

54. Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator; het lustrum van Prakke/Gips

MR. D.M. VAN GEEL

Het artikel beschrijft en bekritiseert de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Daarnaast worden de gevallen gerubriceerd en vindt een analyse plaats van de rechtspraak van de afgelopen vijf jaren.

Ik meen dat persoonlijke aansprakelijkheid juist sneller op de loer ligt dan voorheen.

I. Inleiding

De curator persoonlijk aansprakelijk stellen lijkt in toenemende mate populair. De hoge drempel van het Maclou-arrest uit 1996 maakte dat moeilijk maar mogelijk. De Hoge Raad deed daar vijf jaar geleden in het arrest Prakke/Gips een schepje bovenop zodat algemeen wordt aangenomen dat het niet snel tot een aansprakelijkheid pro se zal komen. Ik zie dat anders en meen dat persoonlijke aansprakelijkheid juist sneller op de loer ligt dan voorheen. In deze bijdrage wordt de geldende norm geëvalueerd en van kanttekeningen voorzien. De verschillende situaties zijn op hoofdlijnen gerubriceerd. Tot slot heb ik recente rechtspraak op een rijtje gezet om te zien of patronen zijn te ontdekken.

II. Maclou-norm

In het *Maclou*-arrest¹ van 19 april 1996 formuleerde de Hoge Raad de (toetsings-)norm voor de persoonlijke aansprakelijkheid van curatoren. Volgens deze norm dient de curator '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'.² Het handelen van de curator wordt vergeleken met wat een 'maatcurator' in een voorkomend geval zou hebben gedaan of nagelaten.

De 'maatcurator' is een functioneel vergelijkingstype. Een aansluiting bij de voor advocaten, of daarmee vergelijkbare professionals, geldende zorgvuldigheidsnorm werd door de Hoge Raad van de hand gewezen. De gedachte is dat een curator, in tegenstelling tot bijvoorbeeld een advocaat, bij zijn taakuitoefening niet een beroep uitoefent

en bovendien niet in een contractuele verhouding staat tot de betrokkenen waarvan de belangen aan hem zijn toevertrouwd. Verder werd meegewogen dat een curator niet zelden conflicterende belangen dient te behartigen, waaronder die van maatschappelijke aard.³

Lange tijd is de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator naar de maatstaven uit het *Maclou*-arrest beoordeeld. Hierdoor genoot de curator steeds een ruime mate van vrijheid, en gold er omgekeerd een hoge drempel voor de aanneming van zijn persoonlijke aansprakelijkheid. In december 2011, met het arrest Prakke/Gips⁴, vulde de Hoge Raad zijn eerdere criterium aan.

Uit het arrest volgt dat bij de beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator allereerst dient te worden nagegaan of de curator bij de uitoefening van zijn taak is gebonden aan 'regels'. Voor zover dit het geval is, dient de curator in overeenstemming daarmee te handelen. Doet hij dat echter niet, dan overtreedt hij de voor hem geldende normen. Ontbreken er dergelijke regels, dan komt de curator een ruime mate van vrijheid toe en dient te worden getoetst aan de norm uit het *Maclou*-arrest. De Hoge Raad formuleert dit als volgt:⁵

"De faillissementscurator kan wegens een onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen in wier belang hij die taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke) schuldeisers, en jegens derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van die taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde. 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."

1 HR 19 april 1996, NJ 1996/727.

2 HR 19 april 1996, NJ 1996/727, r.o. 3.6.

3 HR 19 april 1996, NJ 1996/727.

4 HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath.

5 R.o. 3.4.2.

De vrijheid van de curator ziet dus niet op zijn taak tot behartiging van de belangen die aan hem zijn toevertrouwd, maar op de wijze waarop hij aan deze taak invulling geeft. Over de norm uit het Maclou-arrest oordeelt de Hoge Raad dat deze slechts geldt voor zover de curator bij de uitoefening van zijn taak niet aan regels is gebonden. Daarnaast vult hij de norm aan door te overwegen dat bij de toetsing daaraan *terughoudendheid* dient te worden betracht.⁶

Juist de toevoeging van de terughoudende toetsing maakte dat de lat voor persoonlijke aansprakelijkheid nog hoger leek te worden gelegd. Welbeschouwd geldt dit dus alleen in de gevallen dat de ruime vrijheid ook echt bestaat. Tegelijkertijd werd de deur geopend voor andere gevallen, te weten gevallen waarin de curator gebonden is aan regels. In die gevallen geldt geen ruime vrijheid en is sprake van normschending als de curator die regels overtreedt. Dat is een veel striktere toets.

III. Gebondenheid aan regels

Welke regels?

De Hoge Raad heeft nagelaten een concrete invulling te geven van het begrip ‘regels’. De Hoge Raad heeft niet gekozen voor het begrip ‘wet’, zodat aangenomen kan worden dat ook niet-wettelijke regels bedoeld worden. Maar welke ‘regels’ behoren dan allemaal tot die welke de curator binden? Naast de wet kan worden gedacht aan een gerechtelijke uitspraak (q.q.), ongeschreven recht, door de curator aangegane verbintenissen, maar in theorie ook beleidsregels zoals de Recofa-richtlijnen. Dat gaat ver. In verschillende uitspraken is door rechters gepoogd invulling te geven aan dit begrip.

In zijn arrest Komdeur/Antillen⁷ handhaafde de Hoge Raad het oordeel van het Hof waarbij de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator werd aangenomen nadat hij in strijd had gehandeld met de beschikking van de rechter-commissaris. In de betreffende beschikking waren voorwaarden gesteld aan de verkoop van onroerend goed en de wijze waarop dat diende te geschieden. Met betrekking tot deze aspecten had de curator volgens de Hoge Raad daarom ‘in beginsel geen beleidsvrijheid meer’.⁸ Vermeldenswaardig is dat dit arrest gewezen is vóór *Prakke/Gips*, zodat een verwijzing naar het begrip regels ontbreekt. In retrospectief is het evenwel aannemelijk dat een bevel van de rechter-commissaris aan de curator als zodanig kwalificeert.

Onder regels waaraan de curator gebonden is, vallen ook normen die uit de jurisprudentie volgen. De Hoge Raad overwoog bijvoorbeeld in het arrest Rabobank/Verdonk⁹, dat de curator zich heeft te houden aan de maatstaven die gelden voor de incasso van verpande vorderingen uit het

arrest *ING / Verdonk*¹⁰ (de 14 dagen regel). De curator had deze regels niet in acht genomen hetgeen leidde tot de conclusie dat hij (q.q.) onrechtmatig handelde. In de procedure ging het echter niet om de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator maar om de rang van de schadevergoedingsvordering van de bank in het faillissement. De

Juist de toevoeging van de terughoudende toetsing maakte dat de lat voor persoonlijke aansprakelijkheid nog hoger werd.

Hoge Raad zinspeelt echter in een obiter dictum expliciet op persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in kwestie nu sprake was van de overtreding van ‘regels’ en de curator daardoor geen beoordelingsvrijheid toekwam.¹¹ Door deze expliciete verwijzing naar de Prakke/Gips-norm mag worden aangenomen dat de Hoge Raad in elk geval heeft bedoeld om normen uit zijn jurisprudentie te beschouwen als voor de curator geldende ‘regels’.

Een ander voorbeeld is te vinden in een uitspraak uit 2015 van Hof 's-Gravenhage.¹² Daarin werd de curator op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden, omdat hij naliet een onverschuldigde betaling die het gevolg was van een onmiskenbare vergissing onverwijld terug te boeken. Het Hof overwoog daarbij in ondubbelzinnige bewoordingen dat dit nalaten in strijd was met de “duidelijke” regel uit het arrest *Ontvanger/Hamm q.q.* Volgens het Hof was de curator aan die regel gebonden, en persoonlijk aansprakelijk omdat hij de regel niet heeft gevolgd.¹³

De onduidelijkheid over het begrip ‘regels’ leidt ook tot onjuiste interpretatie. Zo oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden¹⁴ in 2013 dat, onder verwijzing naar de norm uit Prakke/Gips, de ‘wet’ voor de curator bij de afwikkeling van eigendomsrechten geen regels geeft en hem dus een ruime mate van vrijheid toekomt.¹⁵ Het Hof lijkt zich in deze uitspraak aldus bij het onderzoek het begrip ‘regels’ uit de Prakke/Gips-norm te beperken tot de wet. Het Hof Arnhem-Leeuwarden hanteert vervolgens in haar arrest van 23 juni 2015¹⁶ dezelfde formulering, en toetst opnieuw voor het begrip ‘regels’ aan de wet, ditmaal vanuit een ander feitencomplex. De uitleg van het criterium van de Hoge Raad die het Hof in deze gevallen hanteert, is onjuist, nu het begrip ‘regels’ meeromvattend is dan alleen de wet.

Relativiteit

In de door de Hoge Raad geformuleerde maatstaf ontbreekt een verwijzing naar het vereiste van relativiteit. Relativiteit is een voorwaarde voor de vestiging van aan-

6 R.o. 3.4.3.

7 HR 27 november 1998, *NJ* 1999, 685.

8 *Idem*, r.o. 4.2.

9 HR 5 februari 2016, «JOR» 2016/83, m.nt. Prof. S.C.J.J.Kortmann. Zie ook voor een analyse van dit arrest het artikel in een eerdere editie van dit tijdschrift «FIP» 2016/216.

10 HR 22 juni 2007, *NJ* 2007, 520.

11 R.o. 4.3.3.

12 Gerechtshof 's-Gravenhage, 1 december 2015, «JOR» 2016/78, m.nt. Van Geel.

13 R.o.5.6.

14 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 8 oktober 2013, «JOR» 2017/337.

15 R.o. 4.4.-4.5.

16 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 23 juni 2015, «JOR» 2016/74.

sprakelijkheid.¹⁷ De geschonden norm dient te strekken tot de bescherming van de benadeelde en van de door de benadeelde geleden schade.¹⁸ Wanneer aansprakelijkheid van de curator wordt aangenomen op basis van de Maclou-norm, zal de relativiteit besloten liggen in de geschonden norm, zoals dit het geval is bij aansprakelijkheid door schending van een ongeschreven zorgvuldig-

Wat opvalt is dat de Hoge Raad niet heeft gekozen voor het begrip 'wet', zodat aangenomen kan worden dat ook niet-wettelijke regels worden bedoeld.

heidsnorm. Wanneer echter sprake is van de inbreuk op een subjectief recht of schending van een wettelijke plicht (een duidelijke 'regel') komt de relativiteit snel zelfstandige betekenis toe. Toegepast op de Prakke/Gips-route waar de eerste stap tot aansprakelijkheid kan worden genomen wegens overtreding van een voor de curator geldende 'regel', ligt het voor de hand dat die 'regel' wel strekt tot bescherming van de benadeelde en diens schade. Wanneer bijvoorbeeld de curator een faillissementsverslag niet of te laat publiceert, kan dit strijdig zijn met een voor de curator geldende regel.¹⁹ Dit kan zelfs verwijtbaar zijn als de curator inzag dat hij eigenlijk tijdig had moeten publiceren en voor het uitblijven daarvan geen rechtvaardiging voor had. Tel nu dat een crediteur had gerekend op het verslag en de informatie daarin nodig had voor een procedure. Door het uitblijven van publicatie loopt zijn procedure spaak en lijdt hij schade. Is de curator dan aansprakelijk? Ik zou menen van niet, nu het ontbreekt aan relativiteit.

Toerekenbaarheid

Overtreding van regels leidt echter niet direct tot persoonlijke aansprakelijkheid. Pas wanneer de normschending de curator kan worden verweten ontstaat de aansprakelijkheid.²⁰ Daarvoor is vereist dat de curator een 'persoonlijk verwijt' kan worden gemaakt. Van een persoonlijk verwijt is volgens de Hoge Raad sprake als de curator gehandeld heeft terwijl hij de onjuistheid van zijn handelen inzag dan wel behoorde in te zien.²¹ Deze formulering drukt het criterium uit voor toerekenbaarheid van de onrechtmatige daad aan de curator. Het criterium is een combinatie van een subjectieve ('*terwijl hij de onjuistheid van zijn handelen inzag*') én een geobjectiveerde schuld ('*dan wel behoorde in te zien*'). De Hoge Raad formuleert een zelfstandige en dwingende norm waaraan moet worden voldaan wil er sprake zijn van toerekenbaarheid. De norm knoopt blijkens haar formulering ('verwijtbaar') uitsluitend aan bij de toerekeningsgrond

'schuld'. De geformuleerde drempel van verwijtbaarheid is hoog en vergelijkbaar met die voor bestuurdersaansprakelijkheid ('persoonlijk ernstig verwijt').²² Dit brengt mee dat niet alle gronden voor toerekening als bedoeld in artikel 6:162 lid 3 BW kunnen worden gebruikt bij de aansprakelijkheid van de curator. Voorbeelden van situaties die wel tot de toerekeningsgronden van artikel 6:162 lid 3 BW behoren maar niet voldoende zijn om tot toerekening aan een curator te komen zijn de rechtsdwaling of dwaling omtrent de feiten. Van de eerste situatie was volgens Verstijlen²³ sprake in de casus van het arrest Rabobank/Verdonk. Een voorbeeld van dwaling omtrent de feiten is te lezen in de uitspraak van de rechtbank Limburg van 13 maart 2016.²⁴ In beide situaties was weliswaar sprake van een fout maar zou de toerekening hebben berust op verkeersopvattingen in plaats van schuld, en daar wil de Hoge Raad niet aan.

In de gevallen waar de curator gebonden is aan regels heeft hij maar weinig bewegingsvrijheid en zal een fout (bedoeld of onbedoeld) snel op de loer liggen. Voor de curator zal het dan aankomen op de vraag of hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt. In mijn optiek zou dan alsnog de Maclou-norm aan de orde kunnen komen. Immers, de beoordeling of de curator in de gegeven omstandigheden het onjuiste van zijn handelen behoorde in te zien, dient plaats te vinden op basis van alle omstandigheden van het geval. De verschillende belangen die de curator heeft te behartigen en niet zelden botsen, dienen daarbij dus wederom te worden betrokken. Is het daarnaast niet reëel dat ook bij de beoordeling van de verwijtbaarheid moet worden bekeken of de 'maatman-curator' de onjuistheid van handelen behoorde in te zien? Deze gedachte geeft aan hoezeer de juridisch verschillende criteria van normschending en toerekening *de facto* met elkaar zijn verweven.

IV. Classificatie van gevallen

Door bestudering van de rechtspraak over de Prakke/Gips-norm doe ik een poging tot classificatie van de situaties die tot (mogelijke) persoonlijke aansprakelijkheid leiden. Princen heeft dat al eerder gedaan,²⁵ en analyseerde zeven situaties die zien op 68 Fw, en dus in beginsel leiden tot aansprakelijkheid tegenover de gezamenlijke crediteuren en/of de schuldenaar. De gevallen die Princen beschrijft laten onrechtmatigheden jegens individuele partijen buiten beschouwing.²⁶

17 Art. 6: 163 BW.

18 HR 7 mei 2004, NJ 2006/281.

19 Artikel 73a Fw en/of een beschikking van de rechter-commissaris.

20 Uiteraard dient ook aan de andere vereisten van de onrechtmatige daad te zijn voldaan.

21 R.o. 3.4.3.

22 Het verschil zit hem tekstueel in het ontbreken van het woord 'ernstig'. Het is de vraag of dit het criterium lichter maakt. Daar kan verschillend over worden gedacht. Zie daarover recent: prof. B.F. Assink, *Curator- en bestuurdersaansprakelijkheid in juxtapositie*, Ars Aequi 2016/11.

23 Zie zijn annotatie bij het arrest in NJ 2016/187.

24 Rechtbank Limburg, 23 maart 2016, NJ 2016/391.

25 Mr. J.G. Princen, *De aansprakelijkheid van de curator, Praktijkboek Insolventierecht, Deel 6*, Kluwer, Deventer, 2007, Hoofdstuk 4, paragraaf 4.3 op p. 121.

26 Ook Wessels heeft het over categorieën van gevallen, al meen ik dat hij zoveel categorieën heeft toegelaten dat hij het doel van rubriceren

Ik hanteer de volgende vier hoofdcategorieën die zijn gebaseerd op de meest voorkomende gevallen uit de rechtspraak:²⁷

- a. Aansprakelijkheid jegens de (gezamenlijke) schuldeisers;
- b. Aansprakelijkheid jegens de schuldenaar;
- c. Inbreuk op een individueel subjectief recht;
- d. Afwikkelings- of verdelingsfout.

Ik zal hierna de vier categorieën bespreken en daarbij met name in gaan op de verhouding tussen de betreffende categorie en de maatstaf voor aansprakelijkheid uit Prakke/Gips.

Ad a. Aansprakelijkheid jegens de (gezamenlijke) schuldeisers

Tot deze categorie reken ik fouten die leiden tot nadeel bij de gezamenlijke schuldeisers. Het gaat dan veelal om de situaties zoals Princen ook benoemt. Te denken valt aan het verwijt dat de curator onnodige kosten maakt waardoor er minder actief overblijft, de curator een te lage opbrengst voor activa realiseert of de curator nalaat een vordering in te stellen. Er zijn diverse voorbeelden van deze categorie.²⁸ Tezamen met categorie b. (“aansprakelijkheid jegens de schuldenaar”) gaat het hier meestal om fouten die samenhangen met de wijze van uitoefening van de wettelijke taak van artikel 68 Fw. De curator oefent zijn wettelijke taak uit ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren en zijn handelen is primair op hun (verhaals) belangen gericht. De situaties die tot deze categorie behoren vinden vrijwel steeds plaats in de beheersfase van het faillissement. Ik zie dit als de fase waarin de curator de boedel beheert, de activa liquideert en daartoe beslissingen neemt. Over de werkzaamheden en handelingen in deze fase bestaan doorgaans geen duidelijke regels over hoe de curator zich dient te gedragen. Artikel 68 Fw geeft weinig richting en ook jurisprudentie over de taak van de curator schrijft niet specifiek voor wat de curator nu moet doen. De meeste van de berichte gevallen die in deze categorie zijn te plaatsen gaan uiteindelijk over een door de curator gemaakte keuze die ongelukkig uitpakt en nadelig is voor de boedel. Al deze gevallen worden dan beoordeeld langs de maatstaf van het Maclou-arrest (mét beoordelingsvrijheid). Omdat die vrijheid zeer groot is, zal de curator in privé niet snel aansprakelijk zijn.

Ad b. Aansprakelijkheid jegens de schuldenaar;

Tot deze categorie reken ik die situaties die tot nadeel aan de zijde van de schuldenaar leiden. Het is dan de schuldenaar die de curator aansprakelijk stelt en beoogt zijn schade te

verhalen. Ook hierbij gaat het vrijwel steeds om verwijten die in feite terug te voeren zijn op een tekortkoming van de wettelijke taak. De curator dient bij zijn taakuitoefening ook expliciet zijn belangen te betrekken. Het arrest Prakke/Gips geeft een goed voorbeeld van een zaak die tot deze categorie behoort. Maar ook geschillen over het nalaten overeenkomsten te beëindigen, of een ongunstige schikking treffen kunnen hier aan de orde zijn. Omdat het opnieuw gaat om situaties waarover geen specifieke regels bestaan, worden ook deze kwesties beoordeeld langs de ruime maatstaf uit het Maclou-arrest en ligt de lat zeer hoog. In veel situaties zullen de belangen van de (benadeelde) schuldenaar en die van de crediteuren parallel lopen. Beiden lijden nadeel van een verkeerde keuze van de curator om (bijvoorbeeld) voort te procederen in plaats van een schikkingvoorstel te accepteren. Dat is echter niet noodzakelijk zo. Hoog gerangschikte schuldeisers zullen eerder tevreden zijn met de zekerheid van een geringer boedelactief terwijl concurrente crediteuren die bij een bepaalde schikking *out of the money* zijn menen dat de curator moet voortprocederen om groter actief te vergaren. Het belang van de schuldenaar is niet noodzakelijkerwijs te verenigen met één van beide categorieën.

Ad c. Inbreuk op een individueel recht

Deze categorie is mijns inziens meer ambigu. Met deze categorie doel ik op situaties dat op rechten van derden inbreuk wordt gemaakt. Dat kunnen eigendomsrechten zijn, maar ook pandrechten of obligatoire aanspraken. Te denken valt op de eerste plaats aan de curator die een goed vervreemdt dat eigendom is van een derde en dus niet tot de boedel behoorde. Ook kan worden gedacht aan de curator die een (boedel)schuld aangaat en deze niet nakomt of kan nakomen. De gewraakte handeling leidt tot nadeel bij één of enkele derden.

Inbreuk op een subjectief recht kan gunstig zijn voor de schuldenaar en/of de gezamenlijke schuldeisers. De curator die de opbrengst van een goed dat niet tot de boedel behoort,

De onduidelijkheid over het begrip ‘regels’ leidt tot onjuiste interpretatie.

aan het boedelactief weet toe te voegen zal natuurlijk door de schuldenaar niet worden aangesproken. De curator vervult daarmee weliswaar zijn wettelijke primaire taak (boedelmaximalisatie) uitstekend. De eigenaar zal echter minder tevreden zijn over de curator zijn optreden. Dergelijke inbreuken kunnen leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid en vormen met regelmaat onderwerp van een procedure.²⁹

voorbij schiet. Zie: Wessels, *Insolventierecht, Deel IV, 4e druk*, Deventer: 2015, paragraaf 4252 ev.

27 Uiteraard zou eigenlijk ook nog een categorie ‘overig’ moeten gelden. Die laat ik voorshands onbesproken.

28 Zie o.a. Rechtbank Gelderland 18 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2211, Rechtbank Midden-Nederland 11 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7252, Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch, 2 juli 2013, «JOR» 2014/210.

29 Zie o.a. Rb. Rotterdam 18 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4166, HR 5 februari 2016, «JOR» 2016/83, m.nt. Kortmann, Hof Amsterdam 29 september 2015, «JOR» 2016/19, m.nt. Van Geel, Rb. Rotterdam 16 september 2015, «JOR» 2016/137, m.nt. Van Geel, Rb. Rotterdam, 22 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6382, Hof Den Haag 1 december 2015, «JOR» 2016/78, m.nt. Van Geel, Rb. Noord-Nederland, 3 juni 2015, «JOR» 2016/73, Rb. Rotterdam 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7899, Hof Amsterdam 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4339, Hof

Langs welke norm dient dit type verwijt te worden beoordeeld? In tegenstelling tot de twee voorgaande categorieën, is die vraag niet in algemene zin te beantwoorden. Er kan zowel sprake zijn van een situatie waar de curator een specifieke voor hem geldende regel breekt, als een situatie waar de curator wel beleidsvrijheid toekomt. Wanneer een curator bijvoorbeeld inbreuk maakt

Wanneer sprake is van de inbreuk op een duidelijke 'regel' komt de relativiteit snel zelfstandige betekenis toe.

op een pandrecht, zoals in het arrest Rabobank/Verdonk, is van overtreding van een specifieke regel, namelijk artikel 57 Fw én de 14-dagen regel uit het arrest ING/Verdonk. Dan geldt voor de curator géén beleidsvrijheid.

De curator dient evenzeer het eigendomsrecht van derden te respecteren en het gehuurde na het einde van de huurperiode op te leveren. Die verplichtingen zijn op meer algemene regels gebaseerd maar niettemin rusten zij op de curator. Of dergelijke op zichzelf duidelijke verplichtingen aan te merken zijn als 'regels' zoals de Hoge Raad bedoelt in het arrest Prakke/Gips is onduidelijk. Het is goed denkbaar dat hier de Maclou-norm dient te worden toegepast. Dat sluit aan bij de gevallen in de rechtspraak over dit soort normschendingen, zoals bijvoorbeeld het geval dat de curator een winkelbedrijf voortzet en daarbij de (onder eigendomsvoorbehoud geleverde) goederen van derden blijft verkopen. Dat is een klassiek geval waar de curator beoordelingsvrijheid toekomt en tegenstrijdige belangen heeft af te wegen.

Ad d. Afwikkelings-/ of verdelingsfout

Een (kern)taak van de curator is de distributie van de gerealiseerde baten aan de daartoe gerechtigde partijen overeenkomstig hun aanspraak en rang. De afwikkeling van een faillissement is in voorkomende gevallen geen sinecure; er kunnen zich vele complexiteiten voordoen. Daarbij worden wel eens fouten gemaakt die ertoe leiden dat partijen worden over- of onderbedeeld. Deze afwikkelings-/ verdelingsfout kan leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. Bijzonder voor deze categorie is dat de wijze waarop de curator het faillissement dient af te wikkelen, de rangorde van schuldeisers, en de wijze van verdeling nauwkeurig in de wet is vastgelegd. Het Burgerlijk Wetboek regelt de rangorde en de Faillissementswet geeft de regels die gevolgd moeten worden om tot verdeling te komen. Om die reden zal een daarbij gemaakte fout snel worden beoordeeld als een in het arrest Prakke/Gips benoemde 'regel'. Dat ligt ook voor de hand omdat de curator vanzelfsprekend geen keuzevrijheid toekomt ten aanzien van dit onderdeel van het faillissement. Wanneer sprake is van een verdelingsfout zal de verwijtbaarheid daarvan centraal staan in de daarover te voeren procedure.

Arnhem-Leeuwarden 8 oktober 2013, «JOR» 2014/337.

V. Vijf jaar rechtspraak

Als onderdeel van mijn lustrum-beschouwing heb ik de rechtspraak op een rijtje gezet en bekeken of daarin patronen zijn te ontdekken. In de vijf jaren dat rechtsvorderingen volgens de maatstaf van het arrest Prakke/Gips worden beoordeeld zijn in totaal 33 uitspraken gewezen die (onder meer) de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator tot onderwerp hadden.³⁰ Van die 32 uitspraken was in 5 gevallen sprake van een toegewezen vordering.³¹ Dat is circa 15%.³² Bij analyse van deze data zijn geen of nauwelijks significante verschillen te ontdekken tussen jaartallen, arrondissementen, ressorten en toe-/ of afwijzingen. Wel valt op dat de toegewezen gevallen allemaal gaan over de inbreuk op een individueel recht van een betrokkene (categorieën c en d) én dat in de meeste gevallen aansprakelijkheid wordt aangenomen langs de route van overtreding van voor de curator geldende 'regels'. Dit geeft aan hoe belangrijk dit onderdeel van het Prakke/Gips-criterium is. Tegelijkertijd is juist dit zelfde onderdeel zeer onduidelijk. Het is voor rechters moeilijker tot een rechtens juist oordeel te komen. Dit geeft een onwenselijke situatie met betrekking tot rechtszekerheid.

VI. Slotwoord

Wat heeft vijf jaar Prakke/Gips ons opgeleverd? De norm heeft een wenselijke nuanciering aangebracht op het Maclou-arrest. De aanname dat de curator altijd een ruime vrijheid toekomt, sluit niet aan op de praktijk. De wijze

30 Op de datum van ter perse gaan van dit artikel zijn dat: Hof Arnhem-Leeuwarden 26 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8586; Rb. Rotterdam 18 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4166; HR 5 februari 2016, «JOR» 2016/83; Hof Amsterdam 29 september 2015, «JOR» 2016/19; Rb. Rotterdam 16 september 2016, «JOR» 2016/137; Rb. Rotterdam 22 juli 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6382; Hof Den Haag 1 december 2015, «JOR» 2016/78; Rb. Noord-Nederland 3 juni 2015, «JOR» 2016/73; Rb. Rotterdam 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7899; Hof Amsterdam 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4339; Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2014, «JOR» 2015/117; Hof Arnhem-Leeuwarden 8 oktober 2013, «JOR» 2014/337; Rb. Overijssel 5 juni 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1193; Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, «JOR» 2014/212; Rb. Zeeland-West Brabant 22 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:CA1252; Rb. Den Haag 20 maart 2013, «JOR» 2013/262; Hof Arnhem 16 oktober 2012, «JOR» 2013/348; Rb. Utrecht 13 juni 2012, «JOR» 2013/347; Rb. Dordrecht 13 juni 2012, «JOR» 2013/147; Rb. Gelderland 18 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2211; Hof Den Haag 25 maart 2014, «JOR» 2014/341; Rb. Midden-Nederland 11 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7252; Hof 's-Hertogenbosch 2 juli 2013, «JOR» 2014/210; Rb. Den Haag 14 november 2012, «JOR» 2013/349; Rb. Zutphen 18 september 2012, «JOR» 2013/257; Rb. Limburg 23 maart 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:5346; Hof Arnhem-Leeuwarden, «JOR» 2016/74; Rb. Overijssel 18 december 2013, «JOR» 2015/271; Rb. Noord-Nederland 7 oktober 2015, «JOR» 2016/138; Rb. Zeeland-West Brabant 3 december 2014, «JOR» 2015/269; Hof Den Haag 7 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:5338.

31 Rb. Rotterdam 16 september 2015, «JOR» 2016/137, Rb. Rotterdam 18 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2016:4166, Rb. Noord-Nederland 3 juni 2015, «JOR» 2016/73, Rb. Zeeland-West Brabant, 11 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:CA1252 en Hof Arnhem-Leeuwarden 26 oktober 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8586.

32 Opmerking verdient dat de aantallen te gering zijn om deze uitkomst als statistisch representatief te zien maar het geeft enige richting.

waarop de Hoge Raad dit in Prakke/Gips heeft ingevuld, is helaas nogal ongelukkig. Het begrip 'regels' laat veel onduidelijk, maar kan tot gevolg hebben dat snel sprake is van normschending. Dat was anders in het Maclou-arrest, zodat deze twee arresten niet goed op elkaar aansluiten. Dat geeft aan lagere rechters veel vrijheid, zoals is geïllustreerd met de genoemde vonnissen. Dat heeft tot voordeel dat

curatoren die er een potje van maken, relatief eenvoudig kunnen worden aangesproken. Daar tegenover staat, dat serieuze curatoren niet goed weten waar zij aan toe zijn.

Over de auteur

Derk M. van Geel is als advocaat werkzaam bij advocatenkantoor Fort Advocaten N.V te Amsterdam.