad besteedt hierbij expliciet aandacht aan de bijzondere taak die de curator heeft in vergelijking met andere beroepsbeoefenaars. Dit levert voor alle bij een faillissement betrokken personen een rechtvaardig resultaat op. Enerzijds worden hoge eisen gesteld aan de kwaliteit van de curator zelf en zijn handelen, anderzijds wordt rekening gehouden met de kenmerken van het faillissement zoals tijdsdruk en conflicterende belangen. Daarnaast kan de door de Hoge Raad geformuleerde zorgvuldigheidsnorm niet alleen worden toegepast in de relatie tot gefailleerde en faillissementscrediteuren, maar ook ten aanzien van andere partijen die bij het faillissement betrokken raken. Voor toepassing van de criteria voor aansprakelijkheid van bestuurders/organen van rechtspersonen is daarbij geen plaats.

45 Vgl. S.C.J.J. Kortmann, *t.a.p.*, p. 797.

46 Vgl. A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Universitaire Pers Leiden, Leiden 1946, p. 250.

47 Vgl. F.J.M. Verstijlen, *t.a.p.*, p. 702.