

Schikken met de curator in bestuurdersaansprakelijkheidszaken

Bij faillissementen van rechtspersonen onderzoekt een curator of bestuurders aansprakelijk zijn voor het faillissement.¹ De curator kan vervolgens een minnelijke regeling met finale kwijting overeenkomen met (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) de bestuurders. Maar de bestuurders lopen dan nog steeds het risico geconfronteerd te worden met een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.



Marko Jongkind en Maartje Boender-Lamers²

Indien sprake is van een faillissement van een nv of bv zijn er verschillende grondslagen denkbaar voor de vordering van de curator op de bestuurders, waaronder art. 2:9 BW, art. 2:138/248 BW en art. 6:162 BW. Art. 2:9 BW bepaalt dat elke bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke taakvervulling. Uit art. 2:138/248 BW volgt dat iedere bestuurder jegens de boedel hoofdelijk aansprakelijk is voor het tekort indien sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.³ De

curator kan de algemene onrechtmatigheidsdaad van art. 6:162 BW instellen op grond van een benadeling van de schuldeisers; de zogenaamde Peeters/Gatzen-vordering.⁴ Deze vordering kan de curator uitsluitend instellen indien de *gezamenlijke* schuldeisers zijn benadeeld.⁵ De Peeters/Gatzen-vordering komt toe aan de gezamenlijke schuldeisers en valt om die reden niet in de boedel, maar de opbrengst ervan wel.⁶

Bij een vordering op basis van art. 2:9 BW gaat het om interne bestuurdersaansprakelijkheid (aansprakelijkheid van de bestuurder ten opzichte van de vennoot-

schap). De vorderingen uit art. 2:138/248 BW en art. 6:162 BW hebben betrekking op externe bestuurdersaansprakelijkheid (aansprakelijkheid van de bestuurder jegens een wederpartij van de vennootschap of een derde).

Mocht de curator er na onderzoek van overtuigd zijn dat er sprake is van een 'harde claim', dan zal hij tot aansprakelijkstelling van de bestuurders overgaan.⁷ Niet elke aansprakelijkstelling zal tot een gerechtelijke procedure leiden. Mede vanwege de duur en kosten die aan een procedure verbonden zijn, kan de doelmatige afwikkeling van het faillissement gebaat zijn bij een minnelijke regeling. De curator is daartoe ook bevoegd.⁸ Onder goedkeuring van de rechter-commissaris kan de curator vaststellingsover-

1 Zie ook art. 5.1 van de Praktijkregels van de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD).

2 Marko Jongkind en Maartje Boender-Lamers zijn als advocaat werkzaam bij Van Randwijck Advocaten te Rotterdam.

3 Op grond van art. 2:50a BW resp. 2:300a BW is art. 2:138 BW van overeenkomstige toepassing op commerciële verenigingen en stichtingen. In het voorontwerp van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen wordt geregeld dat bestuurders van niet-commerciële

le verenigingen en stichtingen op deze grondslag ook hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden voor het tekort.

4 Zie HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597 m.nt. B. Wachter.

5 Zie HR 16 september 2005, *NJ* 2006, 311 m.nt. P. van Schilfgaarde en HR 14 januari 2011, *NJ* 2011, 366 m.nt. F.M.J. Verstijnen.

6 Zie HR 24 april 2009, *NJ* 2009, 416 m.nt. P. van Schilfgaarde.

7 Zie ook art. 5.4 Praktijkregels INSOLAD.

8 Zie ook *Wessels Insolventierecht IV*, 3e druk, 2010, par. 4198 en 4393-4394a.

eenkomsten of schikkingen aangaan (zie art. 68 jo. 104 Fw).⁹

Voor (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) de bestuurders geldt dat zij zich moet(en) realiseren dat een minnelijke regeling met de curator niet zonder meer inhoudt dat de bestuurders niet langer geconfronteerd kunnen worden met vorderingen tot schadevergoeding uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Van belang in dit verband is dat ook individuele schuldeisers (gedurende faillissement) een onrechtmatige-daadsactie kunnen instellen tegen de bestuurders, ook indien zij zich op hetzelfde feitencomplex als de curator beroepen. Dit volgt onder meer uit de arresten SOBI/Hurks en Lunderstädt/De Kok c.s.¹⁰ Een onrechtmatige-daadsvordering van de individuele schuldeiser zelf kan uitsluitend betrekking hebben op onbehoorlijk handelen van de bestuurders jegens de betreffende schuldeiser (externe bestuurdersaansprakelijkheid). Indien de curator in het kader van de minnelijke regeling een finale kwijting heeft verleend, zijn de individuele schuldeisers hieraan voor wat betreft hun eigen onrechtmatige-daadsvordering naar onze overtuiging niet gebonden. In de literatuur bestaat ook brede steun voor dit standpunt.¹¹

De curator en de bestuurders die een minnelijke regeling overeenkomen, gaan een vaststellingsovereenkomst aan. Hoofddregel is dat een vaststellingsovereenkomst alleen werkt tussen de partijen die haar sluiten.¹² Dit uitgangspunt geldt niet onverkort bij een door de curator aangegane vaststellingsovereenkomst. Deze bindt in beginsel ook de overige schuldeisers,¹³ zij het dat die binding niet onbegrensd is. Zo wordt aangenomen dat de binding van de overige schuldeisers niet zover gaat dat daardoor rechten, die zij zelf in het faillissement kunnen uitoefenen, zoals het recht om ter verificatie ingediende vorderingen te mogen betwisten, zouden kunnen worden aangeast.¹⁴

Indien de curator en de bestuurders een vaststellingsovereenkomst aangaan op grond waarvan de curator slechts een deel van de door hem ingestelde vordering op de bestuurders betaald krijgt, wordt de curator geacht afstand te hebben gedaan van het deel van de vordering dat het schikkingsbedrag overstijgt.¹⁵ Deze (gedeeltelijke) afstanddoening bindt in beginsel ook de overige schuldeisers.¹⁶ Zij kunnen de (gedeeltelijke) afstanddoening niet ongedaan maken

c.q. aantasten. Ook ten aanzien van de (gedeeltelijke) afstanddoening door de curator geldt echter dat de binding van de overige schuldeisers zijn grenzen kent. Wij zijn van oordeel dat deze binding niet zover gaat dat de overige schuldeisers hun eigen onrechtmatige-daadsvordering niet (meer) geldend zouden kunnen maken. Mocht de individuele schuldeiser na effectuering van de tussen de curator en de bestuurders gesloten vaststellingsovereenkomst van mening zijn dat hij (restant)schade heeft, dan staat het hem vrij daarvoor de bestuurders op grond van de eigen onrechtmatige-daadsvordering aan te spreken.¹⁷ Voor wat betreft deze vordering heeft te gelden dat de vaststellingsovereenkomst geen werking heeft in de rechtsverhouding tussen de individuele schuldeiser en de bestuurders.¹⁸ Belangrijkste argument daarbij is dat de curator anders aanspraken van individuele schuldeisers tegen hun wil geheel of gedeeltelijk zou mogen prijsgeven zonder dat de wet daarvoor een grondslag biedt.¹⁹

Praktische tips

Het spreekt voor zich dat de bestuurders die een minnelijke regeling aangaan met de curator zo veel mogelijk het risico willen beperken dat zij (alsnog) aangesproken worden door individuele

nen faillissement, één voor allen én ieder voor zich', *WPNR* 2002/6502, p. 625, R.D. Vriesendorp, annotatie bij Lunderstädt/De Kok c.s., *AA* 2002, p. 824, W.J.M. van Andel, 'De Peeters/Gatzen-vordering' in: W.J.M. van Andel en F.M.J. Verstijlen, *Materieel faillissementsrecht: de Peeters/Gatzen-vordering en de overeenkomst binnen faillissement, Preadviezen 2006 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 70 en R.W.A. van Thiel, 'De individuele schuldeiser en de Peeters q.q./Gatzen-vordering, wachten op de curator?', *VrO* december 2006, nr. 12, p. 222.

12 Zie ook Asser/Van Schaick 7-VII* 2012, nr. 159.

13 Bremer noemt de (beperkte) mogelijkheden die de schuldeisers hebben om een (voorgenomen) minnelijke regeling aan te vechten. Zie R. Bremer, 'Schikkingsperikelen tijdens faillissement', *Tvl* 2007, 17, p. 83-90.

14 Zie *Wessels Insolventierecht IV*, 3e druk, 2010, par. 4198 en 4393.

15 Zie ook Asser/Van Schaick 7-VII* 2012, nr. 159.

16 Zie *Wessels Insolventierecht IV*, 3e druk, 2010, par. 4198 en 4395 en de conclusie van A-G Hammerstein bij HR 20 december 2013, *NJ* 2014, 152 m.nt. F.M.J. Verstijlen, onder randnummer 7.6.

9 Overigens is Verstijlen van oordeel dat uit het arrest Dekker q.q./Lutèce (zie HR 24 april 2009, *NJ* 2009, 416 m.nt. P. van Schilfgaarde) zou (kunnen) volgen dat de curator voor de Peeters/Gatzen-vordering geen schikking zou kunnen treffen, althans niet met finale kwijting. Zie F.M.J. Verstijlen, 'Wie weet het telefoonnummer van de gezamenlijke schuldeisers?', *Tvl* 2009, 4, p. 103-105.

10 Zie HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96 m.nt. S.C.J.J. Kortmann en HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95. In het laatste arrest heeft de Hoge Raad voorts bepaald dat indien – naast de individuele schuldeiser – ook de curator op grond van hetzelfde feitencomplex een vordering uit onrechtmatige daad geldend maakt jegens de bestuurders, eerst op deze vordering en vervolgens op die van de individuele schuldeiser wordt beslist.

11 Zie de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 95, onder randnummers 25-27, alsmede de noot van J.B. Wezeman onder HR 21 december 2001, *Ondernemingsrecht* 2002, 19, en voorts F.M.J. Verstijlen, 'De onrechtmatige-daadsvordering wegens de benadeling van schuldeisers bin-

17 Zie ook F.M.J. Verstijlen, 'De onrechtmatige-daadsvordering wegens de benadeling van schuldeisers binnen faillissement, één voor allen én ieder voor zich', *WPNR* 2002/6502, p. 625.

18 Voor een andersluidende opvatting: zie Vriesendorp in paragraaf 3 van zijn annotatie bij Lunderstädt/De Kok c.s. (*AA* 2002, p. 824), waar hij betoogt dat individuele schuldeisers die na een schikking door de curator alsnog gaan procederen (mogelijk) buitenspel kunnen worden gezet.

19 Niet alle schrijvers achten dit argument zonder meer doorslaggevend. Kortmann en Schoordijk achten het denkbaar dat de individuele schuldeisers wel gebonden zijn aan een door de curator overeengekomen minnelijke regeling. Zie de noot van S.C.J.J. Kortmann onder HR 21 december 2001, *NJ* 2005, 96 en H.C.F. Schoordijk, 'De positie van schuldeisers en aandeelhouders in geval van faillissement bij het verhaal op derden', *Ondernemingsrecht* 2002, p. 121-125.

schuldeisers. De bestuurders kunnen dit bewerkstelligen door aan de minnelijke regeling met de curator de voorwaarde te stellen dat de (belangrijkste) individuele schuldeisers expliciet met de regeling instemmen en (daarmee) voor hun eigen vordering finale kwijting verlenen.²⁰ Dit brengt evenwel een risico met zich mee. Slapende honden kunnen wakker worden gemaakt. Daarnaast geldt dat in de regel geen algehele finale kwijting met alle schuldeisers bereikt zal kunnen worden. Alleen schuldeisers die profijt hebben van de minnelijke regeling zullen immers bereid zijn finale kwijting te verlenen. Dit zijn doorgaans de bevoorrechte schuldeisers, zoals de Belastingdienst en het UWV. Denkbaar is bovendien dat er schuldeisers zijn die hun vordering (nog) niet bij de curator hebben ingediend en ook anderszins niet bij de curator bekend zijn. Aan hen kan niet eens gevraagd worden finale kwijting te verlenen.

20 Behoudens bijzondere omstandigheden kunnen schuldeisers dan geen vorderingen meer jegens de bestuurders instellen. Zie in dit verband bijvoorbeeld Rb. Gelderland 24 oktober 2013, *Fiscaal Praktijkblad* 2013, 385.

De bestuurders staat ook een alternatief open. Zij kunnen nagaan of de curator bereid is de minnelijke regeling aan te gaan onder de opschortende voorwaarde dat zich de eerste vijf jaar nadat de curator (in een faillissementsverslag) openbaar heeft gemaakt dat hij de bestuurders aansprakelijk heeft gesteld, geen individuele schuldeisers bij (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) de bestuurders melden. Achterliggende gedachte daarbij is dat de vorderingen van de individuele schuldeisers na het verstrijken van die termijn ex art. 3:310 lid 1 BW verjaard zullen zijn. Hierbij past echter wel de kanttekening dat over het aanvangsmoment en daarmee de voltooiing van de verjaring altijd discussie kan ontstaan.²¹ Dit geldt in het bijzonder in gevallen waarin de individuele schuldeiser zich niet (uitsluitend) op hetzelfde feitencomplex als de curator beroept. Het is dan ook maar de vraag of het bedingen van een periode van vijf jaar altijd voldoende zal zijn om het risico

21 Uit art. 3:310 lid 1 BW volgt dat de verjaringstermijn van een vordering tot schadevergoeding aanvangt op de dag nadat de individuele schuldeiser (subjectief) bekend is geworden met zowel de schade als de aansprakelijke persoon.

voor (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) de bestuurders (geheel) te onderwerpen. Bovendien moet hierbij bedacht worden dat indien de curator hiermee al instemt, hieraan waarschijnlijk een hoog prijskaartje zal hangen. Eerst na het verstrijken van de bedongen termijn, zal er zekerheid bestaan over de doorgang van de minnelijke regeling. Tot die tijd kan het faillissement (in elk geval) niet afgewikkeld worden. Daarvoor zal de curator gecompenseerd willen worden door middel van een hoger schikkingsbedrag en/of een rentevergoeding. Ook kan de curator een (bank)garantie verlangen, die hem de zekerheid biedt dat het schikkingsbedrag te zijner tijd betaald zal kunnen worden.

Conclusie

Een schikking met de curator bevrijdt de bestuurders niet volledig van het risico om geconfronteerd te worden met een vordering tot schadevergoeding uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid. Er bestaan mogelijkheden om het (rest)risico van de bestuurders te verkleinen. Deze mogelijkheden zijn echter niet zonder nadelen. <<

advertentie



SPANDAW
BEDRIJFSRECHERCHE
Bewezen verklaard

ARBEIDSRECHT
ONDERNEMINGSRECHT
FAMILIERECHT

Onafhankelijk onderzoeksbureau
op het gebied van strafrecht en civiel recht

tel. 0594 519 633
www.spandawbedrijfsrecherche.nl