

# 356. De curator die wil procederen: bezint eer ge begint

MR. B.J. TIDEMAN

In het artikel *Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?!*, FIP 2019/258, breken Frima en De Vos een lans voor een zorgvuldigere beoordeling door de rechter-commissaris van het machtigingsverzoek van de curator. Zij stellen voor om een standaardformulier verzoek procederen in te stellen en pleiten ervoor om art. 68 lid 3 Fw aan te passen, in die zin dat de belanghebbenden door de rechter-commissaris dienen te worden gehoord, alvorens te beslissen op een verzoek om een machtiging tot procederen (althans het aanbrengen van de dagvaarding) te verlenen. In deze bijdrage volgt een reactie.

In hun recente artikel in dit tijdschrift breken Frima en De Vos<sup>1</sup> een lans voor een zorgvuldigere beoordeling door de rechter-commissaris van het machtigingsverzoek van de curator. Zij stellen voor om een *standaardformulier verzoek procederen* in te stellen en pleiten ervoor om art. 68 lid 3 Fw. aan te passen, in die zin dat de belanghebbenden door de rechter-commissaris dienen te worden gehoord, alvorens te beslissen op een verzoek om een machtiging tot procederen (althans het aanbrengen van de dagvaarding) te verlenen. Het horen dient om de rechter-commissaris te informeren over de verweren van de wederpartij van de curator, zodat hij daarna een weloverwogen beslissing kan nemen over het al dan niet verlenen van toestemming tot procederen. Daarbij biedt het volgens de auteurs ook de mogelijkheid om aandacht te besteden aan de vraag of alle feiten van het geschil op tafel liggen en of andere manieren van conflictoplossing (zoals mediation) besproken zijn. In voornoemd standaardformulier dat een curator zou moeten indienen, wordt gevraagd om informatie over de feiten en de juridische en financiële aspecten van de door de curator voorgenoemde procedure. Doel hiervan is een inschatting te kunnen maken van de kans van slagen van de procedure en een kosten/baten analyse. Het lijkt me logisch om van een curator te verlangen dat hij die gegevens aan de rechter-commissaris verstrekt. Mijns inziens mag van de curator die op kosten van de gezamenlijke schuldeisers (of de Staatskas<sup>2</sup>) een rechtszaak aanspant, worden verwacht dat hij een met feiten en argumenten onderbouwde inschatting maakt van de kansen en kosten van een juridische procedure. En van de rechter-commissaris mogen

we verlangen dat hij het machtigingsverzoek niet als een hamerstuk afdoet.

Een grondige onderbouwing door de curator van zijn machtigingsverzoek acht ik vooral van belang bij omvangrijke zaken

Terecht constateren Frima en De Vos dat het vooral om beeldvorming gaat en dat er geen serieus onderzoek is gedaan naar de nogal bonte suggestie dat de er te veel en zinloos wordt geprocedeerd omdat de rechter-commissaris en de curator twee handen op één buik zijn. Dat is ook niet mijn ervaring. Wel is het zo dat de rechter-commissaris in de huidige systematiek af moet gaan op de informatie die curator verschaft, waardoor het risico bestaat dat hij eenzijdig wordt voorgelicht. Met de door de auteurs voorgestelde procedure wordt dat risico in elk geval weggenomen.

Een grondige onderbouwing door de curator van zijn machtigingsverzoek acht ik vooral van belang bij complexe zaken. Daarmee bedoel ik een rechtszaak waarvan de uitkomst niet eenvoudig te voorspellen is en waarvan aannemelijk is dat de duur, kosten of gevolgen aanzienlijk zullen zijn. In dat soort zaken mag van een curator meer gevraagd worden dan een bondige analyse van de feiten en juridische aspecten en de conclusie dat de zaak *zeer goed verdedigbaar is of goede kans van slagen* heeft. Dergelijke kwalificaties zijn immers voor meerdere uitleg vatbaar. Zeer goed verdedigbaar betekent voor de één 'een sterke zaak' en voor de ander 'zeer niet kansloos'. En als je een willekeurige groep advocaten vraagt om de kans van slagen van de begrippen sterke zaak of goede kans van slagen uit te drukken in percentages krijg je antwoorden in de band-

1 J.C.A.T. Frima en A.E. de Vos, *Het machtigingsverzoek: de bestuurder gehoord?!*, FIP 2019/258.

2 De Garantstellingsregeling Curatoren 2012 voorziet in bepaalde zaken in de mogelijkheid een voorschot te vragen bij Minister van V&J (Dienst Justis) waarmee proceskosten gedekt kunnen worden.



breedte van 40 tot 100%. Daar kun je dus alle kanten mee op.

### Decision analysis in bankruptcy litigation

Dit brengt mij tot de oproep aan de curator om in complexe zaken de methode van *decision analysis in litigation* toe te passen. Volgens mr. R.J. Philips<sup>3</sup> komt dat neer op het uitdrukken van proceskansen in percentages en een meer kwantitatief financiële benadering van procedures en realistische kosteninschattingen. Niet alleen vereenvoudigt een dergelijke methodische aanpak de beslissing of procederen een verantwoorde keuze is, maar ook geeft het de curator meer houvast bij onderhandelingen en het bepalen van zijn ondergrens voor een eventuele schikking. Vuistregel<sup>4</sup> bij onderhandelingen is immers: ga nooit akkoord met een resultaat dat slechter is dan je BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*).

Door per beslisknoop de kans van slagen in een percentage uit te drukken en de relevante bedragen vast te stellen kan een veel exactere berekening van het bedrag worden gemaakt waartoe de bestuurder veroordeeld zal worden

Dat betekent uiteraard wel meer huiswerk voor de curator. Een methodische berekening van deze no deal optie is namelijk niet echt eenvoudig en het voorspellen van rechtszaken is geen exacte wetenschap. Een juridische procedure kan vallen of staan met verschillende rechtsvragen (beslisknopen). Het oordeel over deze rechtsvragen is vaak weer van de feiten en het bewijs daarvan afhankelijk. Een over de feiten kan ook de nodige onduidelijkheid bestaan. Toch is het zinvol om per beslisknoop een zo zorgvuldig mogelijke inschatting te maken van de kans van slagen. Voor veel voorkomende procedures die volgens eenzelfde stramien verlopen, kun je zelfs een standaardmodel van een beslisknoop ontwerpen.

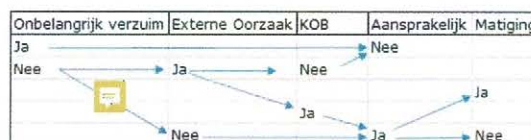
### Beslisboom kennelijk onbehoorlijk bestuur

Een rechtszaak die curatoren frequent voeren is de procedure tegen bestuurders van de failliete vennootschap op grond van bestuurdersaansprakelijkheid, waar ook het experiment van hoor- en wederhoor in Amsterdam en Rotterdam op ziet. Een deel daarvan betreft zaken over kennelijk onbehoorlijk bestuur<sup>5</sup> als gevolg van schending van publicatieplicht en boekhoudplicht. Voor de beoordeling daarvan geldt doorgaans een vast stramien dat het mogelijk maakt een model beslisknoop te maken. In

dat geval staat (onweerlegbaar) vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt (weerlegbaar) vermoed dat deze onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Indien de bestuurder dit bewijsvermoeden niet kan weerleggen, is hij in beginsel aansprakelijk voor het tekort in de boedel. Bij zo'n casus komen (onder meer) de volgende vragen (beslisknopen) aan de orde waarover de rechter een beslissing moet nemen:

- Is er sprake van een onbelangrijk verzuim<sup>6</sup> in de zin van art. 2:248 lid 2 BW?
- Kan de aangesproken bestuurder het wettelijke vermoeden weerleggen door aannemelijk te maken dat andere feiten en omstandigheden dan zijn onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak van het faillissement zijn geweest?<sup>7</sup>
- Als de bestuurder daarin slaagt, kan de curator dan op de voet van art. 2:248 lid 1 BW aannemelijk maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling (KOB) mede een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest?<sup>8</sup>
- Dient een beroep op matiging te worden gehonoreerd<sup>9</sup> en zo ja met welk bedrag?

Hieronder een voorbeeld van eenvoudig beslismodel om deze vragen te beantwoorden:



Figuur: Model beslisknoop kennelijk onbehoorlijk bestuur (art. 2:248 lid 2 BW)

Uiteraard is werken met dit model geen exacte wetenschap, maar het is wel een hulpmiddel om tot een beter beredeneerde inschatting te komen. Door per beslisknoop de kans van slagen in een percentage uit te drukken en de relevante bedragen<sup>10</sup> vast te stellen (tekort in de boedel en het bedrag waartoe rechter eventueel zal matigen) kan een veel exactere berekening van het bedrag worden gemaakt waartoe de bestuurder (gemiddeld genomen) veroordeeld zal worden dan via de slag in de lucht die je slaat met het begrip 'goede kans van slagen'.

Ik merk hierbij op dat deze berekening niet alleen een arbitraire inschatting is, maar ook een momentopname die voorafgaand aan de procedure wordt gemaakt. De erva-

3 R.J. Philips, *Procederen of Schikken*, MvO 2017, 8/9.

4 Zie R. Fisher en W.L. Ury, *Excellent Onderhandelen*, Business Contact 2010.

5 Art. 2:138 en 2:248 BW.

6 Zie o.a. HR 12 juli 2013, NJ 2014/401.

7 HR 20 mei 1988, NJ 1989/676 en HR 23 november 2001, NJ 2002/95.

8 HR 20 oktober 2006, NJ 2007/2 (Van Schilt), HR 30 november 2007, NJ 2008/91 (Blue Tomato), Hof Arnhem 4 november 2008, «JOR» 2009/ 99 en Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, «JOR» 2017/35.

9 Zie T.V.J. Bil en J.F. Fliek, *De matigingsbevoegdheid van art. 2:248 lid 4 BW*, Tvl 2019/19, uit wier onderzoekje lijkt te volgen dat gemiddeld genomen in 20% van de gevallen gematigd wordt.

10 De proceskosten kunnen in de berekening buiten beschouwing blijven, omdat deze het boedeltekort vergroten waarvoor een bestuurder ingevolge art. 2:248 BW aansprakelijk kan worden gehouden.



ring leert dat er tijdens een procedure vaak nieuwe feiten en omstandigheden bekend worden, die tot een andere uitkomst van de zaak kunnen leiden dan tevoren verwacht. Dat geldt zeker voor een curator, die de relevante feiten (achteraf) moet destilleren uit de informatie die hij na zijn benoeming vergaart. Het is dus zinvol om de verwachte uitkomst gaandeweg de procedure een of meer keer te evalueren en te herijken om te beoordelen of men niet beter ten halve kan keren dan ten hele dwalen. Ook hier ligt mijns inziens een taak voor de rechter-commissaris op het vlak van toezicht. Dat moet wat mij niet zo ver te gaan dat de rechter-commissaris alle processtukken meeleest, maar beoordeling van gewezen (tussen)vonnissen lijkt me wel opportuun. De curator zit aan het stuur, maar een rechter-commissaris moet op de rem kunnen trappen. Tot slot kan dit soort berekeningen helpen om achteraf te toetsen of de inschatting vooraf juist is geweest. Op die manier kan er op termijn een leerzame werking vanuit gaan.

### Relationele conflicten tussen curatoren en banken

Uit het artikel van Frima en De Vos begrijp ik dat wordt voorgesteld om deze hoorplicht voor alle wederpartijen te laten gelden en in art. 68 lid 3 Fw. een wettelijke basis te geven. Wellicht is het met het oog daarop een goed idee om het experiment binnenkort uit te breiden en ook andere wederpartijen te gaan horen. Dat geldt wat mij betreft zeker voor de zogenaamde *repeat players* met wie een curator regelmatig in botsing komt, zoals de banken. Weliswaar betreffen die botsingen niet zelden principiële rechtsvragen, waardoor beide partijen behoefte hebben aan duidelijkheid in de jurisprudentie, maar ook in die gevallen kan hoor en wederhoor van de strijdende partijen zin hebben. Een dergelijk overleg kan dan bijvoorbeeld benut worden om de rechtsvragen die partijen verdeeld houden te identificeren en procedurele afspraken te maken over de meest doelgerichte methode van geschilbeslechting,<sup>11</sup> zodat onnodige kosten en tijdverlies voorkomen worden.

Uit overleg met diverse vertegenwoordigers van banken heb ik bovendien begrepen dat zij met een klein deel van de curatoren (circa 10%) een *slechte verstandhouding* hebben

vanwege frequente aanvaringen en juridische procedures uit het verleden. Daarmee ligt in die gevallen ook een persoonlijke (relationeel) conflict op de loer dat de juridische procedure kan *vervuilen*. Dat klemmt temeer als banken c.q. curatoren een aantal specifieke negatieve ervaringen over elkaar veralgemeniseren en die karikatuur telkens projecteren op iedere curator respectievelijk bank die hun pad kruist. Ik ervaar zelf regelmatig dat men elkaar in de dagelijkse praktijk over en weer met een gekleurde bril van wantrouwen bekijkt. Dit zou ook kunnen verklaren waarom curatoren en banken vaak snel in de vechtmodus schieten en tot het uiterste gaan om het onderste uit de kan te halen.<sup>12</sup>

### Door in conflicten tussen curator en bank systematisch hoor- en wederhoor toe te passen kan de rechter-commissaris deze relationele issues scherper in beeld krijgen

Door in conflicten tussen curator en bank systematisch hoor- en wederhoor toe te passen kan de rechter-commissaris deze relationele issues scherper in beeld krijgen. Dit soort conflicten lenen zich doorgaans goed voor mediation. Ik ben ervan overtuigd dat de meeste curatoren en banken zonder meer bereid zijn om onder begeleiding van een mediator over hun geschillen te onderhandelen, maar mijn indruk is dat ze het als een zwaktebod ervaren om daartoe het initiatief te nemen. Aan de rechter-commissaris dus de taak om rol van katalysator te vervullen en aan de ruziënde partijen mediation voor te stellen. Op die manier kan niet alleen overbodige escalatie worden voorkomen, maar kan ook geleidelijk worden gewerkt aan normalisatie van de onnodig geharnaste werkrelatie tussen banken en curatoren, waar mijns inziens geen van beide bij gebaat is en de gezamenlijke schuldeisers al helemaal niet.

#### Over de auteur

Mr. B.J. Tideman

Werkzaam bij Cees Advocaten te Den Haag. Tevens Voorzitter van Stichting Insolventie Mediation.

<sup>11</sup> Zoals bijvoorbeeld een (gezamenlijk) verzoek ex art. 392 Rv om prejudiciële vragen te stellen.

<sup>12</sup> Zie voor een recent voorbeeld (de noot van Struycken onder) Rb. Amsterdam 27 maart 2019, «JOR» 2019, 147.