

Radboud Universiteit



De enquêtebevoegdheid van de curator

De vreemde eend in de bijt?

Naam: Danique Laeyendecker
Studentnummer: s1020135
Juni 2023
Radboud Universiteit
Master: Ondernemingsrecht
Scriptiebegeleider: prof. mr. C.D.J. Bulten

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding	2
1.1 Introductie	2
1.2. Probleemstelling.....	2
1.3. Hoofdvraag en deelvragen	3
1.4. Doel van het onderzoek en methodologie	4
1.5. Leeswijzer	4
Hoofdstuk 2: De geschiedenis van artikel 2:346 lid 3 BW en ontwikkeling van de enquêteprocedure .	5
2.1. Het enquêterecht voor 2013.....	5
2.2. Wet aanpassing enquêterecht 2013	7
2.3. Achterliggende gedachte verlening enquêtebevoegdheid	8
2.4. De doeleinden en aard van de enquêteprocedure tegenwoordig.....	11
2.5. Tussenconclusie.....	13
Hoofdstuk 3: De taak van de curator versus het doel en de aard van de enquêteprocedure.....	14
3.1. De taak van de curator	14
3.1.1. De kerntaak	14
3.1.2. Rekening houden met belangen	15
3.2. De vergelijking van de taak van de curator en het doel en de aard van de procedure	18
3.3. Vergelijking met Curaçao	20
3.4. Tussenconclusie.....	21
Hoofdstuk 4: Het belang en de meerwaarde voor de curator bij de enquêteprocedure.....	23
4.1. Wat wil de curator bereiken met de enquêteprocedure?	23
4.1.1. Voorzieningen artikel 2:349a lid 2, 2:356 BW en verzoek artikel 2:354 BW.....	23
4.1.2. Verhouding vaststelling wanbeleid en bestuurdersaansprakelijkheid	27
4.2. Alternatieven in de Faillissementswet	30
4.2.1. Het onderzoek	30
4.2.2. Middelen als in artikel 2:349a BW, 2:354 BW en 2:356 BW	32
4.3. Tussenconclusie.....	34
Hoofdstuk 5: De problemen bij het gebruik van artikel 2:346 lid 3 BW	36
5.1. De bezwaren en problemen bij de uitoefening van de enquêtebevoegdheid door de curator	36
5.1.1. Fishing expeditions	36
5.1.2. De kosten van enquête.....	41
5.2. Tussenconclusie.....	44
Hoofdstuk 6: Conclusie.....	45
Hoofdstuk 7: Literatuurlijst	49
Hoofdstuk 8: Jurisprudentielijst	54

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Introductie

Sinds 1 januari 2013 kan de curator van een rechtspersoon in wiens faillissement hij is aangesteld een enquêteverzoek indienen op grond van artikel 2:346 lid 3 Burgerlijk Wetboek (BW). De toegangsdrempel tot de enquêteprocedure is laag voor de curator. Hij dient slechts aannemelijk te maken dat er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen en hoeft niet van tevoren zijn bezwaren kenbaar te maken aan het bestuur en de RvC.¹ De minister verklaarde over de invoering van het artikel dat de curator belang zou kunnen hebben bij deze bevoegdheid omdat zo vastgesteld kan worden of voorafgaand aan het faillissement wanbeleid heeft plaatsgevonden.²

Op de eerste gedachte is bij wat de minister verklaarde wat voor te stellen. De curator zou vast behoefte kunnen hebben aan de bescherming die het enquêterecht biedt; te weten de vaststelling van de verantwoordelijkheid voor mogelijk wanbeleid, het verkrijgen van openheid van zaken en de sanering van verhoudingen.³ De minister heeft zich echter niet uitgelaten over de wenselijkheid en noodzakelijkheid van het verlenen van de enquêtebevoegdheid aan de curator.

Het artikel kwam mij op het eerste gezicht dan ook vreemd voor. Immers, de enquêteprocedure en de insolventieprocedure zijn twee op het eerste gezicht totaal verschillende soort procedures. Opvallend in dat kader is dan ook dat de bevoegdheid sinds de invoering pas één keer is gebruikt. Op 10 december 2019 beval de Ondernemingskamer een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken bij de failliete Estro Groep B.V. naar aanleiding van een verzoek van de curator.⁴ Doordat curatoren de bevoegdheid nauwelijks hebben gebruikt lijkt het erop dat de behoefte hieraan ontbreekt.

1.2. Probleemstelling

Het enquêterecht en het insolventierecht zijn twee rechtsgebieden die erg verschillend van aard lijken. Hierdoor rijst de vraag of deze samenloop wel passend is. Insolventieprocedures zijn procedures gericht op liquidatie, vereffening van het vermogen. De doelstellingen van de enquêteprocedure zijn herstel van gezonde verhoudingen door het treffen van maatregelen van reorganisatorische aard, opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid.⁵

In de literatuur is dan ook discussie ontstaan over deze bevoegdheid. Veenstra betoogt bijvoorbeeld dat het toekennen van enquêtebevoegdheid aan de curator niet te rijmen is met de doelstellingen van het enquêterecht,⁶ terwijl Spruitenburg juist betoogt dat de kerntaak van de curator op zichzelf niet onverenigbaar is met de doeleinden van het enquêterecht.⁷ Verder is in de literatuur veel kritiek

¹ Artikel 2:350 lid 1 BW en 2:346 lid 3 BW.

² *Kamerstukken II* 2010/11, 32 887, 3, p. 29.

³ Spruitenburg 2018, par. 2.3.

⁴ Hof Amsterdam (OK) 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4359.

⁵ HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234 (Ogem), bevestigd in HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:BD5516 (KPNQwest I).

⁶ Veenstra 2013, par 9.2.2.

⁷ Spruitenburg 2022, par. 11.4.3.

ontstaan op de enquêteprocedure in faillissement gezien de aard van het enquêterecht.⁸ Deze zou te weinig waarborgen kennen voor de aangesprokenen. Dat raakt aan een volgend punt van kritiek dat in de literatuur klinkt. De enquêteprocedure zou niet geschikt zijn voor ‘fishing expeditions’ ter voorbereiding op een eventuele aansprakelijkheidsprocedure.⁹ Met een fishing expedition bedoelt men het verzamelen van feiten die bruikbaar zijn voor een aansprakelijkheidsprocedure. Schimmelpenninck is daarbij van mening dat de curator zijn onderzoek überhaupt niet moet uitbesteden aan een derde.¹⁰ Bovendien wordt betwijfeld of de enquêteprocedure wel enige meerwaarde heeft boven de middelen in de Faillissementswet.¹¹

In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) heeft het departement Business Law van Tilburg Law School een wetenschappelijk onderzoek verricht naar de doelbereiking en effecten van de Wet aanpassing enquêterecht. Dat is de wet waarmee artikel 2:346 lid 3 BW werd ingevoerd. Uit dit onderzoek blijkt dat de relevantie van de enquêtebevoegdheid van de curator in de praktijk genuanceerd dient te worden; in geen enkel van de in het onderzoek geanalyseerde enquêteverzoeken was de curator namelijk verzoeker.¹² De respondenten in het onderzoek beoordelen de enquêtebevoegdheid neutraalpositief. Volgens sommige respondenten voegt de enquêtebevoegdheid van de curator weinig toe in de praktijk.

Duynstee en Verwey zijn daarentegen van mening dat het enquêterecht voor de curator weldegelijk een gereedschap kan zijn dat hem bij de afwikkeling van zijn faillissement kan helpen.¹³ Dat zou het geval zijn bij grote faillissementen die een maatschappelijke impact hebben gehad en waarbij veel partijen nadeel hebben ondervonden.

Bij de bevoegdheid ex artikel 2:346 lid 3 BW worden dus veel vraagtekens geplaatst. De meningen in de literatuur verschillen hieromtrent. Dat leidt ertoe dat een uitvoerige toetsing van de bevoegdheid op zijn plek is. De minister lijkt dit bij invoering van het artikel niet gedaan te hebben, gezien de summiere uitleg die hij gaf. Een algeheel onderzoek naar de wenselijkheid en noodzaak van de bevoegdheid ontbreekt tot dusver. Dat is dan ook wat ik in deze scriptie zal doen.

1.3. Hoofdvraag en deelvragen

Met het oog op al het bovenstaande luidt de onderzoeksvraag voor deze scriptie:

“Is de toekenning van enquêtebevoegdheid aan de curator wenselijk en nodig geweest?”

Om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden zal ik de volgende deelvragen beantwoorden:

1. Wat was de reden om de curator destijds enquêtebevoegdheid te geven?
2. Is de taak van de curator te rijmen met het doel en de aard van de enquêteprocedure?

⁸ o.a. Maeijer in zijn noot in HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234 (Ogem) ; Spruitenburg 2022, par. 11.4.2.

⁹ Wesseling-van Gent 2006, p. 343.

¹⁰ Schimmelpenninck 2008, par. 5.

¹¹ Veenstra OR 2013/108, par. 3.

¹² Lafarre, Schippers, van den Bosch, Van der Elst, van der Sangen, G.J.H. (2018) *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk* (WODC-rapport 2791), Tilburg University, Departement Business Law, p. 129.

¹³ Duynstee, Verwey 2015, par. 4.6.

3. Wat is het belang en de meerwaarde van de enquêteprocedure voor de curator?
4. Zijn er gegronde bezwaren voor het gebruik van de bevoegdheid en stuit het gebruik op problemen?

1.4. Doel van het onderzoek en methodologie

Het doel van het onderzoek is de enquêtebevoegdheid van de curator ex artikel 2:346 lid 3 BW grondig te toetsen. Het onderzoek geeft de lezer hierin inzicht door middel van een grondige analyse van de wetsgeschiedenis, literatuur en jurisprudentie. Derhalve is tevens het doel van dit onderzoek om bij te dragen aan de rechtszekerheid door duidelijkheid te verschaffen over het gebruik van de enquêtebevoegdheid door een curator in een faillissement.

Om dit doel te bereiken zal ik gebruikmaken van traditioneel-juridische onderzoeksmethoden. Derhalve zal ik mij richten tot wet, jurisprudentie en literatuur. Eveneens zal wetshistorisch onderzoek worden verricht teneinde de ratio van artikel 2:346 lid 3 BW te achterhalen. Tevens zal ik voor het onderzoek gebruik maken van een rechtsvergelijking met het Curaçaose enquêterecht. Interessant is namelijk dat Curaçao op 1 januari 2012 ervoor heeft gekozen een volwaardig enquêterecht in te voeren dat op enkele verschillen na inhoudelijk gelijklopend is aan de enquêteregeling van Nederland. Hierbij is gekozen de enquêtebevoegdheid van de curator over te nemen in artikel 2:272 lid 2 Curaçaose Burgerlijk Wetboek (CBW). Dat is interessant nu de bevoegdheid dus vergeleken kan worden met een ander rechtstelsel wat wellicht leidt tot nieuwe inzichten.

1.5. Leeswijzer

In het eerste inhoudelijke hoofdstuk, hoofdstuk 2, ga ik op zoek naar de achterliggende gedachte van artikel 2:346 lid 3 BW. Dat doe ik door de wets- en jurisprudentiehistorie te onderzoeken om zo de ratio en het doel van de invoering van de bevoegdheid te achterhalen. Tevens bespreek ik hier tot wat het enquêterecht zoals dit hedendaags geldt zich heeft ontwikkeld. De huidige doeleinden en aard van het enquêterecht worden besproken.

In hoofdstuk 3 ga ik in op wat de taak van de curator precies inhoudt. Dat wordt gedaan aan de hand van literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Aan de hand daarvan bespreek ik of de taak van de curator rijmt met het doel en de aard van de enquêteprocedure. Hierbij besteed ik tevens aandacht aan de enquêteregeling van Curaçao.

Hoofdstuk 4 gaat over het belang en de meerwaarde van de enquêteprocedure voor de curator. Ik bespreek hierbij het belang van het onderzoek, de voorzieningen ex artikel 2:249a lid 2 BW, 2:356 BW en van het verzoek ex artikel 2:354 BW. Bovendien onderzoek ik de verhouding tussen de vaststelling van wanbeleid en aansprakelijkheid. De meerwaarde onderzoek ik door eventuele alternatieven voor dit alles in de Faillissementswet te analyseren. Wederom wordt tevens gekeken naar de Curaçaose enquêteregeling op dit punt.

In hoofdstuk 5 bespreek ik de bezwaren en problemen bij het gebruik van de enquêtebevoegdheid door een curator. Fishing expeditions en het kostenplaatje van een enquêteprocedure komen aan bod. Ik onderzoek of de bezwaren gegrond zijn en kom zo nodig met oplossingen hiervoor.

Hoofdstuk 6 bevat een recapitulatie van al het voorgaande. Naar aanleiding hiervan beantwoord ik de hoofdvraag van deze scriptie.

Hoofdstuk 2: De geschiedenis van artikel 2:346 lid 3 BW en ontwikkeling van de enquêteprocedure

2.1. Het enquêterecht voor 2013

Ter beantwoording van de eerste deelvraag is het van belang in de geschiedenis van artikel 2:346 lid 3 BW te duiken. Enkel op die manier kan vastgesteld worden wat het idee achter de invoering van het artikel is geweest.

Hierbij is van belang reeds op te merken dat juist één van de bezwaren tegen de invoering van artikel 2:346 lid 3 BW is dat de minister, zoals benoemd in de inleiding, vrijwel geen toelichting heeft gegeven over de reden van de bevoegdheidsverlening. Dat leidt ertoe dat het nodig is verder terug te kijken in de geschiedenis van het enquêterecht en een analyse te maken van de ontwikkelingen gedurende die periode. Op die manier kan een beeld worden gevormd omtrent de gedachtegang die heeft geleid tot invoering van het artikel.

Hoewel nog vrij summier, werd het enquêterecht in 1928 in het Wetboek van Koophandel ingevoerd.¹⁴ Dit enquêterecht behelsde nog enkel een onderzoek dat door de rechtbank kon worden bevolen op verzoek van aandeelhouders die gezamenlijk een belang van 20% van het geplaatste kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigden.¹⁵ Bij gegronde redenen om aan een juist beleid en een goede gang van zaken te twijfelen kon dit onderzoek worden gelast. Hierbij konden geen voorzieningen worden getroffen.

Blijkens de toelichting op art. 52d oud Wetboek van Koophandel strekte dit artikel ertoe *“om in ons recht op te nemen eene instelling (...) waardoor, zonder dat van eenig besluit der algemeene vergadering sprake is, aan de houders van een zeker bedrag aan aandelen de bevoegdheid wordt toegekend om een onderzoek naar den gang van zaken in de maatschappij en naar het beleid van het bestuur aan te vragen.”*¹⁶ Hieruit valt af te leiden dat centraal stond het doel bescherming van minderheidsaandeelhouders tegen een gebrek aan openheid en een onjuiste gang van zaken.

Na de invoering van het enquêterecht groeide de Nederlandse economie enorm en op haar beurt de vennootschappen. Dit had consequenties voor de machtsverhoudingen binnen vennootschappen. De hechte band tussen aandeelhouders en bestuurders werd steeds minder hecht.¹⁷ De grootte van een vennootschap was tevens bepalend voor het beleid van die vennootschappen. Bij grotere vennootschappen wordt namelijk steeds meer gestreefd naar continuïteit en uitbouw van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Minder centraal stond dus nog het aandeelhoudersbelang.

Door de afstand tussen aandeelhouders en het bestuur verkreeg het bestuur een steeds grotere kennisvoorsprong op de aandeelhouders. Minder korte lijnen met het bestuur leidde ertoe dat het voor de aandeelhouders lastiger werd in te grijpen bij het bestuur.

¹⁴ Wet van 2 juli 1928, tot wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus (Stb. 1928, 216).

¹⁵ Veenstra 2010, par 2.2.5.

¹⁶ Veenstra 2010, par 2.2.3.

¹⁷ Veenstra 2010, par 2.3.1.

Dat het enquêterecht in 1971 werd herzien en al steeds meer kwam te lijken op het huidige enquêterecht, is dan ook niet onlogisch.¹⁸ Na voorstellen van de Commissie Verdam werd het enquêterecht van toepassing op alle naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen en coöperaties. Dat was teneinde de effectiviteit ervan te vergroten en het recht beter toepasselijk te maken. Ook werd de toegang tot de enquêteprocedure uitgebreid.¹⁹ Zo werden certificaathouders, vakbonden en de procureur-generaal bij het gerechtshof Amsterdam enquêtebevoegd en werd de toegangsdrempel voor aandeelhouders verlaagd. Tevens werd de Ondernemingskamer de bevoegde rechter in enquêteprocedures.

In 1971 zagen de twee fases van de procedure zoals het enquêterecht die tegenwoordig kent het licht. Sindsdien kon de Ondernemingskamer eerst een oordeel vellen over het beleid van de vennootschap, daarna eventueel wanbeleid vaststellen en – wellicht de belangrijkste wijziging - in deze laatste fase voorzieningen treffen om zo in te grijpen in de gang van zaken bij een vennootschap.²⁰

Uit de memorie van toelichting bij deze herziening volgt dat een zelfstandig bestuur met een grote mate van vrijheid noodzakelijk werd geacht. Dat sluit aan bij de ontwikkelingen in de verhoudingen binnen vennootschappen. Deze zelfstandigheid vereiste wel een hoge mate van verantwoordelijkheidsgevoel, zo gaf de minister aan. Wanneer twijfel aan het beleid in een onderneming ontstaat, moet de mogelijkheid tot opening van zaken bestaan.²¹ Bescherming tegen een gebrek aan openheid en onbevredigende gang van zaken bleef dus nog steeds het doel van de enquêteprocedure en de wijzigingen vormden extra instrumenten om dat doel te dienen nu hieraan steeds meer behoefte kwam.

Tevens merkte de minister op dat de wetgever er in 1928 vanuit is gegaan dat de enquête, naast de preventieve werking die de mogelijkheid tot het instellen van een onderzoek heeft, op zichzelf een zuiverende werking zou hebben. De rechter zou voorzieningen moeten kunnen kiezen die tot herstel van de gezonde verhoudingen kunnen bijdragen.²² De parlementaire geschiedenis van het enquêterecht tot 1990 maakt dus duidelijk dat het idee achter de enquêteprocedure was het tegengaan van een gebrek aan openheid en onbevredigende gang van zaken bij een vennootschap door gezonde verhoudingen binnen een vennootschap te herstellen. Nergens in deze parlementaire geschiedenis wordt gerept over failliete vennootschappen. De wetgever had hierbij dus enkel oog op vennootschappen die na sanering en herstel van gezonde verhoudingen weer gezond kunnen verdergaan.

Het is de Hoge Raad die in 1990 het toepassingsgebied van het enquêterecht heeft uitgebreid. In Hoge Raad Ogem bepaalde hij namelijk dat de wetgever als doeleinden van het enquêterecht niet slechts heeft beschouwd de sanering en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve

¹⁸ Ingevoerd in: *Kamerstukken II*, 1969/70, 9596, nr. 8.

¹⁹ Bergsma, *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 39/5, blz. 176.

²⁰ Veenstra 2010, par 2.3.6.

²¹ *Kamerstukken II*, 1967/68, 9596, nr. 3, p. 4.

²² *Kamerstukken II*, 1967/68, 9596, nr. 3, p. 5.

werking zou kunnen uitgaan.²³ Duidelijk werd toen dat een onderzoek tevens gelast kan worden bij een failliete vennootschap.

In 1994 werd de invloed die de Ondernemingskamer binnen een vennootschap kan uitoefenen verder vergroot. Met de wijziging van het enquêterecht in 1994 kreeg de Ondernemingskamer namelijk de bevoegdheid onmiddellijke voorzieningen te treffen. Ingevolge art. 2:349a lid 2 BW werd de Ondernemingskamer bevoegd in elke stand van het geding onmiddellijke voorzieningen te treffen. Dat leidde ertoe dat er sindsdien veelvuldig van de enquêteprocedure gebruik wordt gemaakt.²⁴

Dit alles betekende echter nog altijd niet dat de curator bevoegd was tot het verzoeken van een enquête. Sterker nog, de Hoge Raad bepaalde in 2002 dat de bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek alleen toekomt aan degenen aan wie deze bevoegdheid in de wet is verleend.²⁵

2.2. Wet aanpassing enquêterecht 2013

In 2008 werd het enquêterecht uitgebreid geëvalueerd. Voordat deze evaluatie plaatsvond vonden rondetafelgesprekken plaats met experts. Hieruit volgde, samengevat, dat de deelnemers veel waardering hebben voor het instrument van het enquêterecht en de werkzaamheden van de Ondernemingskamer en dat een ingrijpende wijziging van de procedure niet als noodzakelijk werd gezien.²⁶ Wel werd een verbetering van de procedure op onderdelen bepleit waaronder dat de toegang tot de procedure moest worden gezien.

Hierop volgend zijn in februari 2009 de resultaten van het empirisch onderzoek ter evaluatie van het enquêterecht aangeboden aan de Tweede Kamer waarbij 1734 uitspraken over de periode van 1971-2007 zijn geanalyseerd.²⁷ De bevindingen hier waren dat enquêteprocedures vooral waren ingesteld door kapitaalverschaffers en dat er weinig verzoeken tot wanbeleid werden gedaan. In tegenstelling tot verzoeken tot het vaststellen van wanbeleid werd er vooral verzocht om onmiddellijke voorzieningen.²⁸

Op 27 september 2011 is naar aanleiding van de evaluatie een wetsvoorstel tot aanpassing van het enquêterecht bekend gemaakt.²⁹ Na verschillende wijzigingen heeft dit voorstel uiteindelijk geleid tot de Wet aanpassing enquêterecht die op 1 januari 2013 in werking trad.³⁰ Zulks hield wijzigingen in met betrekking tot de ontvankelijkheidscriteria, het treffen van onmiddellijke voorzieningen, de waarborgen ten aanzien van het onderzoek, het indienen van verweerschriften en de kosten van het verweer. Met deze Wet aanpassing enquêterecht is artikel 2:346 lid 3 BW ingevoerd en heeft de curator zijn enquêtebevoegdheid verkregen.

Over de reden voor het toekennen van enquêtebevoegdheid aan de curator was de minister kort: *“De achterliggende gedachte is dat ook de curator er belang bij kan hebben dat wordt vastgesteld of*

²³ HR 10 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234 (Ogem).

²⁴ Olden, *Ondernemingsrecht* 2003/15, p. 9.

²⁵ HR 1 februari 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD8831 (De Vries Robbé).

²⁶ *Kamerstukken II*, 2008/9, 29 752, nr. 8, p. 5.

²⁷ *Kamerstukken II*, 2008/9, 29 752, nr. 8, p. 2.

²⁸ *Kamerstukken II*, 2008/9, 29 752, nr. 8, p. 2, 3, 4.

²⁹ *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 887, nr. 2.

³⁰ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 887, nr. 7.

*voorafgaand aan het faillissement wanbeleid heeft plaatsgevonden. De bevoegdheid van de curator laat de bevoegdheid van het bestuur onverlet.*³¹

Het enige wat de minister er verder over heeft uitgelaten is dat in zo'n geval het enquêteverzoek niet primair ingegeven wordt door de wens tot sanering en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard, maar door de wens tot opening van zaken en vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid rust voor mogelijk wanbeleid.³² Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de toepassing van artikel 2:349 BW niet zinvol werd geacht.³³ De curator is immers bezig met de vereffening van de boedel en doet het verzoek in het kader daarvan, het bestuur en de raad van commissarissen zijn dan niet meer in de gelegenheid de bezwaren te onderzoeken en maatregelen te nemen.

De minister heeft zich met de invoering van artikel 2:346 lid 3 BW gebaseerd op een advies van de Commissie Vennootschapsrecht. Met de toelichting van de Commissie Vennootschapsrecht krijgt men echter tevens geen beter inzicht in de vraag of het nodig dan wel wenselijk was dat de curator enquêtebevoegdheid verleend heeft gekregen. Zo schreef de commissie, net als de minister, enkel dat de curator er baat bij kan hebben om vast te laten stellen of er wanbeleid heeft plaatsgevonden.³⁴

Kortom, nergens is ingegaan op de vraag of het nodig dan wel wenselijk is dat de curator enquêtegerechtigd werd. Opmerkelijk is in ieder geval dat de minister als reden geeft dat de curator belang kan hebben bij de vaststelling van wanbeleid. Dat rijmt niet helemaal met het feit dat – zoals reeds benoemd – uit de evaluatie van het enquêterecht nu juist volgde dat in verhouding bij vennootschappen weinig om de vaststelling van wanbeleid werd verzocht.

2.3. Achterliggende gedachte verlening enquêtebevoegdheid

Nu de uitleg achter de invoering van artikel 2:346 lid 3 BW erg summier is, zal de gedachtegang hierbij achterhaald moeten worden. Dit valt te beredeneren met de besproken ontwikkelingen vanaf 1928 tot 2013 en door te kijken of er geen alternatieve routes bestonden voor de curator om een enquêteverzoek in te dienen.

Uit paragraaf 2.1 valt te concluderen dat gedurende de twintigste eeuw vennootschappen steeds groter werden en de macht van de aandeelhouders steeds meer naar een zelfstandig bestuur verschoof. Hierdoor ontstond een informatie kloof tussen het bestuur en de aandeelhouders waardoor behoefte ontstond aan bescherming tegen een gebrek aan openheid en een onbevredigend beleid. Om gezonde verhoudingen te kunnen herstellen in een vennootschap werden de bevoegdheden van de Ondernemingskamer gedurende de jaren dan ook steeds verder uitgebreid. Bovendien vergrootte de Hoge Raad het toepassingsgebied van het enquêterecht door duidelijk te maken dat een onderzoek tevens gelast kan worden bij een failliete vennootschap.³⁵

Hieruit kan men afleiden dat de groei die de economie en dus tevens vennootschappen doormaken hand in hand gaat met de groter wordende behoefte aan openheid van zaken en grip op een juist beleid. In die lijn is voor te stellen dat de minister in 2013 de enquêtebevoegdheid van de curator als

³¹ *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 887, nr. 3, p. 29.

³² *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 887, nr 3, p. 1.

³³ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 887, nr. 7, p. 3.

³⁴ Commissie Vennootschapsrecht, Advies van 19 oktober 2010, p. 2.

³⁵ HR 10 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234 (Ogem).

een instrument zag dat voor nog meer openheid van zaken en meer aanpak van een onbevredigend gevoerd beleid bij failliete vennootschappen zou zorgen. Dat die behoefte juist ten aanzien van failliete vennootschappen groeide is logisch. In 2011, 2012 en 2013 ging het namelijk alsmat slechter met ondernemingen en nam het aantal faillissementen gestaag toe.³⁶

In dat kader rijst tevens de vraag of er geen alternatieven waren voor de curator om toch een enquêteverzoek in te kunnen dienen. Als het antwoord ontkennend luidt zou wellicht een eventuele noodzaak van de minister om de curator enquêtebevoegd te maken begrepen kunnen worden. Hierbij zal ik kijken of de curator niet reeds via de rechtspersoon, als aandeelhouder of als belanghebbende zijn toegang tot de enquêteprocedure kon vinden.

Voor de Wet aanpassing enquêterecht was de rechtspersoon nog niet opgenomen in artikel 2:346 BW. In combinatie met het reeds aangehaalde arrest De Vries Robbé betekende dit dat voor 2013 aan de rechtspersoon geen enquêtebevoegdheid toekwam en deze route dus sowieso geen soelaas bood voor de curator. Met de Wet aanpassing enquêterecht verkreeg de rechtspersoon wel deze enquêtebevoegdheid.³⁷ Was dit dan niet voldoende? Het antwoord op deze vraag is nee. Een enquêteverzoek door de rechtspersoon wordt gedaan door een bestuurder of de raad van commissarissen.³⁸ In een faillissement heeft de curator het beheer en de beschikking over het vermogen van de vennootschap om de failliete boedel te beheren en te vereffenen. Hij verkrijgt niet zomaar bevoegdheden van organen binnen de vennootschap.³⁹ De organen van een vennootschap houden in beginsel hun vennootschapsrechtelijke bevoegdheden. Hetgeen dus tevens geldt voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur.⁴⁰ De curator wordt door zijn aanstelling geen orgaan van de vennootschap en kan niet aangemerkt worden als bestuurder.⁴¹ Aan deze positie kan de curator dus niet de vennootschapsrechtelijke bevoegdheid tot het indienen van een enquêteverzoek bij de Ondernemingskamer ontlenu.

De curator was wel reeds bevoegd een enquête in te stellen bij de dochtervennootschap van de vennootschap waarvan hij curator is. De Hoge Raad bepaalde namelijk dat een dergelijk verzoek een daad van beheer met betrekking tot een vermogensbestanddeel van de failliete boedel is en dus onder de taakomschrijving van artikel 68 Fw valt.⁴² Dit is logisch nu de aandelen in de dochtervennootschap voor de failliete moedervennootschap een bestanddeel in het vermogen vormen. Hierbij heeft de Hoge Raad wel een kanttekening geplaatst. De curator is namelijk enkel bevoegd de aan de aandelen in de failliete vennootschap verbonden rechten uit te voeren voor zover dat past bij een goed beheer van de boedel en daarmee vermogensrechtelijke belangen van de boedel worden gediend.⁴³ Voor te stellen is uiteraard dat de curator een vermogensrechtelijk belang van de boedel dient door een onjuiste gang van zaken te herstellen in de vennootschap waarvan de aandelen in de boedel vallen.

³⁶ Centraal Bureau voor de Statistiek, 'De Nederlandse economie 2011' p. 137; Centraal Bureau voor de Statistiek, 'Nederland in 2012', p. 44; Centraal Bureau voor de Statistiek, 'De Nederlandse economie 2013', p. 134.

³⁷ *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 887, nr. 2.

³⁸ Artikel 2:346 lid 2 BW.

³⁹ Artikel 23 jo. 68 Fw.

⁴⁰ *Spruitenburg* 2018, par. 3.1.7.

⁴¹ Hof Amsterdam 25 februari 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AC6827.

⁴² HR 19 mei 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AD3053 (De Haan Beheer I).

⁴³ HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1117 (Pannevis/Air Holland).

Immers, de boedel heeft er een financieel belang bij dat het goed gaat met die vennootschap. Echter, de curator als aandeelhouder faciliteert enkel een enquêtebevoegdheid voor de curator in de dochtervennootschap van de failliete vennootschap. Ook via deze route was het voor een curator niet mogelijk een enquêteverzoek in te dienen ten aanzien van de vennootschap in wiens faillissement hij was aangesteld.

Dan resteert de route van belanghebbende. De enquêteprocedure is een verzoekschriftprocedure als bedoeld in de artikelen 261 tot en met 291 Rv. De verzoekschriftprocedure kent naast de verzoekers tevens belanghebbenden, waarmee een potentiële tegenpartij van de verzoeker wordt bedoeld.⁴⁴ Door de kwalificatie als belanghebbende kan een belanghebbende toch bij de procedure betrokken worden ondanks dat hij het verzoek niet heeft ingediend en komen hem verschillende rechten toe. De vraag rijst aldus of de curator aan de kwalificatie ‘belanghebbende’ toch enquêtebevoegdheid had kunnen ontlenuen.

Wie in een verzoekschriftprocedure als belanghebbende wordt aangemerkt moet worden afgeleid uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen.⁴⁵ Bij een vennootschap zijn dit in ieder geval de aandeelhouders, certificaathouders, bestuurders en commissarissen en indien de vennootschap waarop het verzoek betrekking heeft failliet is tevens de curator.⁴⁶ Een belanghebbende kan op grond van artikel 282 lid 4 Rv een zelfstandig verzoek in een verweerschrift doen. Dat verzoek dient dan wel betrekking te hebben op het onderwerp van het oorspronkelijke verzoek.⁴⁷ Nu dit vereiste ruim wordt uitgelegd en verder enkel vooral van belang is dat het verzoek tot de bevoegdheid van de Ondernemingskamer hoort, bestaat hier een behoorlijke vrijheid voor de curator in het doen van verzoeken.⁴⁸ Zo kan een belanghebbende zelfs een verzoek doen tot het treffen van onmiddellijke voorzieningen.⁴⁹ Echter, indien de belanghebbende niet enquêtegerechtigd is op grond van artikel 2:346 BW kan deze in zijn verweerschrift niet verzoeken om een enquête. Zo ver gaat de mogelijkheid tot het doen van een verzoek niet.⁵⁰ Dat betekent dat ook het zijn van belanghebbende in de enquêteprocedure niet hetzelfde resultaat biedt als het zijn van enquêtegerechtigde in artikel 2:346 BW.

Voor het indienen van een enquêteverzoek bij de failliete vennootschap was de curator dus volledig afhankelijk van anderen. Hij kon wel andere enquêtegerechtigden aansporen een verzoek in te dienen en op grond van artikel 2:346 lid 1 onder e BW kon hij bij overeenkomst met de rechtspersoon de enquêtebevoegdheid verkrijgen. Dat is namelijk ook mogelijk na faillissement doordat het bestuur bevoegd blijft een failliete vennootschap te vertegenwoordigen. Het verlenen van de enquêtebevoegdheid is een vennootschapsrechtelijke bevoegdheid die voorbehouden blijft aan het bestuur.⁵¹ Het beheer en de beschikking over het vermogen door de curator strekt zich hier niet over uit. Maar hoe je het ook wendt of keert, er was geen mogelijkheid voor de curator zelf een enquêteverzoek in te dienen.

⁴⁴ van Mierlo, 2021.

⁴⁵ HR 25 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0387 (Leonhard Woltjer Stichting).

⁴⁶ Blok en Makkink 2022, par. 16.2.2.

⁴⁷ *Kamerstukken II* 1963/64, 7753, 3, p. 7.

⁴⁸ Blok en Makkink 2022, par. 16.4.2.

⁴⁹ HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1056 (e-Traction).

⁵⁰ OK 4 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2716 (De Gelderhorst).

⁵¹ Spruitenburg 2018, 3.1.7.

2.4. De doeleinden en aard van de enquêteprocedure tegenwoordig

Tot wat voor een procedure heeft de enquêteprocedure zich met al het voorgaande dan ontwikkeld? Welke doelen worden hierbinnen nagestreefd en wat is de aard van de procedure? Dit is van wezenlijk belang om te oordelen of de bevoegdheid van artikel 2:346 lid 3 BW in de enquêteprocedure past.

Gedurende de geschiedenis van het enquêterecht is de doelstelling van de procedure steeds geweest: bescherming tegen een gebrek aan openheid en een onbevredigende gang van zaken bij een vennootschap door gezonde verhoudingen binnen de vennootschap te herstellen. Dat bracht ik naar voren in dit hoofdstuk. De Hoge Raad voegde hier in 1990 aan toe dat de wetgever als doeleinden tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid heeft bedoeld, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan.⁵² Dat het doel van de enquêteprocedure het geven van openheid van zaken én het vaststellen wie voor eventueel wanbeleid verantwoordelijk is behelst, heeft de Hoge Raad later nogmaals bevestigd. In KPNQwest maakte hij duidelijk vast te houden aan de doeleinden van het enquêterecht zoals in de Ogem-beschikking opgeschreven.⁵³

Willems geeft aan dat er een verschil zit tussen het doel en de strekking van het enquêterecht.⁵⁴ Met het formuleren van een doelstelling zegt men wat men met de enquêteprocedure wil bereiken. De strekking van het enquêterecht daarentegen, heeft betrekking op de ratio daarachter. Zijns inziens is de strekking van het enquêterecht dan het mogelijk maken dat betrokkenen bij een vennootschap schending van hun belangen aan de orde kunnen stellen. De strekking van het enquêterecht naast de doeleinden ervan in beschouwing nemen leidt tot een zorgvuldige manier van recht doen aan de belangen, zo meent hij. De doelstellingen van de enquêteprocedure moet men verder namelijk zien in het licht van de belangen die het enquêterecht beoogt te beschermen.⁵⁵ Uit de wetsgeschiedenis zoals uitgewerkt in dit hoofdstuk volgde dat beoogd wordt beschermd te worden kapitaalverschaffers, werknemers en later de vennootschap zelf. Zij staan in de doelstellingen centraal.

Hermans onderscheidt hierbij drie typen van enquêtes.⁵⁶ De curatieve enquête richt zich op de sanering en het herstel van de gezonde verhoudingen binnen de vennootschap en haar onderneming door het treffen van maatregelen van reorganisatorische aard. In de antagonistische enquête gaat het niet om het belang van de vennootschap en een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken, maar om de belangen van de betrokken partijen en om het treffen van onmiddellijke voorzieningen. Tot slot onderscheidt Hermans de inquisitoire enquête, die is gericht op het bieden van openheid van zaken en het vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid ligt voor het mogelijk blijkend wanbeleid. Logischerwijs zal het bij de curator gaan om de inquisitoire enquête.

De Hoge Raad heeft in de beschikking Unilever de doeleinden verder afgebakend. Hij oordeelde dat tot de doeleinden van het enquêterecht niet behoort de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard, noch het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond van dergelijke geschillen.⁵⁷ Dit is enkel anders wanneer sprake is van een geschil van vermogensrechtelijke aard dat

⁵² HR 10 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234 (Ogem).

⁵³ HR 26 juni 2009, JOR 2009/192, m.nt. J.J.M. van Mierlo.

⁵⁴ Willems 2016, p. 221.

⁵⁵ Spruitenburg 2018, par. 2.3.

⁵⁶ Hermans 2017, par. 1.3.

⁵⁷ HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465 (Unilever).

doorwerkt binnen de vennootschapsrechtelijke verhoudingen en de doeleinden van de enquêteprocedure toch kunnen worden gediend.⁵⁸

Nu duidelijk is wat tot de doeleinden en de strekking van de enquêteprocedure behoort, is van belang vast te stellen wat de precieze aard van de procedure is. Zoals in dit hoofdstuk is aangestipt, is de enquêteprocedure een verzoekschriftprocedure waar onder meer de artikelen 261 tot en met 291 Rv op van toepassing zijn. Verder kent zij twee fasen die afzonderlijke procedures zijn. De eerste fase heeft betrekking op de procedure tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon.⁵⁹ De tweede fase is toegespitst op het vaststellen van wanbeleid en tot het treffen van definitieve voorzieningen.⁶⁰ De enquêteprocedure kent één instantie, de Ondernemingskamer, waarbij het onderzoek de kern vormt. Door de bijzondere aard van de procedure gelden er afwijkende bewijsregels. Zo is er bijvoorbeeld geen ruimte voor een deskundigenbericht als bedoeld in artikel 194 Rv of voor een voorlopig getuigenverhoor als bedoeld in artikel 186 Rv.⁶¹

In 2011 introduceerde de Ondernemingskamer *“Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers in enquêteprocedures”*. In 2019 heeft zij de aandachtspunten vervangen en een *“Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures”* gepubliceerd.⁶² Hieruit volgt dat onderzoekers in hun taak veel vrijheid toekomt. Zo mag een onderzoeker aandacht besteden aan feiten die zich hebben voorgedaan na de datum van het enquêteverzoek, is hij gerechtigd om alle boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon te raadplegen en zijn de bij de rechtspersoon betrokken personen ook verplicht alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek.⁶³ De onderzoeker is vrij in de inrichting van het onderzoek en zijn verslag. Zo heeft hij ook veel vrijheid in het inrichten van de hoor en wederhoor in het onderzoek. Er is enkel bepaald dat hij verklaringen van door hem gehoorde personen vastlegt en de gehoorde persoon binnen een door hem te stellen redelijke termijn gelegenheid biedt over de inhoud van die vastlegging opmerkingen te maken. Indien de gehoorde persoon zodanige opmerkingen maakt, is het aan de onderzoeker om te bepalen of en in hoeverre hij deze in de vastlegging verwerkt.⁶⁴ De onderzoeker dient in zijn verslag in elk geval melding te maken van het feit dat de gehoorde persoon opmerkingen over de vastlegging heeft gemaakt.

De mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs in de tweede fase van de procedure bestaat voor bestuurders en commissarissen niet, maar zij moeten in ieder geval in de gelegenheid worden gesteld opmerkingen te maken bij het verslag van de onderzoekers ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben.⁶⁵ Het is wel dit onderzoeksverslag dat de grondslag vormt voor beslissingen op een verzoek tot vaststelling van wanbeleid en/of van de verantwoordelijkheid

⁵⁸ Veenstra 2014, par. 1.11.1.

⁵⁹ art. 2:344-2:353 BW.

⁶⁰ art. 2:355-2:358 BW.

⁶¹ Artikel 284 Rv en HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010 (Laurus), r.o. 3.9.

⁶² Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures vastgesteld door de Ondernemingskamer op 9 juli 2019.

⁶³ Artikel 2:351 lid 1 BW; 2:352a BW.

⁶⁴ Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures vastgesteld door de Ondernemingskamer op 9 juli 2019, p. 10.

⁶⁵ HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010 (Laurus).

daarvoor.⁶⁶ Gerechtvaardigd is dus de stelling dat de enquêteprocedure in zijn aard een procedure is met minder waarborgen voor zijn onderzochte vennootschappen en personen.

2.5. Tussenconclusie

Wat was nu destijds de reden om de curator de enquêtebevoegdheid te verlenen? Gedurende de twintigste eeuw werden vennootschappen steeds groter en de macht van de aandeelhouders verschoof steeds meer naar een zelfstandig bestuur. Hierdoor ontstond een informatiekloof tussen het bestuur en de aandeelhouders waardoor behoefte ontstond aan bescherming tegen een gebrek aan openheid en een onbevredigend beleid. Om gezonde verhoudingen te kunnen herstellen in een vennootschap werden de bevoegdheden van de Ondernemingskamer gedurende de jaren dan ook steeds verder uitgebreid. Bovendien vergrootte de Hoge Raad het toepassingsgebied van het enquêterecht door duidelijk te maken dat een onderzoek tevens gelast kan worden bij een failliete vennootschap.

Hieruit kan men afleiden dat de groei die de economie en dus tevens vennootschappen doormaken hand in hand gaat met de behoefte aan openheid van zaken en grip op een juist beleid. In die lijn is voor te stellen dat de minister in 2013 de enquêtebevoegdheid van de curator als een instrument zag dat voor nog meer openheid van zaken en meer aanpak van een onbevredigend gevoerd beleid bij failliete vennootschappen zou zorgen. Dat die behoefte juist ten aanzien van failliete vennootschappen groeide is logisch. In 2011, 2012 en 2013 ging het namelijk alsmar slechter met ondernemingen en nam het aantal faillissementen gestaag toe.

Bovendien waren er geen alternatieven voor de curator om toch een enquêteverzoek in te kunnen dienen. Met de Wet aanpassing enquêterecht verkreeg de rechtspersoon wel enquêtebevoegdheid, maar de curator verkrijgt met zijn aanstelling niet zo maar bevoegdheden van organen binnen de vennootschap. Dat geldt dus evenzo voor de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur. De curator was wel reeds bevoegd een enquête in te stellen bij de dochtervennootschap van de vennootschap waarvan hij curator is, maar dat is nog steeds niet een enquêteverzoek ten aanzien van de vennootschap in wiens faillissement hij was aangesteld. De curator kan wel worden aangemerkt als belanghebbende in de procedure en op grond van artikel 282 lid 4 Rv een zelfstandig verzoek in een verweerschrift doen. Dat verzoek kan echter niet een enquêteverzoek inhouden indien de belanghebbende niet enquêtegerechtigd is op grond van artikel 2:346 BW. De curator kon dus enkel anderen aansporen een verzoek in te dienen, of de enquêtebevoegdheid bij overeenkomst met de rechtspersoon op grond van artikel 2:346 lid 1 onder e BW verkrijgen. Om zijn beoogde doel te bereiken zal de minister het voorstel tot artikel 2:346 lid 3 BW dus noodzakelijk hebben geacht.

De enquêteprocedure en de achterliggende gedachte van artikel 2:346 lid 3 BW begrijpen, betekent alleen nog niet dat het verlenen van enquêtebevoegd aan de curator ook nodig en wenselijk is geweest. Dat is dan ook wat er in de rest van deze scriptie onderzocht zal worden.

⁶⁶ Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures vastgesteld door de Ondernemingskamer op 9 juli 2019, p. 12; 2:355 BW.

Hoofdstuk 3: De taak van de curator versus het doel en de aard van de enquêteprocedure

3.1. De taak van de curator

In de literatuur is veel discussie ontstaan over de enquêtebevoegdheid van de curator. Zo betoogt Veenstra bijvoorbeeld dat het toekennen van enquêtebevoegdheid aan de curator niet te rijmen is met de doelstellingen van het enquêterecht.⁶⁷ Spruitenburg betoogt juist dat de kerntaak van de curator op zichzelf niet onverenigbaar is met de doeleinden van het enquêterecht.⁶⁸ Verder is in de literatuur kritiek ontstaan op de verhouding tussen de inquisitoire enquête die de curator gebruikt gezien zijn taak en de aard van het enquêterecht dat weinig waarborgen voor de aangesprokenen zou hebben.⁶⁹ De vraag rijst dus of de taak van de curator nu te rijmen is met het doel en de aard van de enquêteprocedure. In het vorige hoofdstuk zijn de doeleinden en de aard van de tegenwoordige enquêteprocedure vastgesteld. In dit hoofdstuk resteert dus het helder krijgen van de inhoud van de taak van de curator en deze te vergelijken met de vastgestelde doeleinden en aard van de enquêteprocedure.

3.1.1. De kerntaak

De kerntaak van de curator is op grond van artikel 68 Faillissementswet (Fw) het beheer en de vereffening van de failliete boedel.⁷⁰ Hierbij dient hij niet enkel het vermogen van de failliet te beheren, maar dit vermogen ook zo nodig te reconstrueren.⁷¹ Dit reconstrueren houdt in dat de curator vermogen dat onterecht uit de boedel is verdwenen weer terug in de boedel brengt. De Faillissementswet reikt hem hiervoor verschillende instrumenten aan, maar dat zal uitvoerig worden besproken in het volgende hoofdstuk.

Sinds de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator 2017 dient de curator in ieder geval bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel te bezien of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement hebben veroorzaakt, de vereffening van de boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot.⁷² Te denken valt aan het ontbreken van een adequate administratie, paulianeuze handelingen en kennelijk onbehoorlijk bestuur.⁷³ Het gaat ook om onregelmatigheden die een civielrechtelijk bestuursverbod kunnen rechtvaardigen.⁷⁴ Dit onderzoek noemt men het oorzakenonderzoek.

Artikel 68 lid 2 Fw maakt duidelijk dat de soort onregelmatigheden waarnaar de curator onderzoek zou moeten doen wel beperkt is. Het gaat om onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt, de vereffening bemoeilijken of het faillissementstekort vergroten. Hierbij is het niet zo dat de curator tot uitvoerige onderzoeken wordt verplicht. Hij dient zich enkel af te vragen of de feiten en omstandigheden waarvan hij bij zijn beheer en vereffening toch al kennis neemt, gelden als

⁶⁷ Veenstra 2013, par. 9.2.2.

⁶⁸ Spruitenburg 2022, par. 11.4.3.

⁶⁹ o.a. Maeijer in zijn noten in HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234 (Ogem); Spruitenburg 2022, par. 11.4.2.

⁷⁰ Pannevis, 2022, p. 250.

⁷¹ Verstijlen 2021, art. 68 Fw aant. 4.

⁷² Artikel 68 lid 2 Fw.

⁷³ *Kamerstukken II 2014/15*, 34253, nr. 3, p. 13.

⁷⁴ *Kamerstukken II 2014/2015*, 34 253, nr. 3, p. 11 en 13.

zogenaamde onregelmatigheden.⁷⁵ Uit de memorie van toelichting bij het artikel volgt namelijk dat hiermee niet wordt getornd aan het oorzakenonderzoek van de curator en dat deze beperkt kan blijven tot een onderzoek bij het ontbreken van verhaalsmogelijkheden. Met dien verstande dat bij onregelmatigheden in ieder geval voldaan moet worden aan de informatieplicht jegens de rechter-commissaris.⁷⁶ Van belang is op te merken dat de onregelmatighedensignalerende taak nog altijd inherent is aan en in het verlengde ligt van de primaire taak om de belangen van de schuldeisers te behartigen.⁷⁷

Hoe de curator dit oorzakenonderzoek dient uit te voeren is niet vastgelegd. In de INSOLAD Praktijkregels voor curatoren is in artikel 5 enkel bepaald dat de wijze waarop de curator zijn onderzoek uitvoert kan verschillen maar hij in ieder geval hoor en wederhoor dient toe te passen.⁷⁸ Schimmelpenninck heeft in 2008 een protocol opgesteld dat hedendaags als richtinggevend voor het oorzakenonderzoek wordt gezien.⁷⁹ De curator dient met het onderzoek in elk geval drie fases te doorlopen. Als eerst dient hij de relevante feitelijke omstandigheden in de periode voorafgaand aan het faillissement vast te stellen. Vervolgens dient hij de verschillende oorzaken van het faillissement en hun onderlinge gewicht te beoordelen. Als laatste dient hij ieders bijdrage aan het ontstaan van het faillissement, de grondslag voor aansprakelijkheid, de kans van slagen van een procedure en de mogelijkheden van verhaal te beoordelen. Dat lijkt wellicht te stroken met de inquisitoire enquête.

Schimmelpenninck is hierbij van oordeel dat de curator dit onderzoek niet geheel moet uitbesteden aan een derde. Hij laat dan te veel van zijn verantwoordelijkheid met ingrijpende bevoegdheden (waarover meer in hoofdstuk 4) over aan een derde.⁸⁰ De curator dient regie te houden over het oorzakenonderzoek, zo meent hij.

De INSOLAD Praktijkregels hebben de taak van de curator nog verder ingekleurd. Goed curatorschap brengt volgens de praktijkregels mee dat de curator steeds nagaat of hij een vordering dient in te stellen tegen de (ex-)bestuurders en/of (ex)commissarissen van de gefailleerde rechtspersoon of tegen derden, in verband met het ontstaan van het faillissement.⁸¹ De curator dient slechts dan over te gaan tot het aansprakelijk stellen van bestuurders of commissarissen indien hij ervan overtuigd is dat zij onrechtmatig hebben gehandeld, hun taak niet naar behoren hebben vervuld dan wel dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Ook deze taak lijkt wellicht te stroken met de inquisitoire enquête.

3.1.2. Rekening houden met belangen

In deze paragraaf is het tevens van belang te onderzoeken met welke belangen de curator bij de uitoefening van zijn taak rekening dient te houden. Daaropvolgend kan ik immers vaststellen of de belangen die hij dient al dan wel of niet overeenkomen met de belangen die in de enquêteprocedure worden gediend. De doelstellingen van de enquêteprocedure moeten namelijk worden gezien in het licht van de belangen die het enquêterecht beoogt te beschermen, zoals in paragraaf 2.4. werd vastgesteld. Het vaststellen van de belangen waarmee de curator rekening dient te houden is dus

⁷⁵ Verstijlen 2021, art. 68 Fw aant. 4.

⁷⁶ *Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 13.*

⁷⁷ *Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3, p. 3.*

⁷⁸ INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren 2019.

⁷⁹ Schimmelpenninck, *Tvl* 2008/20.

⁸⁰ Schimmelpenninck, *Tvl* 2008/20, par. 5.

⁸¹ INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren artikel 5.1.

essentieel om adequaat te kunnen concluderen over de verenigbaar- dan wel onverenigbaarheid van de taak van de curator met de doelstellingen van de enquêteprocedure.

Al wat zijn taak behelst oefent de curator uit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Aangezien het doel van het faillissement ziet op het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, ligt de focus vooral op het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst en tegelijkertijd op het zo veel mogelijk beperken van de kosten.⁸² Dat deze belangen centraal staan binnen de taak van de curator is bijvoorbeeld te zien bij het onregelmatigheidensignalerende onderzoek. Expliciet benoemd daarbij is dat deze taak inherent is aan en in het verlengde van de primaire taak om de belangen van de schuldeisers te behartigen ligt.⁸³

Tegenwoordig bestaat discussie of de curator met meer belangen rekening dient te houden, zoals maatschappelijke belangen.⁸⁴ Uit de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis volgt in ieder geval dat de curator in ernstige gevallen rekening dient te houden met belangen van maatschappelijke aard zoals de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid, en dat het zijn voornaamste taak is om het faillissement zodanig af te wikkelen dat alle daarbij betrokken belangen overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak wordt behartigd.⁸⁵ Uit twee andere arresten van de Hoge Raad volgt verder dat deze zwaarwegende maatschappelijke belangen onder omstandigheden kunnen prevaleren boven de belangen van een individuele schuldeiser.⁸⁶ Belangen als continuïteit en behoud van werkgelegenheid lijken belangen die met een enquêteverzoek gediend zouden kunnen worden.

Wat de ‘belangen van maatschappelijke aard’ precies omvatten is niet geheel duidelijk. De Hoge Raad heeft enkel verwezen naar de belangen van de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid. Nu de Hoge Raad hierbij “zoals” vermeldde, lijkt deze opsomming in ieder geval niet limitatief. Wat wel duidelijk is, is dat de curator in zijn taakuitoefening een grote mate van beleidsvrijheid toekomt. Zo heeft de Hoge Raad bepaald dat de curator zich dient 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. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer of die afwikkeling uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt.⁸⁷

Over de uitleg van het ‘rekening houden met’ maatschappelijke belangen bestaat discussie. Aan de ene kant staat de uitleg dat curatoren alleen in gevallen waarin de maatschappelijke belangen niet strijdig zijn met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hiermee rekening moeten houden.⁸⁸ Aan de andere kant staat de interpretatie dat curatoren hun taak op een maatschappelijk

⁸² Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, 1 november 2021, p. 6.

⁸³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 3.

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld twee tegenpolen in: tegen: Pool, *Tvl* 2022/20 en voor: Eekelen-Atema, *Tvl* 2022/27.

⁸⁵ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (Sigmacon); *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 2-3.

⁸⁶ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, r.o. 3.5.2 (Maclou); HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, r.o. 3.5 (Curatoren Mobell/Interplan).

⁸⁷ HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (X./Gips).

⁸⁸ Zie bijvoorbeeld Vriesendorp, *Tvl* 2017/23, par. 6.

verantwoorde wijze moeten vervullen en hierbij meer gewicht moeten toekennen aan maatschappelijke belangen.⁸⁹

Mijns inziens is de eerste uitleg juist. Belangrijk om op te merken is namelijk dat uit de aangehaalde arresten Maclou en Mobell volgt dat maatschappelijke belangen onder omstandigheden kunnen prevaleren boven die van individuele schuldeisers. Nooit is door de Hoge Raad overwogen dat deze belangen kunnen prevaleren boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers. In deze arresten wordt tevens gesproken over ‘zwaarwegende’ maatschappelijke belangen. Dat suggereert dat de curator terughoudend moet omgaan met het opofferen van schuldeisersbelangen. Verder schrijven de INSOLAD Praktijkregels hierover voor dat de curator “*zich laat leiden door de belangen van de boedel en rekening houdt met belangen van maatschappelijke aard*”. Hieruit volgt dus dat de belangen van de boedel en dus de belangen van de schuldeisers leidend zijn en met maatschappelijke belangen rekening gehouden dient te worden. Rekening houden met is iets wezenlijks anders dan prevaleren.

Nu heeft de wetgever zoals genoemd in 2017 een stukje maatschappelijk belang in de taak van de curator ingebed door te bepalen dat de curator dient te kijken naar onregelmatigheden in het faillissement en deze zo nodig dient te melden aan de rechtercommissaris. De curator dient dus fraude op te sporen. Daarnaast rust tegenwoordig op de curator een verplichting tot naleving van regels die maatschappelijke belangen beogen te beschermen, zoals milieuwetgeving en privacywetgeving.⁹⁰ In de memorie van toelichting bij de Wet versterking positie curator is echter zelfs expliciet duidelijk gemaakt dat deze onregelmatighedensignalerende taak inherent is aan en in het verlengde van de primaire taak om de belangen van de schuldeisers te behartigen ligt.⁹¹ Het belang van de gezamenlijke schuldeisers staat dus nog altijd centraal. Bovendien ben ik met Bentfort van Valkenburg en van de Wiel van mening dat men op dient te passen dat de curator niet vooral een publiekrechtelijke figuur wordt die ten eerste maatschappelijke belangen dient te behartigen.⁹² Zoals in deze paragraaf naar voren is gekomen is dit namelijk niet de aard van de taak van een curator. Dat past niet bij het systeem van het faillissement waarin het schuldeisersbelang centraal staat en de curator een grote mate van beleidsvrijheid toekomt.

Bij dit alles wens ik echter een nuance aan te brengen. Ik kan mij namelijk voorstellen dat in uitzonderlijke omstandigheden de maatschappij behoefte heeft aan het laten prevaleren van maatschappelijke belangen. Te denken valt aan het faillissement van een ziekenhuis of een bank. Het faillissement van zo een organisatie kan voor heel wat ontwrichting in de samenleving zorgen. Het is uiteraard van groot maatschappelijk belang dat hierbij bijvoorbeeld hoe dan ook continuïteit van de organisatie is gewaarborgd. Denk hierbij aan de faillissementen van MC Slotervaartziekenhuis B.V. en MC IJsselmeerziekenhuis B.V. waar de curatoren geconfronteerd werden met lopende ziekenhuizen met patiënten. Toch past het ook dan niet bij de taak van de curator om hem te verplichten het maatschappelijk belang te laten prevaleren. Dat past niet bij de grote beleidsvrijheid die een curator toekomt. De curator dient per specifiek geval een eigen belangenafweging te maken, waarbij in principe het belang van de gezamenlijke schuldeisers centraal staat. Bovendien zal het laten prevaleren van maatschappelijke belangen in de praktijk vaak ook niet mogelijk zijn. Nederland kampt met de zogenoemde ‘lege boedelproblematiek’ die nog altijd niet is opgelost. Uit een onderzoek van Rikkert

⁸⁹van Hees, *Tvl* 2015/1 en Kemp 2015, p. 503-514.

⁹⁰HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833 (Ridderkerk).

⁹¹*Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 3.

⁹²Bentfort van Valkenburg, van de Wiel, *Tvl* 2021/23, par. 6.4.

kwam dat in de periode 1 september 2019 – 1 september 2021 nog 76,6% van de faillissementen uitmondde in een opheffing wegens gebrek aan baten.⁹³ Dat betekent dat de curator vaak niet eens genoeg middelen heeft om de faillissementskosten en overige boedelschulden te voldoen. De boedel kan de kosten van het verwezenlijken van maatschappelijke belangen dus vaak niet eens dragen.

De conclusie de curator niet te verplichten tot meer gewicht toe te kennen aan maatschappelijke belangen hoeft ook niet verontrustend te zijn. Er mag hierin namelijk best wat vertrouwen in curatoren gelegd worden. In het geval van het voorbeeld van het faillissement van een ziekenhuis spreekt het voor zich dat een curator de veiligheid van patiënten die daar nog liggen niet in het gedrang zal brengen en niet zomaar van de een op de andere dag het ziekenhuis sluit. Hij loopt dan immers zelfs het risico op een aansprakelijkstelling. Er kan dan namelijk sprake zijn van onbetamelijk handelen als bedoeld in artikel 6:162 lid 2 BW en dus van een onrechtmatige daad.

Samengevat dient de curator dus in zijn taak enkel met zwaarwegende maatschappelijke belangen rekening te houden, maar deze prevaleren nooit verplicht boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Die laatstgenoemden staan altijd nog centraal in een faillissement.

3.2. De vergelijking van de taak van de curator en het doel en de aard van de procedure

Zijn de doelstellingen en de aard van de enquêteprocedure nu te rijmen met de taak van de curator? In hoofdstuk 2 zijn de lijnen omtrent de doelstellingen en de aard van de procedure reeds uitgezet. De taken onregelmatigheden opsporen, de oorzaak van het faillissement vaststellen, het vermogen reconstrueren, onderzoeken of er aanleiding bestaat om een vordering tegen (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen in te stellen, lijken taken die de curator met een enquêteprocedure kan verwezenlijken. Tevens lijkt het te rijmen met het doel openheid van zaken verkrijgen en het vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid voor mogelijk blijvend wanbeleid ligt. Ook moet de curator rekening houden met maatschappelijke belangen. De continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid zijn zulke belangen die met het enquêteverzoek kunnen worden gediend. Toch zit hier een wezenlijke kanttekening bij: de maatschappelijke belangen dienen nooit verplicht te prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De curator zal altijd een eigen belangenafweging moeten maken waarbij het belang van de gezamenlijke schuldeisers in principe centraal staat. De curator zal nooit verplicht zijn verdere actie te ondernemen om deze maatschappelijke belangen te dienen als dit niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Ook de onregelmatighedsignalerende taak is inherent aan en ligt in het verlengde van de primaire taak om de belangen van de schuldeisers te behartigen.⁹⁴ Bovendien is het niet zo dat de curator bij het onderzoek naar onregelmatigheden tot uitvoerige onderzoeken wordt verplicht. De curator dient zich enkel af te vragen of de feiten en omstandigheden waarvan hij bij zijn beheer en vereffening toch al kennisneemt, gelden als 'onregelmatigheden'.⁹⁵ Tot een enquêteverzoek indienen voor een uitvoerig onderzoek verplicht de taak dus nooit.

Opvallend aan de vergelijking van het doel van de procedure en de taak van de curator is verder dat in het doel van de enquêteprocedure besloten zit bescherming van kapitaalverschaffers, werknemers en de vennootschap zelf. Zoals naar voren kwam behartigt de curator echter de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, deze belangen staan altijd centraal. De enquêteprocedure is uitdrukkelijk

⁹³ Rikkert, *Tvl* 2022/26, par. 3.6.

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 3.

⁹⁵ Verstijlen, 2021, art. 68 Fw aant. 4.

niet in het leven geroepen om de belangen van schuldeisers te beschermen. Bovendien behoort tot de doeleinden van het enquêterecht niet de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard, noch het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond van dergelijke geschillen.⁹⁶ Uit de memorie van toelichting bij artikel 2:350 BW volgt dat de curator bij de vereffening van de boedel moet handelen in het belang van alle crediteuren. In de Nota van wijziging is daaraan toegevoegd dat de curator niet eerst overeenkomstig artikel 2:349 lid 1 BW zijn bezwaren tegen het beleid en de gang van zaken kenbaar hoeft te maken aan het bestuur en de RvC omdat het herstel van de gezonde verhoudingen niet meer tot de mogelijkheden behoort maar de curator bezig is met de vereffening van de boedel en het enquêteverzoek in het kader daarvan doet.⁹⁷

De minister erkende dus tevens dat de curator in beginsel enkel in een vermogensrechtelijke verhouding staat tot de rechtspersoon. Hij beheert en vereffent ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers de boedel. Deze schuldeisers hebben ook louter een vermogensrechtelijk belang: betaling. Openheid van zaken en vaststelling van verantwoordelijkheid leiden daar niet rechtstreeks toe. Toch heeft de Ondernemingskamer meermaals erkend dat de doeleinden van de enquêteprocedure niettemin kunnen worden verwezenlijkt met het beoogde onderzoek van de curator en dat de mogelijkheid om de rechtspersoon en diegenen die verantwoordelijk zijn voor eventueel wanbeleid in rechte aan te spreken tot vergoeding van schade in het verlengde van de doeleinden ligt.⁹⁸ In dat geval kan het vermogensrechtelijke geschil toch onder de doeleinden van de enquêteprocedure vallen.⁹⁹ De taak van de curator en de doeleinden van de enquêteprocedure zijn ondanks verschillende opmerkelijke punten dus toch niet per se onverenigbaar. De strekking van het enquêterecht zoals Willems die verwoordde, strookt ook met het faillissement en de taak van de curator. De curator beheert en vereffent immers de boedel waarbij hij ervoor zorgt dat alle betrokken belangen overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak worden behartigd.¹⁰⁰ Dat strookt met het mogelijk maken dat betrokkenen bij een vennootschap schending van hun belangen aan de orde kunnen stellen.

Mijns inziens zit dit anders bij de aard van de procedure. De curator zal de enquêteprocedure vooral gebruiken om verantwoordelijkheid van wanbeleid vast te stellen om daaropvolgend een bestuurder aansprakelijk te stellen. Zoals benoemd gelden er echter andere bewijsregels bij de enquêteprocedure dan bij een normale aansprakelijkheidsprocedure. Zo hebben bestuurders en commissarissen in de tweede fase bijvoorbeeld geen recht op het leveren van tegenbewijs. Daarnaast hebben onderzoekers veel vrijheid in het verzamelen en selecteren van feiten en in de manier waarop zij hun bevindingen vastleggen in onderzoeksrapporten. Dit terwijl het verslag met daarin de vaststelling van wanbeleid wel kan dienen als bewijs in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure (hetgeen in hoofdstuk 4 nog uitvoeriger aan bod komt).¹⁰¹ De Ondernemingskamer heeft ook een stuk verdergaande bevoegdheden dan de rechter in een normale aansprakelijkheidsprocedure. Zo kan zij bijvoorbeeld déchargebesluiten vernietigen die normaalgesproken de bestuurder tegen aansprakelijkheid zouden beschermen.

⁹⁶ HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465 (Unilever).

⁹⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 887, nr. 7, p. 3.

⁹⁸ HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465 (Unilever).; HR 6 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:158.

⁹⁹ HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465 (Unilever).

¹⁰⁰ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (Sigmacon); *Kamerstukken II* 2014/15, 34253, 3, p. 2-3.

¹⁰¹ HR 10 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234 r.o. 5 en HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3419 (Skipper Club/Jaarsma).

De Hoge Raad heeft tevens bepaald dat het enquêteverzoek naar zijn aard geen betrekking op tot de boedel behorende rechten en verplichtingen heeft als bedoeld in art 25 Fw.¹⁰² Het is vreemd waarom de curator dan binnen het enquêterecht wel een rechtsvordering kan instellen die geen betrekking heeft op tot de boedel behorende rechten en verplichtingen. Bovendien ben ik het met Schimmelpenninck eens dat de curator een bijzondere verantwoordelijkheid met bijkomende ingrijpende bevoegdheden heeft gekregen en zijn taak niet zomaar dient uit te besteden aan een derde. In de INSOLAD praktijkregels zijn grondbeginselen geformuleerd die de curator in acht moet nemen: onafhankelijkheid, integriteit, objectiviteit, vakkundigheid en zorgvuldigheid.¹⁰³ Weliswaar is het in dat kader zorgvuldig en doelmatig om voor delen van het onderzoek gespecialiseerde derden in te schakelen.¹⁰⁴ Echter, dat is iets anders dan het gehele onderzoek uitbesteden. Ik zie dan ook geen enkel bezwaar waarom hij het onderzoek niet zelf zou mogen doen. Een curator is immers nog altijd onderworpen aan het advocatentuchtrecht, nu curatoren vrijwel altijd tevens advocaat zijn.¹⁰⁵ Dat tuchtrecht stelt een hoge standaard aan behoorlijk onderzoek door een advocaat en de kwaliteit van het onderzoek is dan ook gewaarborgd.¹⁰⁶ Een onafhankelijke derde partij is in dat kader niet nodig.

3.3. Vergelijking met Curaçao

Interessant is dat Curaçao op 1 januari 2012 besloot om een volwaardig enquêterecht in te voeren, dat grotendeels overeenkomt met de enquêteregeling in Nederland. Hierbij is gekozen de enquêtebevoegdheid van de curator over te nemen in artikel 2:272 lid 2 CBW. Ook daar is dus gekozen de curator deze bevoegdheid toe te kennen, ondanks mijn opmerkingen in dit hoofdstuk. Dat is interessant nu de invoering van de bevoegdheid ex artikel 2:346 lid 3 BW vergeleken kan worden met de invoering in een ander rechtstelsel wat wellicht leidt tot nieuwe inzichten.

Na een bestudering van het Curaçaose vennootschapsrecht, valt echter op dat het bezwaar omtrent de aard van de procedure aanzienlijk minder speelt. De bestuurdersaansprakelijkheidsregeling in faillissement in Curaçao is namelijk een stuk minder streng voor bestuurders dan de Nederlandse. Op grond van artikel 2:16 lid 2 CBW wordt, wanneer niet is voldaan aan de administratieplicht of de jaarrekening niet tijdig is of wordt opgemaakt, vermoed dat er ook voor het overige sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dat onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Er geldt dus een dubbel, weerlegbaar vermoeden. Dit is een verzachting ten opzichte van de Nederlandse artikelen 2:138 lid 2 BW en 2:248 lid 2 BW. Op grond hiervan wordt met het niet voldoen aan de boekhoud- of publicatieplicht ónweerlegbaar onbehoorlijke taakvervulling door het bestuur aangenomen. Bovendien komt in de Curaçaose faillissementspraktijk de aansprakelijkstelling van bestuurders door curatoren nauwelijks voor.¹⁰⁷ Kortom, bestuurders zullen in Curaçao minder snel

¹⁰² HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899 (Landis), r.o. 4.2.

¹⁰³ Artikel 1.1 INSOLAD Praktijkregels.

¹⁰⁴ Broeders, Schreurs, Feenstra 2019.

¹⁰⁵ Hof van Discipline 19 april 2010, ECLI:NL:TAHVD:2010:YA0575.

¹⁰⁶ Raad van Discipline 17 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276.

¹⁰⁷ Mij zijn slechts 8 uitspraken in totaal bekend waarin een bestuurder werd aangesproken: Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 10-05-2021, ECLI:NL:OGEAC:2021:91; Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 16-04-2018, ECLI:NL:OGEAC:2018:69; Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 19-12-2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:194; Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en BES 14-04-2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:76; Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 29-11-2021, ECLI:NL:OGEAC:2021:215; Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 09-06-2009, ECLI:NL:OGHNAA:2009:BI7716; Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 31-05-2017, ECLI:NL:OGEAM:2017:26; Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en BES 13-06-2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:38.

aansprakelijk zijn/worden gesteld dan in Nederland. De aard van de enquêteprocedure heeft dus minder onwenselijke gevolgen voor de aangesproken personen in het Curaçaose rechtsstelsel dan in Nederland. Dat er afwijkende bewijsregels gelden werkt zich minder snel nadelig uit voor een bestuurder en/of commissaris in een aansprakelijkheidsprocedure.

3.4. Tussenconclusie

De vraag die dit hoofdstuk centraal stond was of de taak van de curator te rijmen is met het doel en de aard van de enquêteprocedure. Deze vraag kan als volgt worden beantwoord.

De kerntaak van de curator is op grond van artikel 68 Fw het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Hierbij dient hij niet enkel het vermogen van de failliet te beheren, maar dit vermogen ook zo nodig te reconstrueren. Sinds de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator 2017 dient de curator in ieder geval bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel ook te bezien of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement hebben veroorzaakt, de vereffening van de boedel bemoeilijken of het tekort in het faillissement hebben vergroot. De curator dient bij dit oorzakenonderzoek in elk geval drie fases te doorlopen. Als eerst dient hij de relevante feitelijke omstandigheden in de periode voorafgaand aan het faillissement vast te stellen. Vervolgens dient hij de verschillende oorzaken van het faillissement en hun onderlinge gewicht te beoordelen. Als laatste dient hij ieders bijdrage aan het ontstaan van het faillissement, de grondslag voor aansprakelijkheid, de kans van slagen van een procedure en de mogelijkheden van verhaal te beoordelen. De INSOLAD Praktijkregels hebben de taak van de curator nog verder ingekleurd. Goed curatorschap brengt volgens de praktijkregels mee dat de curator steeds nagaat of hij een vordering dient in te stellen tegen de (ex-)bestuurders en/of (ex-)commissarissen van de gefailleerde rechtspersoon of tegen derden, in verband met het ontstaan van het faillissement.

Al wat zijn taak behelst oefent de curator uit ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Tegenwoordig bestaat discussie of de curator met meer belangen rekening mag houden, zoals maatschappelijke belangen. Over de uitleg van het 'rekening houden met' maatschappelijke belangen bestaat tevens discussie. Mijns inziens zijn de belangen van de boedel en dus de belangen van de gezamenlijke schuldeisers leidend en dient met maatschappelijke belangen rekening gehouden te worden. Hierbij zij bedacht dat rekening houden met iets wezenlijks anders is dan prevaleren. Maatschappelijke belangen kunnen enkel onder zwaarwegende omstandigheden prevaleren boven die van individuele schuldeisers. Hierbij wens ik wel een nuance aan te brengen. In het geval van een faillissement dat ontwrichting in de samenleving teweeg brengt, zal de maatschappij behoefte hebben aan het laten prevaleren van de maatschappelijke belangen. Bijvoorbeeld aan de continuïteit van een onderneming, of behoud van werkgelegenheid. Echter, het past niet bij de taak van de curator die veel beleidsvrijheid kent om te verplichten dat hij in dat geval maatschappelijke belangen moet laten prevaleren. Men mag hierbij vertrouwen leggen in curatoren. Het spreekt voor zich dat een curator bijvoorbeeld in het geval van een ziekenhuis niet de veiligheid van patiënten die daar nog liggen in het gedrang zal brengen en het ziekenhuis direct zal sluiten.

De taken van de curator en de maatschappelijke belangen waar hij rekening mee moet houden lijken te rijmen met een van de doelen van de enquêteprocedure. Namelijk met het doel openheid van zaken verkrijgen en vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid voor mogelijk blijvend wanbeleid ligt. Toch zit hier een wezenlijke kanttekening bij. De maatschappelijke belangen dienen nooit verplicht te prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. In het doel van de enquêteprocedure zit bovendien besloten bescherming van kapitaalverschaffers, werknemers en de vennootschap zelf.

De enquêteprocedure is niet in het leven geroepen om de belangen van schuldeisers te beschermen. Toch heeft de Ondernemingskamer meermaals erkend dat de doeleinden van de enquêteprocedure niettemin kunnen worden verwezenlijkt met het beoogde onderzoek van de curator en dat de mogelijkheid om de rechtspersoon en diegenen die verantwoordelijk zijn voor eventueel wanbeleid in rechte aan te spreken tot vergoeding van schade in het verlengde van de doeleinden ligt. De taak van de curator en de doeleinden van de enquêteprocedure zijn ondanks verschillende opmerkelijke punten dus toch niet per se onverenigbaar. De strekking van het enquêterecht zoals Willems die verwoordde, strookt ook met het faillissement en de taak van de curator. De curator beheert en vereffent immers de boedel waarbij hij ervoor zorgt dat alle betrokken belangen overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak worden behartigd.

Dit zit echter anders bij de aard van de procedure. Het feit dat de curator de inquisitoire enquête gebruikt om daaropvolgend een bestuurder aansprakelijk te stellen, strookt niet met het feit dat de enquêteprocedure gezien haar bijzondere aard afwijkende bewijsregels kent. De Hoge Raad heeft tevens bepaald dat het enquêteverzoek naar zijn aard geen betrekking op tot de boedel behorende rechten en verplichtingen heeft als bedoeld in art 25 Fw. Waarom de curator dan binnen het enquêterecht wel een rechtsvordering kan instellen die niet rechten of verplichtingen tot de failliete boedel behorende ten onderwerp hebben is vreemd. Dat Curaçao hier bij overneming van de regeling niet meer bij stil heeft gestaan is niet gek. De bestuurdersaansprakelijkheidsregeling in Curaçao is namelijk een stuk minder streng. Bovendien komt de aansprakelijkstelling van bestuurders door curatoren daar nauwelijks voor.

Zoals ik in het vorige hoofdstuk vaststelde, is de achterliggende gedachte van deze enquêtebevoegdheid dat ook de curator belang kan hebben bij het vaststellen of voorafgaand aan het faillissement wanbeleid heeft plaatsgevonden. Om ondanks de bemerkingen in dit hoofdstuk enige rechtvaardiging voor de bevoegdheid te vinden, rijst de vraag wat de curator met de enquêteprocedure wenst te bereiken. In dat kader rijst tevens de vraag of de Faillissementswet hem hiervoor niet reeds voldoende middelen verschaft. Dat zal ik onderzoeken in het volgende hoofdstuk.

Hoofdstuk 4: Het belang en de meerwaarde voor de curator bij de enquêteprocedure

4.1. Wat wil de curator bereiken met de enquêteprocedure?

Het voorstel de curator enquêtebevoegdheid te verlenen, lichtte de minister aldus toe dat ook de curator er belang bij kan hebben dat wordt vastgesteld of voorafgaand aan het faillissement wanbeleid heeft plaatsgevonden.¹⁰⁸ Nu dit erg summier is, is een uitgebreider onderzoek naar wat de curator met een enquêteverzoek wenst te bereiken nodig.

4.1.1. Voorzieningen artikel 2:349a lid 2, 2:356 BW en verzoek artikel 2:354 BW

Het gebruik van de enquêteprocedure is gedurende de geschiedenis steeds toegenomen naarmate er meer voorzieningen mogelijk werden.¹⁰⁹ Het gebruik nam pas echt een vlucht toen het in 1994 mogelijk werd om onmiddellijke voorzieningen te treffen.¹¹⁰ Het is dan ook logisch om allereerst te kijken naar wat de curator met het verzoeken van voorzieningen kan bereiken.

De curator heeft waarschijnlijk geen behoefte aan onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in artikel 2:349a lid 2 BW.¹¹¹ Zoals ik eerder besprak, zal de curator met een enquêteverzoek de inquisitoire enquête beogen. Het gaat dan puur om het bieden van openheid van zaken en het vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid ligt voor het mogelijk blijvend wanbeleid. Onmiddellijke voorzieningen zijn echter ordemaatregelen om gezonde verhoudingen binnen de vennootschap te herstellen.¹¹² Dit is niet meer mogelijk in het geval van een faillissement. De praktische betekenis van een onmiddellijke voorziening is gering omdat organen van de vennootschap geen zeggenschap meer hebben over het vermogen daarvan.¹¹³ Bovendien is het verzoek om een onmiddellijke voorziening vaak een bestuurder te schorsen. Dat ligt bij de curator minder voor de hand nu hij als gevolg van het faillissement reeds met de scepter binnen de vennootschap zwaait.¹¹⁴ De failliet is immers op grond van artikel 23 Fw jo. 68 Fw de beheers- en beschikkingsbevoegdheid over het vermogen verloren. Daarbij komt dat de bestuurder verplicht is mee te werken aan een goed verloop van het faillissement en er een inlichtingenplicht op hem rust.¹¹⁵ Voldoet de bestuurder niet aan deze verplichtingen, dan kan hij op verzoek van de curator in verzekerde bewaring worden gesteld.¹¹⁶ De curator zal zich dus niet snel genooddaakt zien een bestuurder te laten schorsen. De bestuurder is reeds verplicht de curator niet tegen te werken en de curator heeft een vergaande bevoegdheid dit af te dwingen.

Aan een definitieve voorziening ex artikel 2:356 BW heeft de curator wellicht wel behoefte. In de Ogem- en DSM-beschikkingen heeft de Hoge Raad alleen bepaald dat eindvoorzieningen maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon moeten zijn.¹¹⁷

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 887, nr. 3, p. 29.

¹⁰⁹ Eikelboom 2017, par. 3.2.

¹¹⁰ Eikelboom 2017, par. 3.2.

¹¹¹ Spruitenburg 2018, par 8.6.

¹¹² Klein Wassink 2012, par. 5.11.4.

¹¹³ OK 3 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:907 (Vidrea), r.o. 3.5.

¹¹⁴ Spruitenburg 2018, par. 8.4.

¹¹⁵ Artikel 105, 105a en 106 Fw.

¹¹⁶ Artikel 87 Fw.

¹¹⁷ HR 10 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234 (Ogem); HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523 r.o. 3.6 (DSM).

Er bestaat dan ook discussie in de literatuur of deze voorzieningen dan wel getroffen kunnen worden bij een failliete vennootschap. Zo is Veenstra van mening dat dit strijd geeft met de Ogem- en DSM-beschikkingen. Er is namelijk bij een failliete vennootschap geen onderneming meer die kan worden gereorganiseerd, zo stelt hij.¹¹⁸ Eikelboom is echter van mening dat uit de Text Lite-beschikking blijkt dat de term “*onderneming*” hierbij ruim moet worden uitgelegd.¹¹⁹ Dit zou niet alleen de onderneming in de operationele fase inhouden, maar ook de onderneming in de vereffeningfase. Dat leidt ertoe dat de Ondernemingskamer ook ten aanzien van rechtspersonen in faillissement maatregelen van reorganisatorische aard kan treffen. Er is dan namelijk nog steeds een onderneming, zij het in de vereffeningfase, waarbinnen de Ondernemingskamer reorganisatorische maatregelen kan treffen.

Ik ben van mening dat de Ondernemingskamer inderdaad definitieve voorzieningen kan treffen bij een failliete vennootschap. Men dient het bepaalde in de DSM-beschikking namelijk zo te lezen dat de reikwijdte van artikel 2:356 BW wordt bepaald door de doeleinden van een enquête. Volgens de Ogem-beschikking zijn dat inderdaad sanering en herstel van gezonde verhoudingen maar daarnaast ook opening van zaken, vaststelling van verantwoordelijkheden en preventie. De voorzieningen kunnen dus ook zoveel mogelijk gerelateerd zijn aan die laatste doeleinden. Bovendien volgt uit de Text Lite-beschikking inderdaad dat ‘*onderneming*’ ook de onderneming in vereffeningfase kan zijn en het begrip niet te eng moet worden opgevat.¹²⁰ Text Lite was immers al failliet toen de Ondernemingskamer de dechargebesluiten op de voet van artikel 2:356 BW vernietigde. Dat dit mogelijk is, is ook logisch. Ik stelde reeds vast dat met de Ogem-beschikking duidelijk werd dat een enquêteonderzoek tevens gelast kan worden bij een failliete vennootschap. Dit omdat als doel in de enquêteprocedure tevens de opening van zaken en de vaststelling van verantwoordelijkheid voor wanbeleid kan worden nagestreefd.

De voorzieningen uit artikel 2:356 BW stroken dan met dat doel en bevorderen het proces van de vereffening. Een verzoek tot het treffen van één of meer van de definitieve voorzieningen zal indien het een failliete vennootschap betreft, vooral de voorziening sub a van artikel 2:356 BW betreffen. De andere voorzieningen zien immers op vennootschappen waarbij sanering of herstel van gezonde verhoudingen nog tot de mogelijkheden behoort. Het belang van de curator bij het verzoeken van definitieve voorzieningen lijkt dus vooral gelegen in de vernietiging van dechargebesluiten. Als de curator op die manier de weg naar een aansprakelijkstelling vrijmaakt, bevordert dit de vereffening. Met een geslaagde aansprakelijkstelling kan hij immers de boedel reconstrueren met een vordering op een bestuurder of commissaris.

Spruitenburg is van mening dat dit belang daarentegen maar klein is. Verleende decharges staan namelijk niet in de weg aan het instellen van de vorderingen uit artikel 2:138 BW en 2:248 BW. Bovendien zouden ze niet snel leiden tot opheffing van de aansprakelijkheid uit artikel 2:9 BW. Dat komt omdat een decharge slechts ziet op informatie die bekend is gemaakt tijdens de algemene vergadering voordat zij de jaarrekening vaststelt, zo stelt zij.¹²¹

Ik deel deze mening niet. Het is juist dat een dechargebesluit niet in de weg staat aan het instellen van een vordering op grond van artikel 2:138 BW en 2:248 BW nu dat in lid 6 van deze artikelen is bepaald. Men dient daarentegen twee situaties te onderscheiden. Allereerst de situatie waarin de verleende

¹¹⁸ Veenstra *Ondernemingsrecht* 2013/108, par. 3.

¹¹⁹ Eikelboom 2017, par 8.3.4.

¹²⁰ HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240 (Text Lite).

¹²¹ Spruitenburg 2018, par 11.3.3.

decharge het wanbeleid vormt. Ten tweede de situatie waarin de verleende decharge tot stand is gekomen op basis van onjuiste of onvolledige informatie die als wanbeleid kwalificeert.¹²² In de tweede situatie heeft vernietiging van het dechargebesluit geen zin nu dat besluit reeds niet geldt voor de aansprakelijkstelling op basis van de ontbrekende informatie.¹²³ In de eerste situatie daarentegen, heeft het weldegelijk zin dat de Ondernemingskamer het dechargebesluit vernietigt. Dat besluit vormt namelijk onder andere het wanbeleid en staat aan sanering in de weg waardoor de Ondernemingskamer deze mag vernietigen.¹²⁴ De Hoge Raad heeft de Ondernemingskamer in dat kader ruimte gegeven om dechargebesluiten te vernietigen als de gevolgen die voortvloeien uit het wanbeleid daarmee ongedaan worden gemaakt.¹²⁵ In dat geval kan de curator dus een dechargebesluit laten vernietigen om bestuurders en commissarissen aansprakelijk te stellen op grond van artikel 2:9 BW. Zij hadden zich anders achter het dechargebesluit kunnen verschuilen. Het is wel van belang voor ogen te houden dat de Ondernemingskamer duidelijk heeft gemaakt dat de vernietiging van een dechargebesluit een beperkte reikwijdte heeft. Het houdt als zodanig geen oordeel in over de vraag of en in welke mate sprake is van persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen.¹²⁶

Naast de voorzieningen van artikel 2:349a lid 2 BW en 2:356 BW, ziet de curator wellicht waarde in het verzoek van artikel 2:354 BW. Op grond van artikel 2:354 BW kan de rechtspersoon verzoeken dat de kosten van het onderzoek geheel of gedeeltelijk verhaald worden op een bestuurder of een commissaris indien uit het verslag blijkt dat deze verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken. Bij een failliete vennootschap kan de curator dit doen.¹²⁷

Om te bepalen of deze voorziening van waarde voor de curator kan zijn, is allereerst van belang het juridisch kader omtrent kosten in een faillissement uiteen te zetten. Wanneer de kosten kwalificeren als boedelschulden, geniet de betaling hiervan voorrang boven verifieerbare faillissementsvorderingen. Boedelschulden dienen dus als eerste door de curator voldaan te worden wanneer hij bezig is met de vereffening. De Hoge Raad heeft bepaald dat er drie categorieën boedelschulden bestaan: boedelschulden i) ontstaan uit de wet, ii) door de curator in zijn hoedanigheid aangegaan en iii) als gevolg van een handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting.¹²⁸ Indien de curator een enquêteverzoek indient, zijn de kosten van het onderzoek een categorie ii) boedelschuld. De curator is dan immers in zijn hoedanigheid een boedelschuld aangegaan. Zijn wil is gericht op het ontstaan van de boedelschuld. De kosten komen in dat geval ten laste van de boedel.

In paragraaf 3.1. kwam naar voren dat tot de taak van de curator het oorzakenonderzoek behoort. Dat betekent dat de curator dient te onderzoeken wat de oorzaken van het faillissement zijn geweest. Indien hij hierbij kosten maakt, draagt de boedel deze kosten. Met een verzoek tot verhaal van de onderzoekskosten in een enquêteprocedure kan de curator onderzoekskosten verhalen op betrokken bestuurders en commissarissen. Zonder hen eerst aansprakelijk te stellen en de kosten die eigenlijk

¹²² Eerste situatie: *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, 3, p. 9; tweede situatie: OK 7 december 1989 ECLI:NL:GHAMS:1989:AC0093 r.o. 4.13.4 (Bredero).

¹²³ HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (Staleman/Van de Ven), r.o. 3.4.1; HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332 (De Rouw/Dingemans).

¹²⁴ *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, 3, p. 9.

¹²⁵ HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240 (Text Lite).

¹²⁶ OK 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928 (PCM), r.o. 3.43.

¹²⁷ OK 23 april 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AD2875 (Village Scaldia).

¹²⁸ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (Koot Beheer/Tideman).

ten laste van de boedel komen worden dan verhaald. Het verzoek van artikel 2:354 BW levert nog een voordeel op. Artikel 2:354 BW bepaalt immers dat de Ondernemingskamer het verzoek kan toewijzen indien uit het verslag blijkt dat de bestuurder of commissaris verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken. Met het toewijzen van het verzoek spreekt de Ondernemingskamer dus uit wie zij verantwoordelijk acht voor het onjuist beleid of de onbevredigende gang van zaken. Bovendien individualiseert de Ondernemingskamer dan eigenlijk ook meteen het wanbeleid. Uit een empirisch onderzoek van Van Calker blijkt namelijk dat de Ondernemingskamer eigenlijk altijd eerst oordeelt over het wanbeleid en daarna over het kostenverhaal.¹²⁹ Hij meent dat onjuist beleid en wanbeleid praktisch inwisselbaar zijn. De Ondernemingskamer dient zich hier ook vrij uitgebreid over uit te laten. De toewijzing van het verzoek raakt namelijk de rechten van de bestuurders en commissarissen uit artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM). Dat leidt ertoe dat de Ondernemingskamer deugdelijk dient te motiveren.¹³⁰ Een uitgebreid oordeel van de Ondernemingskamer over de verwijtbaarheid van bestuurders en commissarissen is voor de curator logischerwijs gunstig voor een opvolgende aansprakelijkstelling ex artikel 2:138 BW, 2:248 BW, 2:9 BW of 6:162 BW.

Het verzoek uit artikel 2:354 BW is dus zeker van waarde voor de curator. Hier speelt daarentegen wederom het bezwaar dat de enquêteprocedure voor dit verzoek te weinig waarborgen voor kent. Ik ben het namelijk eens met Broere die stelt dat het artikel een grondslag voor aansprakelijkheid vormt.¹³¹ De Hoge Raad heeft overwogen dat in het kader van artikel 2:354 BW moet worden vastgesteld of de aangesproken persoon voor het geheel dan wel voor een bepaald gedeelte aansprakelijk is en de Hoge Raad spreekt van vergoeding van *schade*.¹³² Het moeten betalen van de onderzoekskosten is dus eigenlijk een species van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van 2:9 BW.¹³³ Zoals besproken in paragraaf 2.4 is het ten eerste de vraag of dit wel wenselijk is. De enquêteprocedure is immers naar haar aard een ander soort procedure dan een civiele aansprakelijkheidsprocedure. Bestuurders en commissarissen worden via artikel 2:354 BW eigenlijk al aansprakelijk gehouden, buiten een civiele aansprakelijkheidsprocedure zonder de uitgebreidere bewijsregels en waarborgen. Van Calker heeft een onderzoek gedaan naar de verhouding tussen veroordelingen op grond van artikel 2:354 BW en aansprakelijkheidsprocedures. Dit wees uit dat in 83,33% van de door hem geanalyseerde uitspraken waarin kostenverhaal was toegekend ook een veroordeling in een aansprakelijkheidsprocedure volgde.¹³⁴ Wanneer er sprake is van een toegewezen kostenverhaal, is er dus waarschijnlijk ook sprake van aansprakelijkheid. Dat toont aan dat het bezwaar niet louter theoretisch is.

Deze discussie doet echter niets af aan het feit dat artikel 2:354 BW een reden voor de curator zou zijn de enquêteprocedure te gebruiken. De bezwaren bespreek ik nog uitvoerig in het volgende hoofdstuk. Een hoger bedrag dan de vastgestelde kosten van het onderzoek zal de curator in ieder geval nooit kunnen verhalen op de voet van artikel 2:354 BW.¹³⁵ De beloning van OK-functionarissen valt hier

¹²⁹ Van Calker 2017, par. 24.2.

¹³⁰ HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240 (Text Lite) r.o. 4.1.2-4.1.3, 4.4.2.

¹³¹ Broere 2022, par 7.3.

¹³² HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240 (Text Lite) r.o. 4.16.1; HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:597 r.o. 3.4.2 (Leaderland).

¹³³ Willems 2016, p. 220.

¹³⁴ Van Calker 2017, par 24.6.6

¹³⁵ OK 15 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8414 r.o. 4.135 (Landis).

bijvoorbeeld niet onder. Deze kosten zal de curator nog altijd alleen kunnen verhalen met een aansprakelijkheidsprocedure.

Zoals ik eerder noemde, is de Curaçaose enquêteprocedure ontleend aan de Nederlandse regeling. Er is toen gekozen de enquêtebevoegdheid van de curator over te nemen. Dat maakt het voor de evaluatie van de bevoegdheid interessant vergelijkingsmateriaal. Heeft de curator daar dezelfde mogelijkheden? Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie – de Curaçaose Ondernemingskamer – kan niet alleen besluiten schorsen en vernietigen, maar kan tevens een bevel uitspreken om een besluit geheel of ten dele in te trekken, de uitvoering daarvan geheel of ten dele op te schorten of de gevolgen daarvan geheel of ten dele ongedaan te maken.¹³⁶ Daarbij geldt dat de rechten van derden te goeder trouw niet kunnen worden aangetast, tenzij een schadevergoeding wordt geboden.¹³⁷ Nu lijkt dat laatste mij in het geval van het vernietigen van een dechargebesluit jegens een bestuurder geen roet in het eten te gooien. De bestuurder kan immers lastig betogen dat hij geen weet had van het wanbeleid waar het dechargebesluit onder valt. De extra bevoegdheden ten aanzien van besluiten van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie voegen mijns inziens weinig toe ten aanzien van de bevoegdheden van de Ondernemingskamer. De vernietiging door de Ondernemingskamer heeft immers op grond van de artikelen 3:53 BW jo. 3:59 BW terugwerkende kracht. Dat maakt dat de gevolgen van het besluit dan ook ongedaan worden gemaakt.

Dat betekent dat hetgeen hiervoor besproken is over de Nederlandse bepalingen ook voor Curaçao geldt. Tenminste, op één ding na. Wat betreft de veroordeling in de kosten van het onderzoek bestaat in Curaçao geen vergelijkbare bepaling. Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie kan enkel vaststellen dat bepaalde bestuurders verantwoordelijk zijn voor het wanbeleid om een uitspraak met eenzelfde soort gevoel te krijgen. Dit geeft echter niet het besproken voordeel van het verhalen van boedelkosten voor de curator. Dat betekent dat de curator in Curaçao minder waarde in de enquêteprocedure vindt. In dat opzicht vindt men daar dus geen verdere verklaring voor de enquêtebevoegdheid van de curator.

4.1.2. Verhouding vaststelling wanbeleid en bestuurdersaansprakelijkheid

De minister gaf bij het toekennen van de enquêtebevoegdheid aan de curator als achterliggende gedachte dat ook de curator er belang bij kan hebben dat wordt vastgesteld of voorafgaand aan het faillissement wanbeleid heeft plaatsgevonden.¹³⁸ Het belang hierbij zal voor de curator liggen in het vaststellen wie verantwoordelijk is geweest voor eventueel wanbeleid. Hierop volgend zou hij de bestuurder en/of commissaris in een schadevergoedingsprocedure kunnen aanspreken. De vraag rijst of de vaststelling van wanbeleid door kan werken in een aansprakelijkheidsprocedure en of hier dus inderdaad meerwaarde van de enquêteprocedure voor de curator zit. Vooropgesteld zij dat het enquêteonderzoek zonder de vaststelling van wanbeleid in het kader van zijn oorzakenonderzoek logischerwijs van waarde kan zijn voor de curator. Dat komt echter in de volgende paragraaf uitvoerig aan bod.

Indien de Ondernemingskamer in de tweede fase van de enquêteprocedure wanbeleid vaststelt, lijkt dat voor de vennootschap, de curator of een derde een gemakkelijk opstapje om de bestuurders en/of commissarissen aansprakelijk te stellen op grond van art. 2:9 BW, art. 2:138 BW en art. 2:248 BW of

¹³⁶ Artikel 2:282 lid 3 CBW en 2:276 lid 4 CBW.

¹³⁷ Artikel 2:276 lid 3 CBW.

¹³⁸ *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 887, nr. 3, p. 29.

art. 6:162 BW.¹³⁹ De definitie die aan wanbeleid is gegeven raakt namelijk sterk aan de criteria die voor bestuurdersaansprakelijkheid gelden. Ik licht dat toe.

De wet geeft van het begrip 'wanbeleid' geen nadere omschrijving. De wetgever ging ervan uit dat de betekenis van dit begrip niet van het spraakgebruik afwijkt en dat de rechter toch in ieder geval afzonderlijk zal moeten beslissen of de gemaakte beleidsfouten zo ernstig zijn dat van wanbeleid kan worden gesproken.¹⁴⁰ Aan het begrip is door de rechtspraak nader invulling gegeven.

Uit de rechtspraak van de Ondernemingskamer en de Hoge Raad valt het volgende af te leiden. Van wanbeleid is sprake indien de ondernemer heeft gehandeld in strijd met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap, hetgeen onder meer op bedrijfseconomisch en sociaal gebied mogelijk is.¹⁴¹ Latere jurisprudentie maakt duidelijk dat het al of niet in strijd zijn met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap niet een exclusief criterium is ter vaststelling van wanbeleid. Het wanbeleid kan eveneens betrekking hebben op het functioneren van de vennootschap als rechtspersoon. De Ondernemingskamer toetst tevens aan de hand van de maatstaf van de redelijkheid en billijkheid van artikel 2:8 BW die geldt in de verhouding tussen de vennootschap en degenen die bij haar organisatie betrokken zijn.¹⁴² In het inmiddels welbekende Ogem-arrest voegde de Hoge Raad aan dit kader toe dat niet iedere beleidsfout wanbeleid is. De fout moet van voldoende ernst zijn om deze kwalificatie te rechtvaardigen.¹⁴³ Het wanbeleid hoeft in ieder geval geen structureel karakter te vertonen. Ook een enkele gedraging kan wanbeleid opleveren, met name indien zij tot voor de onderneming zeer schadelijke gevolgen heeft geleid.¹⁴⁴ Men dient hiervan wel te onderscheiden de incidentele niet opzettelijke beleidsfout die niet tot zeer schadelijke gevolgen heeft geleid. In enkele beschikkingen neemt de Ondernemingskamer ook wanbeleid aan bij schending van de 'algemeen aanvaarde beginselen van corporate governance', ongeacht of het een beursvennootschap betreft.¹⁴⁵

Deze criteria ter bepaling van wanbeleid raken mijns inziens aan de vaststelling van individuele aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. In strijd handelen met elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap, in strijd handelen met artikel 2:8 BW, een fout van voldoende ernst, niet incidenteel en niet opzettelijk, komt al gauw op het niveau van onbehoorlijke taakvervulling en onbehoorlijk bestuur. Zodra wanbeleid is vastgesteld, ligt er dus een goede casus voor bestuurdersaansprakelijkheid. Beide vereisen een voldoende ernstige variant van onbehoorlijk handelen. Niet vreemd is dan ook dat uit een onderzoek volgde dat in 87,5% van de geanalyseerde uitspraken waarin wanbeleid werd vastgesteld tevens aansprakelijkheid volgde.¹⁴⁶

Betekent de vaststelling wanbeleid dan ook automatisch een veroordeling in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure? Indien dit wanbeleid door de Ondernemingskamer is vastgesteld, is deze vaststelling voor andere procedures ook bindend.¹⁴⁷ Het staat daarmee echter nog niet vast dat de individuele bestuurders aan wie dit wanbeleid wordt verweten daarvoor aansprakelijk kunnen

¹³⁹ Van Solinge, Nieuwe Weme 2009, par. 442.

¹⁴⁰ *Kamerstukken II*, 1968/69, 9596, 6, p. 14.

¹⁴¹ OK 21 juni 1979, ECLI:NL:GHAMS:1979:AC6622 (Batco).

¹⁴² HR 1 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD9857 r.o. 3.4 (Zwagerman).

¹⁴³ HR 10 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234 (Ogem).

¹⁴⁴ HR 21 februari 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF1797 (VIBA).

¹⁴⁵ OK 21 januari 2002, ECLI:NL:PHR:2003:AF1486 (HBG); OK 18 januari 2006, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, (Laurus); OK 9 oktober 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ6791 (UMI).

¹⁴⁶ Van Calker 2017, par. 24.6.6.

¹⁴⁷ HR 10 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234 (Ogem) r.o. 5.

worden gesteld.¹⁴⁸ Het wanbeleid staat in een latere aansprakelijkheidsprocedure vast, maar dit impliceert niet de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van de organen van de rechtspersoon voor dat wanbeleid. De door de Ondernemingskamer vastgestelde feiten staan in een aansprakelijkheidsprocedure ook niet op voorhand vast. Zelfs niet behoudens tegenbewijs.¹⁴⁹ Dit zal in de aansprakelijkheidsprocedure opnieuw aan de orde moeten komen. Bij de bewijsrechtelijke betekenis bestaat dus een onderscheid in de vaststelling van wanbeleid en de vastgestelde feiten ter ondersteuning van de vaststelling van dat wanbeleid. Eerstgenoemde staat ook vast in andere procedures, laatstgenoemde niet. Een bewijsachterstand zal er uiteraard wel zijn. De bewijskracht van het onderzoeksverslag kan namelijk groot zijn nu de rechter vrij is in de waardering van het aangedragen bewijs.¹⁵⁰

Vastgesteld wanbeleid brengt in een aansprakelijkheidsprocedure op grond van artikel 2:9 BW een ongunstigere positie voor de aangesprokene. In de eerder aangehaalde Laurus-beschikking noemde de Hoge Raad namelijk tevens dat het oordeel van de Ondernemingskamer dat van wanbeleid sprake is geweest, daarin onder omstandigheden wel de bewijsrechtelijke betekenis kan hebben dat de rechter, mede gelet op de inhoud van het door de onderzoekers opgestelde verslag en het daarover in de tweede procedure van de enquête gevoerde debat, voorshands bewezen acht dat de aangesproken persoon tegenover de rechtspersoon zijn taak niet heeft vervuld op de wijze waarop een redelijk bekwame en redelijk handelende functionaris die taak in de gegeven omstandigheden had behoren te vervullen.¹⁵¹ Het oordeel wanbeleid kan dus wel enige bewijsrechtelijke doorwerking hebben, namelijk ten aanzien van onbehoorlijke taakvervulling. Het vereiste van een ernstig verwijt is voor de aansprakelijkstelling ex artikel 2:9 BW hiermee nog niet op voorhand bewezen.¹⁵² De Hoge Raad kent hier in ieder geval een stuk meer waarde toe aan de voorafgaande enquêteprocedure. Aan de inhoud van het onderzoeksverslag en het daarover in de tweede procedure van de enquête gevoerde debat.

Over hoe dit gehele kader zich uitwerkt heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden zich uitvoerig uitgelaten. Een bewijsrechtelijke doorwerking van een wanbeleid oordeel moet niet tot uitgangspunt worden genomen. Dit dient beperkt te blijven tot sprekende gevallen waarin ten minste klip en klaar is (a) op welke bestuurder de – als wanbeleid van de rechtspersoon aan te merken – inhoud van het onderzoeksverslag betrekking heeft, (b) dat over die feiten en omstandigheden een gedegen debat heeft plaatsgevonden in de tweede enquêteprocedure en (c) dat het onder (a) en (b) bedoelde op deugdelijk wijze gebleken is in de aansprakelijkheidsprocedure.¹⁵³ Enkel in dat geval werkt het oordeel wanbeleid bewijsrechtelijk door in de vaststelling van onbehoorlijke taakvervulling.

Ook in het Curaçaose enquêterecht betekent het oordeel wanbeleid en de vaststelling van verantwoordelijkheid daarvoor niet persoonlijke aansprakelijkheid. Hetzelfde uiteengezette kader geldt. Verantwoordelijkheid is iets anders dan persoonlijke aansprakelijkheid. Het laatstgenoemde is niet aan de orde in een enquêteprocedure.¹⁵⁴ Zoals in paragraaf 3.3 reeds aan de orde kwam speelt

¹⁴⁸ HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3419 (Skipper Club/Jaarsma).

¹⁴⁹ HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010 (Laurus).

¹⁵⁰ Artikel 152 lid 2 Rv.

¹⁵¹ HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010 (Laurus) r.o. 3.8.

¹⁵² HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243 (Staleman/vd Ven).

¹⁵³ Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8067 r.o. 3.15 (Meepo Holding c.s./Meefout c.s.).

¹⁵⁴ HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607 (Meavita).

het aansprakelijk stellen van bestuurders in Curaçao echter veel minder. Er is tot op heden zelfs niet één aansprakelijkheidsprocedure die volgde op een enquêteprocedure.¹⁵⁵ De vragen omtrent de doorwerking van de vaststelling wanbeleid in een latere aansprakelijkheidsprocedure spelen hier dus veel minder. Het lijkt erop dat de curator in Curaçao de behoefte wanbeleid vast te stellen ten behoeve van een aansprakelijkstelling niet heeft.

4.2. Alternatieven in de Faillissementswet

Het gebruik van een enquêteonderzoek, de bijkomende voorzieningen van artikel 2:356 BW en het verzoek van artikel 2:354 BW in inquisitoire enquêtes is niet zonder bezwaren. Dat bracht ik reeds in het voorgaande naar voren. De procedure kent niet dezelfde waarborgen die een civiele aansprakelijkheidsprocedure kent voor de aangesprokenen. Hierdoor rijst de vraag of de Faillissementswet de curator niet reeds voldoende alternatieven aanreikt om openheid van zaken te krijgen en vast te stellen bij wie de verantwoordelijkheid ligt voor het beleid.

4.2.1. Het onderzoek

Uit paragraaf 3.1. volgde dat de curator de oorzaken van het faillissement dient te achterhalen. Een enquêteonderzoek kan in dat kader van waarde zijn voor de curator. Op grond van artikel 2:351 BW zijn de door de Ondernemingskamer benoemde personen namelijk gerechtigd tot raadpleging van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon waarvan zij kennisnemen. Bovendien zijn de bestuurders en commissarissen verplicht desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek. Artikel 2:352 BW voegt daaraan toe dat de raadsheer-commissaris bevelen kan geven die de omstandigheden nodig maken indien deze plichten worden geweigerd. Daarnaast kan de onderzoeker verzoeken een of meer personen als getuigen te horen.¹⁵⁶ Biedt de Faillissementswet niet reeds dezelfde soort middelen om het oorzakenonderzoek adequaat te kunnen verrichten?

In paragraaf 3.1. kwam naar voren dat Schimmelpenninck een protocol voor het doen van het oorzakenonderzoek heeft gemaakt.¹⁵⁷ De curator dient i) relevante feiten en omstandigheden in de periode voorafgaand aan het faillissement vast te stellen, ii) de verschillende oorzaken van het faillissement en hun onderlinge gewicht te beoordelen en iii) ieders bijdrage aan het ontstaan van het faillissement en de kans van slagen van een aansprakelijkheidsprocedure te beoordelen. De wetgever heeft de curator in de Faillissementswet ruime bevoegdheden gegeven om dit onderzoek uit te voeren.

Op grond van artikel 92 Fw zorgt de curator onmiddellijk na zijn aanstelling voor de bewaring van de boedel. Hij neemt onmiddellijk de bescheiden en andere gegevensdragers onder zich. Opgemerkt zij dat deze bevoegdheid zich in beginsel enkel uitstrekt over bescheiden en gegevensdragers in eigendom van de failliet. Gegevensdragers die niet tot het eigendom van de failliet behoren vallen hier dus niet onder. De bestanden van de failliet op die gegevensdragers van derden vallen wel onder de bevoegdheid.¹⁵⁸

Artikel 93a Fw bepaalt dat de curator toegang heeft tot elke plaats, voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is en voor zover het doel van het binnentreden dit redelijkerwijs vereist. Dit komt goed van pas om de relevante feiten van voorafgaand aan het faillissement vast te

¹⁵⁵ Frielink 2023, par 8.11.

¹⁵⁶ Artikel 2:352a BW.

¹⁵⁷ Schimmelpenninck, *TvI* 2008/20.

¹⁵⁸ Broeders, Schreurs, Feenstra 2019, par. 9.3.

stellen. Immers, de curator kan zo bijvoorbeeld digitale bestanden veiligstellen. De rechtbank Breda heeft zelfs overwogen dat de curator in dat kader mag binnentreden bij een derde om informatie die tot de administratie behoort veilig te stellen.¹⁵⁹ Er dienen dan wel voldoende aanwijzingen te zijn dat de informatie zich daadwerkelijk bij de derde bevindt.

De rechter-commissaris heeft op grond van artikel 66 Fw een ruime bevoegdheid om getuigen te horen of deskundigen te bevelen. Zulks kan op verzoek van de curator. De feiten en omstandigheden betreffende het faillissement kunnen op die manier voor de curator opgehelderd worden. In het kader van opheldering van feiten, zijn de bestuurders en commissarissen gehouden alle inlichtingen te verschaffen.¹⁶⁰ Hieronder valt tevens de plicht om de relevante gegevensdragers en de middelen om deze leesbaar te maken over te dragen.¹⁶¹ De gefailleerde dient zelfs uit eigen beweging de curator in te lichten over feiten en omstandigheden waarvan hij weet of behoort te weten dat deze voor de omvang, het beheer of de vereffening van de boedel van belang zijn.¹⁶²

De Faillissementswet stelt ook strenge sancties bij niet-nakoming van de verplichtingen uit deze wet. De sancties gelden tevens indien er gegronde vrees bestaat voor het niet nakomen van de verplichtingen. In dit kader kan de gefailleerde in verzekerde bewaring worden gesteld.¹⁶³ Bij het faillissement van een rechtspersoon is dit toepasselijk op bestuurders en commissarissen.¹⁶⁴

De Faillissementswet geeft de curator dus reeds ruime mogelijkheden om het oorzakenonderzoek adequaat te kunnen voldoen. De Ondernemingskamer kan daarentegen de onderzoeker in de enquêteprocedure machtigen tot het raadplegen van gegevensdragers van rechtspersonen die nauw verbonden zijn met de onderzochte rechtspersoon.¹⁶⁵ Dat lijkt een extra ten opzichte van de Faillissementswet. Echter, de Hoge Raad heeft bepaald dat de in artikel 105 Fw en 106 Fw vervatte inlichtingenplicht van bestuurders en commissarissen niet beperkt is tot feiten waarvan zij kennis dragen uit hoofde van hun functie bij de gefailleerde rechtspersoon.¹⁶⁶ De inlichtingenplicht kan dus betrekking hebben op informatie betreffende vennootschappen die verweven zijn met de gefailleerde rechtspersoon. Dat geeft hetzelfde effect als artikel 2:351 lid 2 BW.

Er is namelijk geen algemene definitie van een nauw verbonden rechtspersoon ex artikel 2:351 lid 2 BW gegeven. Dat verschilt per casus. Het criterium om vast te stellen of er sprake is van een nauw verbonden vennootschap is of het noodzakelijk is om inzicht te krijgen in de situatie bij die andere rechtspersoon om een correct beeld te krijgen van het beleid en de gang van zaken van de onderzochte rechtspersoon.¹⁶⁷ Dat hangt af van de onderzoekopdracht, het type enquête en de omstandigheden van het geval. In het geval van de inquisitoire enquête bij een failliete vennootschap, zullen de onderzoekers op zoek moeten naar wie verantwoordelijk is voor mogelijk blijvend wanbeleid. Dat betekent dat de focus erg zal liggen op het gevoerde beleid door de bestuurders. Om een goed beeld van het beleid en de gang van zaken van de betreffende rechtspersoon te krijgen zal informatie omtrent het beleid en het gedrag van die bestuurders centraal staan. Een nauw verbonden

¹⁵⁹ Rechtbank Breda 31 juli 2008, ECLI:NL:RBRE:2008:BD9054.

¹⁶⁰ Artikel 105 en 106 Fw.

¹⁶¹ Van Nielen, *TvI* 2013/13 par. 3.

¹⁶² Artikel 105 Fw tweede volzin.

¹⁶³ Artikel 87 Fw.

¹⁶⁴ Artikel 106 lid 1 Fw.

¹⁶⁵ Artikel 2:351 lid 2 BW.

¹⁶⁶ HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1541 (Adesco), r.o. 3.3.

¹⁶⁷ Hermans 2017, par. 6.7.4.

rechtspersoon zal in dat geval dus een rechtspersoon zijn die op een manier verweven is met de bestuurders. Dat zouden dan immers de rechtspersonen kunnen zijn waarin het noodzakelijk is een inzicht te krijgen voor een juist beeld van het beleid bij de onderzochte rechtspersoon. De inlichtingenplicht van artikel 105 Fw kan ook betrekking hebben op informatie betreffende die vennootschappen. Van die verweven vennootschappen heeft de bestuurder immers kennis en daarover kan hij inlichtingen geven. Ten aanzien van artikel 105 Fw plaatste de Hoge Raad wel een kanttekening. De bestuurder is met artikel 105 Fw niet gehouden tot het verstrekken van bepaalde inlichtingen indien deze hem zijn toevertrouwd in een niet met de gefailleerde rechtspersoon in verband staande andere functie en die hij wegens hun vertrouwelijke aard ook voor het faillissement gehouden was niet aan die rechtspersoon te openbaren.¹⁶⁸

Kortom, de Faillissementswet biedt dezelfde soort middelen om het oorzakenonderzoek te voldoen. Sterker nog, de Faillissementswet verschaft op bepaalde punten zelfs verdergaande bevoegdheden dan die de enquêteregeling verschaft. Gelijke middelen zijn het horen van getuigen en de inlichtingenplicht. Verdergaand is dat de curator bescheiden en gegevensdragers onder zich heeft terwijl de onderzoeker deze enkel kan raadplegen, de curator toegang tot elke plaats heeft en de sanctie van het in verzekerde bewaring stellen.

4.2.2. Middelen als in artikel 2:349a BW, 2:354 BW en 2:356 BW

In oudere beschikkingen oordeelt de Ondernemingskamer zelf dat de enquêteprocedure meerwaarde heeft ten opzichte van de instrumenten die de Faillissementswet toereikt.¹⁶⁹ De bevoegdheden uit het enquêterecht zouden op een aantal punten verschillen van die uit de Faillissementswet. De Ondernemingskamer is de mening toegedaan dat de Faillissementswet de middelen van artikel 2:349a BW, 2:351 BW, 2:354 BW en 2:356 BW niet kent. Bovendien zou er meerwaarde zitten in het feit dat het onderzoek in de enquêteprocedure kan leiden tot de vaststelling van wanbeleid en onder omstandigheden wie daarvoor verantwoordelijk is. In deze paragraaf zal ik onderzoeken of de Faillissementswet tegenhangers van deze middelen kent. Voor de analyse omtrent artikel 2:351 BW verwijs ik naar de vorige paragraaf.

Zoals ik eerder benoemde, heeft de curator waarschijnlijk geen behoefte aan onmiddellijke voorzieningen als bedoeld in artikel 2:349a lid 2 BW.¹⁷⁰ Dat de Faillissementswet niet een vergelijkbare bepaling kent, is dus niet van waarde voor de vergelijking van de middelen uit de enquêteregeling en Faillissementswet. De curator heeft deze voorzieningen immers toch niet nodig. Uit paragraaf 4.1.1. volgde dat het bij de voorzieningen uit artikel 2:356 BW voor de curator vooral gaat om het vernietigen van dechargebesluiten. De Faillissementswet kent de mogelijkheid tot vernietiging van een rechtshandeling op grond van de zogenoemde Actio Pauliana.¹⁷¹

De regeling van de pauliana maakt onderscheid tussen twee soorten rechtshandelingen. Onverplichte rechtshandelingen kunnen worden vernietigd indien de rechtshandeling benadeling van de schuldeisers tot gevolg had en de schuldenaar wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. Wanneer de onverplichte rechtshandeling anders dan om niet is

¹⁶⁸ HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1541 (Adesco), r.o. 3.3.

¹⁶⁹ OK 20 november 1997, NJ 1998/613 (De Haan), r.o. 3.6. Zie ook OK 22 december 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8232 (Ogem), r.o. 3.7; OK 7 december 1989 ECLI:NL:GHAMS:1989:AC0093 (Bredero), r.o. 4.3; OK 30 oktober 2003, JOR 2003/282, (Landis), r.o. 3.2.

¹⁷⁰ Spruitenburg, 2018.

¹⁷¹ Artikelen 42-51 Fw.

gebeurd komt hier nog een vereiste bij. Een vernietiging vereist dan tevens dat de wederpartij wist of behoorde te weten dat benadeling van de schuldeiser het gevolg van de rechtshandeling zou zijn.¹⁷² De curator kan verplichte rechtshandelingen vernietigen indien de wederpartij wist dat het faillissement van de schuldenaar reeds was aangevraagd, of de betaling het gevolg was van overleg tussen de schuldenaar en de schuldeiser dat ten doel had laatstgenoemde door die betaling boven andere schuldeisers te begunstigen.¹⁷³ Het vereiste van wetenschap van benadeling bij onverplichte rechtshandelingen wordt door de Hoge Raad aldus ingevuld dat *“ten tijde van de handeling het faillissement en het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte”*.¹⁷⁴

Een dechargebesluit kwalificeert als een onverplichte rechtshandeling om niet. Er bestond immers geen rechtsplicht toe en er staat geen tegenprestatie tegenover. Dat betekent dat de curator dit besluit op grond van artikel 42 lid 1 Fw kan vernietigen indien de schuldeisers door deze rechtshandeling zijn benadeeld, terwijl de schuldenaar wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling tot benadeling van schuldeisers zou leiden. Op grond van artikel 45 Fw wordt deze wetenschap bij de schuldenaar vermoed indien het dechargebesluit is genomen binnen één jaar voor de faillietverklaring. Voor de beoordeling van de benadeling dient een vergelijking gemaakt te worden van de feitelijke toestand met de hypothetische toestand dat de bestreden rechtshandeling achterwege gebleven was.¹⁷⁵ Men kan zich goed voorstellen dat schuldeisers door een dechargebesluit in hun verhaalsmogelijkheden worden benadeeld. Zonder een dechargebesluit bestaat immers de kans op een aansprakelijkstelling op grond van artikel 2:9 BW van bestuurders en/of commissarissen. Als de curator hierin slaagt, leidt dat tot een vordering ten behoeve van de boedel. Deze vordering kan door het dechargebesluit niet ontstaan. In dat geval leidt het besluit tot een verminderde omvang van het verhaalbaar vermogen. Met een beroep op de faillissementspauliana zou de curator een dechargebesluit kunnen vernietigen.

De Ondernemingskamer hanteert een ander criterium voor het vernietigen van een dechargebesluit. Zij kan dit doen indien uit het onderzoeksverslag van wanbeleid is gebleken en het bestuur verwijtbaar tekort is geschoten in een behoorlijke vervulling van hun taak.¹⁷⁶ Dat is een ander criterium dan de Faillissementswet stelt, maar de pauliana geeft wel hetzelfde resultaat. De curator heeft voor de vernietiging van dechargebesluiten dus niet de enquêteprocedure nodig. De Faillissementswet maakt het hem wellicht wel wat moeilijker. Één van de vereisten van de pauliana is immers dat de schuldeisers met de rechtshandeling in hun verhaalsmogelijkheden zijn benadeeld. De benadeling van een dechargebesluit zit in het feit dat aan de boedel niet een vordering op een bestuurder of commissaris toekomt. Zij kunnen immers niet aansprakelijk worden gesteld voor hetgeen waar decharge voor is verleend. Om de benadeling aan te tonen zou de curator dus reeds moeten aantonen dat het bestuur aansprakelijk is op grond van artikel 2:9 BW. Daarvoor moet hij eventueel een procedure voeren. In de enquêteprocedure zit het hele onderzoek naar het beleid besloten en is het hardmaken van de aansprakelijkheid niet aan de orde. Dat doet echter niets af aan het feit dat de Faillissementswet reeds een mogelijkheid tot het vernietigen van een dechargebesluit biedt.

¹⁷² Artikel 42 Fw.

¹⁷³ Artikel 47 Fw.

¹⁷⁴ HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493 (AMRO/Van Dooren III) r.o. 3.7.

¹⁷⁵ HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:PHR:2001:ZC3654 (Diepstraten/Gilhuis).

¹⁷⁶ Veenstra, *TvI* 2020/3, p. 172, die dit criterium destilleert uit een analyse van OK-uitspraken.

Een mogelijkheid tot het doen van een verzoek tot kostenverhaal zoals in artikel 2:354 BW geeft de Faillissementswet niet. In de INSOLAD praktijkregels zijn grondbeginselen geformuleerd die de curator in acht moet nemen: onafhankelijkheid, integriteit, objectiviteit, vakkundigheid en zorgvuldigheid.¹⁷⁷ In dat kader is het zorgvuldig en doelmatig om voor delen van het onderzoek gespecialiseerde derden in te schakelen.¹⁷⁸ Denk aan de opdracht aan een accountant een financieel onderzoek uit te voeren. Dit soort onderzoekskosten kwalificeren als boedelschulden, welk leerstuk ik in paragraaf 4.1.1. heb uitgewerkt. Dat betekent dat de onderzoekskosten die de curator maakt in het kader van zijn oorzakenonderzoek, ten laste van de boedel komen. Wil de curator ervoor zorgen dat hij zich ten behoeve van de boedel kan verhalen op bestuurders of commissarissen, dan is hij genoodzaakt een procedure op grond van artikel 2:9 BW, 2:248 BW of 6:162 BW te voeren. Een veroordeling op deze gronden vereist echter dat de curator een stuk meer bewijst dan de 'verantwoordelijkheid voor een onjuist beleid' die nodig is voor veroordeling op grond van artikel 2:354 BW. Een uitvoerige uiteenzetting van de bestuurdersaansprakelijkheidsgronden gaat het bestek van deze scriptie te buiten, dus ik volsta met een korte samenvatting. Voor een veroordeling op grond van artikel 2:9 BW dient de curator te onderbouwen dat sprake is van ernstig verwijtbare onbehoorlijke taakvervulling. Artikel 2:248 BW vereist dat er sprake is van kennelijk onbehoorlijke taakvervulling die een belangrijke oorzaak van het faillissement is. Tenslotte vereist artikel 6:162 BW dat een persoonlijk ernstig verwijt door de schuldeisers gemaakt kan worden. Succesvol gebruik van artikel 2:354 BW in plaats van enkel de Faillissementswet leidt ertoe dat de gemaakte onderzoekskosten niet ten laste van de boedel komen.

4.3. Tussenconclusie

De vraag die dit hoofdstuk centraal stond was wat de reden voor een curator is om een enquêteverzoek in te dienen. Het antwoord is als volgt. Een enquêteonderzoek kan van waarde zijn voor de curator aangezien hij de oorzaken van het faillissement dient te achterhalen. Op grond van artikel 2:351 BW zijn de door de Ondernemingskamer benoemde personen namelijk gerechtigd tot raadpleging van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon waarvan zij kennisnemen. Bovendien zijn de bestuurders en commissarissen verplicht desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek. Daarnaast kan de onderzoeker verzoeken een of meer personen als getuigen te horen.

Met artikel 2:356 BW kan de curator een dechargebesluit laten vernietigen. Hierdoor kan hij vervolgens bestuurders en commissarissen die verantwoordelijk zijn voor de onbehoorlijke taakvervulling aansprakelijk stellen op grond van artikel 2:9 BW. Zij hadden zich anders achter het dechargebesluit kunnen verschuilen. Bovendien kan de curator met een verzoek op grond van artikel 2:354 BW de kosten van het onderzoek verhalen op bestuurders en commissarissen. Hiermee kan hij dus kosten, die anders ontstonden als hij zelf een oorzakenonderzoek had uitgevoerd, verhalen. Anders kwamen deze ten laste van de boedel. Tevens laat de Ondernemingskamer zich met toewijzing van dat verzoek uit over de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van individuele bestuurders en/of commissarissen. Dat is logischerwijs gunstig voor een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure. Daarnaast biedt de vaststelling van wanbeleid een opstapje naar aansprakelijkheid. Weliswaar betekent wanbeleid niet één op één bewijsrechtelijke doorwerking in een aansprakelijkheidsprocedure, maar de invulling van het begrip wanbeleid laat zien dat dit in sterke

¹⁷⁷ Artikel 1.1 INSOLAD Praktijkregels.

¹⁷⁸ Broeders, Schreurs, Feenstra 2019, par. 9.3.

mate raakt aan aansprakelijkheid. Is er sprake van wanbeleid, dan zal er ook al snel sprake zijn van aansprakelijkheid van bestuurders en/of commissarissen. Het is ook de vaststelling van dit wanbeleid dat wel bindend is in een opvolgende procedure. Sterker nog, de vaststelling levert ten aanzien van onbehoorlijke taakvervulling als bedoeld in artikel 2:9 BW onder bepaalde omstandigheden wel bewijsrechtelijke doorwerking op.

Kan de curator dit alles dan niet reeds middels de Faillissementswet bereiken? De Ondernemingskamer meent zelf dat de enquêteprocedure met artikel 2:349a, 2:351, 2:354 en 2:356 BW meerwaarde heeft ten opzichte van de instrumenten die de Faillissementswet toereikt. Zoals eerder vastgesteld heeft de curator echter geen behoefte aan de voorzieningen van artikel 2:349a BW. Het laten vernietigen van dechargebesluiten middels 2:356 BW kan de curator tevens bereiken met artikel 42 Fw, zij het met iets meer hobbels aan vereisten. Op grond van dit artikel kan hij dit besluit vernietigen indien de schuldeisers door deze rechtshandeling zijn benadeeld, terwijl de schuldenaar wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling tot benadeling van schuldeisers zou leiden. Ten behoeve van een adequaat oorzakenonderzoek geeft de Faillissementswet met de artikelen 93 Fw, 66 Fw, 105 Fw en 106 Fw dezelfde of soms zelfs verdergaande middelen dan artikel 2:351 BW de onderzoeker verschaft. Gelijke middelen zijn het horen van getuigen en de inlichtingenplicht. De inlichtingenplicht is niet beperkt is tot feiten waarvan de bestuurder of commissaris kennis draagt uit hoofde van hun functie bij de gefailleerde rechtspersoon. Verdergaand is dat de curator bescheiden en gegevensdragers onder zich heeft terwijl de onderzoeker deze enkel kan raadplegen, de curator toegang tot elke plaats heeft en de sanctie van het in verzekerde bewaring stellen.

Artikel 2:354 BW heeft geen vergelijkbare tegenhanger in de Faillissementswet. Dit terwijl het kostenverhaalverzoek ervoor zorgt dat de Ondernemingskamer zich uitlaat over verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van individuele bestuurders en/of commissarissen. Bovendien kunnen bij toewijzing van het verzoek enquêtekosten verhaald worden ondanks dat deze kwalificeren als boedelkosten. Dit terwijl onderzoekskosten buiten de enquêteprocedure altijd ten laste van de boedel zullen komen. Hetgeen enkel opgeheven kan worden door een vordering uit aansprakelijkheid op een bestuurder of commissaris te genereren. Het is echter ten zeerste de vraag of het gebruik van dit artikel door de curator wel wenselijk is. Er wordt namelijk reeds geoordeeld over aansprakelijkheid. In de enquêteprocedure lijkt echter minder acht op de beginselen van behoorlijke procesorde te worden geslagen. In het volgende hoofdstuk zal ik hier dan ook nog kritisch naar kijken.

Hoofdstuk 5: De problemen bij het gebruik van artikel 2:346 lid 3 BW

5.1. De bezwaren en problemen bij de uitoefening van de enquêtebevoegdheid door de curator

Het vorige hoofdstuk maakt duidelijk dat de curator eigenlijk maar in twee aspecten van de enquêteprocedure meerwaarde vindt: de vaststelling van wanbeleid en het kostenverhaalverzoek van artikel 2:354 BW. Volledigheidshalve zij opgemerkt dat waarheidsvinding ook behulpzaam kan zijn zonder dat het tot de vaststelling van wanbeleid leidt. Echter, zoals ik in paragraaf 4.2.1. vaststelde heeft de curator de onderzoeksfase van de enquêteprocedure daar niet voor nodig. De Faillissementswet reikt hem reeds voldoende middelen aan voor adequate waarheidsvinding.

Dat de curator wellicht behoefte heeft aan de vaststelling van wanbeleid en het kostenverhaalverzoek, betekent echter nog niet dat het gebruik van de enquêteprocedure door hem niet op problemen stuit. Zo gebruikt de curator de enquêteprocedure om personen verantwoordelijk te houden voor wanbeleid in aanloop naar een aansprakelijkheidsprocedure. Het met het oog hierop achterhalen van de feiten is op de nodige kritiek gestuit, zoals ik in het vorige hoofdstuk reeds aanstipte. Bovendien is de enquêteprocedure een kostbaar instrument waardoor de vraag rijst of het bekostigen hiervan überhaupt wel mogelijk is in geval van een faillissement. In dit hoofdstuk zal ik dan ook onderzoeken of deze bezwaren grond hebben en of de enquêteprocedure bij een failliete vennootschap op problemen stuit.

5.1.1. Fishing expeditions

Met het onderzoek in de enquêteprocedure wordt bewijs verzameld dat kan worden gebruikt voor een latere aansprakelijkheidsprocedure. Er kan een behoorlijk compleet overzicht van alle relevante documenten worden gekregen door de uitgebreide bevoegdheden van de onderzoeker op grond van artikel 2:351-352a BW.¹⁷⁹ Er is veel kritiek geuit op dit gebruik van de enquêteprocedure.¹⁸⁰ Die kritiek ziet voornamelijk op de wijze van feiten verzamelen. De onderzoeker heeft immers veel bevoegdheden om tot een feitenoverzicht te komen. Gebruikt de curator de enquêteprocedure dan krijgt hij veel informatie. Men beticht hem van een 'fishing expedition'. Dit gebruik van de enquête zou in strijd zijn met de parlementaire geschiedenis en de bedoeling van de enquête die daaruit kan worden afgeleid. Bovendien zou het tegenstrijdig zijn met de wetteksten van de artikelen 2:345 BW, 2:349 BW en 2:350 BW. In deze artikelen gaat het namelijk continu over onderzoek 'naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon'. Dat houdt iets anders in dan puur informatie verzamelen als opstap naar een aansprakelijkheidsprocedure. Dit lijkt niet de bedoeling van een enquête, zo wordt gesteld. Het gebruik van de enquêteprocedure voor fishing expeditions wordt dan ook gezien als oneigenlijk gebruik van het enquêterecht.¹⁸¹

Over dat laatste kan ik het volgende zeggen. Mijns inziens is in de Ogem-beschikking reeds duidelijk gemaakt dat de enquêteprocedure tevens kan dienen ter opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid.¹⁸² De parlementaire geschiedenis en de artikelen 2:345 BW, 2:349 BW en 2:350 BW moeten dan ook in het licht hiervan worden gelezen.

¹⁷⁹ Broere 2022, par 8.3.

¹⁸⁰ Spruitenburg 2022; Veenstra 2013; van Solinge 2017.

¹⁸¹ Van Mierlo, *Ondernemingsrecht* 2005/138, p. 2.

¹⁸² HR 10 januari 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC1234 (Ogem).

Dat de artikelen 2:345 BW, 2:349 BW en 2:350 BW over een onderzoek ‘naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon’ spreken, betekent dus niet dat het gebruiken van de enquêteprocedure om feiten te verzamelen hiermee in strijd komt. De enquêteprocedure kan ook daarvoor worden gebruikt. De Hoge Raad heeft immers nog verder duidelijk gemaakt dat indien het voornaamste achterliggende motief van verzoekers het vergaren van informatie is, maar toch ook één of meer doeleinden van een enquête gerealiseerd worden, dit op zichzelf geen grond voor afwijzing van de enquête vormt.¹⁸³ Dat betekent dat het vergaren van informatie ter opening van zaken en ter vaststelling van verantwoordelijkheid voor wanbeleid geen strijd oplevert met de gedachte van de artikelen 2:345 BW, 2:349 BW en 2:350 BW.

Fishing expeditions vormen verder de kern van het reeds vaker in deze scriptie besproken bezwaar dat de enquêteprocedure door haar bijzondere aard afwijkende bewijsregels kent en de waarborgen van artikel 6 EVRM niet van toepassing zijn.¹⁸⁴ Op grond van dit artikel heeft een ieder recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak. Onder dit recht vallen beginselen als de verplichting tot het volgen van een goede procesorde, het recht op hoor en wederhoor, gelijkheid van wapenen en het recht op een motivering van een uitspraak.¹⁸⁵ Deze beginselen van een behoorlijke procesorde lijken niet te worden toegepast bij de enquêteprocedure. Dit terwijl de curator informatie voor een aansprakelijkheidsprocedure reeds verzameld. De enquêteprocedure wordt dus gebruikt als opstapje naar een aansprakelijkheidsprocedure. Enkele schrijvers hebben zich dan ook afgevraagd of dat gebruik van de enquêteprocedure wel in overeenstemming is met de in artikel 6 EVRM neergelegde beginselen van een behoorlijke procesorde.¹⁸⁶ De Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) hebben deze vraag zelf bevestigend beantwoord.¹⁸⁷ De bezwaren van de schrijvers zien vooral op het recht van partijen over en weer te worden gehoord en het recht van partijen in gelijke mate bewijs en tegenbewijs te leveren.

5.1.1.1 Hoor en wederhoor in de Faillissementswet

Om te beoordelen of deze bezwaren aan het gebruik van de enquêtebevoegdheid door de curator gegrond zijn, is allereerst van belang vast te stellen of artikel 6 EVRM ook geldt in de Faillissementswet. Wordt de hoor en wederhoor hierin dan wel voldoende in acht genomen? Als dat niet het geval is, verliezen de bezwaren omtrent het gebruik van de enquêteprocedure ten opzichte van de faillissementsprocedure immers hun kracht. Ik zal mij beperken tot bespreking van het recht van partijen over en weer te worden gehoord. Zoals ik benoemde zien de bezwaren immers vooral op dit recht. Een extensieve bespreking van de verhouding tussen de Faillissementswet en alle rechten van artikel 6 EVRM gaat het bestek van deze scriptie te buiten.

De Faillissementswet kent een ander procesrecht dan het ‘gewone’ burgerlijk procesrecht. Zo worden belanghebbenden niet altijd gehoord. De procedure tot faillietverklaring valt echter ook onder artikel 6 EVRM.¹⁸⁸ In artikel 6 EVRM is bepaald dat ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen recht heeft op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft duidelijk gemaakt dat hoor en wederhoor een eminente plaats

¹⁸³ HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:BD5516, r.o. 3.3.3 (KPNQwest).

¹⁸⁴ HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240 (Text Lite); Artikel 284 Rv en HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010 (Laurus), r.o. 3.9.

¹⁸⁵ Apeldoorn 2009, p. 99.

¹⁸⁶ Veenstra 2013, *Ondernemingsrecht* 2013/108.

¹⁸⁷ HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240 (Text Lite).

¹⁸⁸ HR 26 juni 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4219 en HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329.

inneemt bij de opening van een insolventieprocedure in de organisatie en het verloop van een eerlijk proces.¹⁸⁹ Naar gelang van de voor de uitspraak vereiste spoed kan de wijze waarop hoor en wederhoor wordt toegepast verschillen, maar elke beperking moet gerechtvaardigd worden en gepaard gaan met procedurele waarborgen om de spoedeisende maatregelen te betwisten. De Hoge Raad heeft in 1982 reeds bepaald dat de schuldenaar op wie het verzoek tot faillietverklaring betrekking heeft moet worden opgeroepen voor de mondelinge behandeling van het faillissementsverzoek.¹⁹⁰ Zo kan hij ten aanzien van het verzoek worden gehoord. Indien een partij dan stukken in het geding brengt, dient de wederpartij gelegenheid te hebben zich daarover uit te laten.¹⁹¹ In dat opzicht voldoet de Nederlandse procedure tot faillietverklaring dus aan het beginsel van hoor en wederhoor. Schuldeisers – die niet het verzoek tot faillietverklaring hebben gedaan - of andere belanghebbenden worden niet gehoord bij het verzoek. Dat komt door het spoedeisende karakter van de faillissementsprocedure. Zoals ik zojuist vaststelde, is dat een gerechtvaardigde beperking op het beginsel van hoor en wederhoor. Mits hier procedurele waarborgen voor zijn. Dat is het geval. Elke schuldeiser en elke belanghebbende kan tegen de faillietverklaring in verzet.¹⁹² Voor werknemers geldt een aparte beroepsmogelijkheid.¹⁹³ Dat betekent dat de procedure tot faillietverklaring aan het beginsel van hoor en wederhoor ex artikel 6 EVRM voldoet.

Echter, de gerechtelijke vereffening valt niet onder artikel 6 EVRM. Het moment waarop artikel 6 EVRM in werking treedt, is namelijk wanneer er een betwisting of geschil ontstaat met betrekking tot een recht.¹⁹⁴ Bij de afwikkeling van de boedel worden geen burgerlijke rechten en plichten van de schuldenaar vastgesteld en wordt geen geschil opgelost met betrekking tot de rechten van de betrokken partijen.¹⁹⁵ Dat maakt dat de beginselen van artikel 6 EVRM hierbij niet toegepast hoeven te worden. Of de gerechtelijke vereffening voldoende uitwerking geeft aan het beginsel van hoor en wederhoor is dus irrelevant voor mijn onderzoek in dit hoofdstuk.

Wel van belang is te kijken of hoor en wederhoor bij het oorzakenonderzoek uit de Faillissementswet voldoende wordt toegepast. Dat is immers de tegenhanger van het onderzoek in de enquêteprocedure als de curator niet van de enquêteprocedure gebruik zou maken. Zoals het onderzoek van de onderzoekers in de enquêteprocedure wordt afgesloten met een onderzoeksverslag, wordt het oorzakenonderzoek van de curator afgesloten met een onderzoeksrapport. Dit rapport bevat de conclusies omtrent ieders bijdrage aan het ontstaan van het faillissement, de grondslag voor aansprakelijkheid, de kans van slagen van een procedure en de mogelijkheden van verhaal.¹⁹⁶ Het rapport bevat dus net als bij het onderzoeksverslag in de enquêteprocedure belangrijke informatie voor een aansprakelijkheidsprocedure. Hoor en wederhoor wordt ten aanzien van het onderzoeksrapport zeker toegepast. Uit de INSOLAD Praktijkregels volgt namelijk dat de curator hoor en wederhoor dient toe te passen.¹⁹⁷ Zo dient hij niet tot aansprakelijkstelling over te gaan zonder de aansprakelijk te stellen personen eerst in de gelegenheid te stellen hun visie op de gang van zaken te geven. Rapporten dienen dus tijdig ter beschikking te worden gesteld aan de bestuurder en/of

¹⁸⁹ HvJ EG 2 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:281 r.o. 65.

¹⁹⁰ HR 29 oktober 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4466.

¹⁹¹ HR 3 juni 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AB8464 r.o. 3.3.

¹⁹² Artikel 10 Fw.

¹⁹³ Artikel 67 lid 2 Fw.

¹⁹⁴ EHRM 23 oktober 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC9055 par. 32.

¹⁹⁵ Apeldoorn 2009, p. 92.

¹⁹⁶ Gezien het protocol voor het oorzakenonderzoek van Schimmelpenninck dat eerder werd besproken.

¹⁹⁷ Artikel 5 lid 2 INSOLAD Praktijkregels.

commissaris. Er wordt veel waarde gehecht aan deze hoor en wederhoor in het oorzakenonderzoek. Zo achtte de Rechtbank Gelderland het noodzakelijk een nieuwe deskundige te benoemen toen de curator ter onderbouwing van zijn aansprakelijkheidsvordering een rapport van een deskundige inbracht terwijl de gedaagden niet de mogelijkheid hadden gekregen vragen te stellen aan de deskundige en opmerkingen bij dit rapport te plaatsen.¹⁹⁸ Het niet (tijdig) toepassen van hoor en wederhoor kan voor de curator zelfs leiden tot een tuchtrechtelijk verwijt.¹⁹⁹ Uit het onderzoeksrapport moet ook duidelijk blijken hoe invulling is gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor.²⁰⁰

5.1.1.2. Waarborgen bij verzamelen van feiten enquêteprocedure

In het oorzakenonderzoek van de curator uit de Faillissementswet wordt dus in ieder geval voldoende gehoor gegeven aan de waarborg van hoor en wederhoor. De vraag rijst dan of de bezwaren omtrent de inquisitoire enquête van de curator en artikel 6 EVRM inderdaad grond hebben. In dat geval zou het namelijk niet wenselijk zijn dat de curator voor zijn onderzoek gebruikt maakt van zijn enquêtebevoegdheid in plaats van zijn eigen oorzakenonderzoek. Hij heeft immers met de Faillissementswet reeds een mogelijkheid tot het doen van onderzoek met voldoende waarborgen.

Zoals in paragraaf 2.4 naar voren kwam bestaan er grote verschillen tussen het toetsingskader van de dagvaardings- en de verzoekschriftprocedure. De enquêteprocedure is een verzoekschriftprocedure waar onder meer de artikelen 261 tot en met 291 Rv op van toepassing zijn, waar één instantie toetst, en afwijkende bewijsregels gelden. Nu heeft de minister met de Wet aanpassing enquêterecht een voorstel tot artikel 2:351 lid 4 gedaan, waarna dit lid is toegevoegd.²⁰¹ Het lijkt alsof hiermee meer gehoor is gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor. Op grond van dit artikel dienen de onderzoekers namelijk een verslag op te stellen van hun bevindingen en dienen zij degenen die in het verslag worden genoemd in de gelegenheid te stellen om opmerkingen te maken ten aanzien van wezenlijke bevindingen die op henzelf betrekking hebben. Door verschillende schrijvers is echter geconcludeerd dat dit artikel nog steeds niet voldoet aan het beginsel van hoor en wederhoor.²⁰²

Ik ben het met hen eens. De enkele omstandigheid dat iemand in het verslag wordt genoemd, betekent namelijk nog niet dat altijd het gehele verslag aan die persoon moet worden overgelegd.²⁰³ Dat komt mij vreemd voor. Om adequaat te kunnen reageren dient de in het verslag genoemde persoon wel de hele context van het verslag te kunnen lezen. De minister heeft hierbij de uitleg gegeven dat er regelmatig namen in het verslag worden genoemd terwijl dat voor de conclusies van onderzoekers niet relevant is.²⁰⁴ Tevens zijn onderzoekers niet verplicht om eventuele opmerkingen van de betrokken personen over te nemen en het verslag hierop aan te passen. Het oordeel wanbeleid en een eventueel kostenverhaal zijn daarentegen wel gebaseerd op dit verslag. Bovendien worden met een 'fishing expedition' nu juist feiten uit dit verslag gehaald. Mijns inziens voldoet de procedure met artikel 2:351 lid 4 BW dus nog steeds niet aan het beginsel van hoor en wederhoor.

¹⁹⁸ Rb. Gelderland 26 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4745 (König q.q./Enwee Beheer).

¹⁹⁹ Raad van Discipline 17 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276.

²⁰⁰ Hox, *Tvl* 2018/42, par 4.1.

²⁰¹ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 887, nr. 3, p. 38.

²⁰² Leijten, *WPNR* 2010/6827, p. 63; Bartman, Holtzer, *Ondernemingsrecht* 2010/4, p. 83.

²⁰³ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 887, nr. 3, p. 38.

²⁰⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 32 887, nr. 3, p. 38.

Echter wanneer burgerlijke rechten en plichten in de zin van artikel 6 EVRM worden vastgesteld en er een betwisting of een geschil over dit recht is, hebben de aangesprokene het recht op hoor en wederhoor.²⁰⁵ Ik noemde reeds dat de curator de enquêteprocedure eventueel de enquêteprocedure zou gebruiken voor de vaststelling van wanbeleid en/of het kostenverhaal van artikel 2:354 BW. De vraag is dus of met het vaststellen van wanbeleid en/of een kostenverhaal ex artikel 2:354 BW burgerlijke rechten en plichten worden vastgesteld. Kwalificaties die de Ondernemingskamer aan het beleid in een vennootschap geeft kunnen doorwerken in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure, of in ieder geval bewijs opleveren. Dat heb ik in paragraaf 4.1.2. uitvoerig besproken. Dat vind ik in dit kader echter niet bezwaarlijk. Wanneer wanbeleid aan de orde is zijn er hoe men het ook wendt of keert ernstige fouten gemaakt. Hetgeen mijns inziens zelfs al raakt aan de normen voor aansprakelijkheid.²⁰⁶ Om ten aanzien van ernstige fouten reeds de feiten boven water te krijgen vind ik niet kwalijk. Weliswaar heeft de aangesprokene zeker een bewijsachterstand nu er een geheel onderzoeksverslag met feiten ten grondslag ligt aan de vaststelling wanbeleid, maar dit werkt niet zomaar rechtstreeks bewijsrechtelijk door. Louter in sommige klip en klare gevallen waarover een gedegen debat heeft plaatsgevonden kan in het geval van een aansprakelijkstelling op grond van artikel 2:9 BW sprake zijn van bewijsrechtelijke doorwerking ten aanzien van onbehoorlijke taakvervulling.²⁰⁷ Vaststaat dat de rechter de bevindingen uit de enquêteprocedure niet zo maar overneemt in een aansprakelijkheidsprocedure. Een bewijsachterstand voor de aangesprokene partij is dan ook niet onaanvaardbaar. De burgerlijke rechten en plichten worden pas vastgesteld in een latere civiele aansprakelijkheidsprocedure die wel de bewijsrechtelijke- en artikel 6 EVRM waarborgen kent.

Dit zit naar mijn mening anders bij een kostenverhaalverzoek ex artikel 2:354 BW. Zoals ik in paragraaf 4.1.1. reeds uitwerkte, heeft de Ondernemingskamer bij toewijzing van dit verzoek reeds aansprakelijkheid van de aangesprokene persoon vastgesteld. Het oordelen over en vaststellen van aansprakelijkheid in de enquêteprocedure komt mij wel kwalijk voor. In dat geval worden er weldegelijk burgerlijke rechten en plichten in de zin van artikel 6 EVRM van de aangesprokene vastgesteld. Dat is niet juist nu hier niet wordt voldaan en het beginsel van hoor en wederhoor en er afwijkende bewijsregels gelden.

Interessant is dat bepaalde auteurs hebben gepleit voor het introduceren van een tweede feitelijke instantie in de enquêteprocedure, of de procedure om te zetten in een dagvaardingsprocedure.²⁰⁸ Ik sluit mij hier echter bij de minister aan die meent dat dit ten koste gaan van de snelheid van de procedure.²⁰⁹ Dat is nu juist een van de krachten van de enquêteprocedure. Van Solinge stelt voor de brug tussen de enquêteprocedure en een aansprakelijkstelling te verwijderen zodat deze kloof weer moeilijker te overbruggen zal zijn.²¹⁰ Dit zou bereikt kunnen worden door de Ondernemingskamer niet meer te laten oordelen over kostenverhaal en de vernietiging van dechargebesluiten. Bovendien zou het oordeel wanbeleid geen bindende kracht en ook geen bewijsnadeel in een aansprakelijkheidsprocedure meer moeten hebben. Dat lijkt mij niet nodig.

²⁰⁵ EHRM 23 oktober 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC9055 par. 32.

²⁰⁶ Zie voor een uitwerking van de definitie van 'wanbeleid' paragraaf 4.1.2.

²⁰⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8067 r.o. 3.15 (Meepo Holding c.s./Meefout c.s.).

²⁰⁸ Het eerste: Josephus Jitta 2004, p. 17; Het tweede: van der Korst, Wassenaar 2010 p. 207-223.

²⁰⁹ *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 887, nr. 3, p. 23.

²¹⁰ Van Solinge 2017, par 23.11.

In dat kader is het namelijk fraai inspiratie aan de Curaçaose enquêteregeling te ontleen. Op dit punt heeft Curaçao afgeweken van de Nederlandse enquêteregeling en een andersluidende bepaling bedacht. Op grond van artikel 2:279 lid 2 CBW moet uit het verslag blijken dat de inhoud daarvan aan het bestuur en de raad van commissarissen in concept is voorgelegd, dit tot hun opmerkingen heeft geleid en tot welke aanpassingen dat heeft geleid. Er dient tevens zoveel mogelijk te worden gemotiveerd waarom concrete suggesties tot aanpassing niet zijn overgenomen indien daar sprake van is. Dat lijkt mij een goede oplossing om het gebruik door de curator van artikel 2:354 BW in lijn met artikel 6 EVRM te brengen. Het op die manier versterken van de enquêteprocedure met meer waarborgen voor bestuurders en commissarissen kan de oplossing zijn. Zolang hier echter niets aan is gedaan, is het niet wenselijk dat de curator voor artikel 2:354 BW de enquêteprocedure gebruikt.

5.1.2. De kosten van enquête

Een ander probleem bij het gebruik van zijn enquêtebevoegdheid door de curator zijn de kosten die een enquêteprocedure met zich meebrengt. De enquêteprocedure is immers een kostbaar instrument. Juist in het geval van een faillissement is het de vraag of hier genoeg middelen voor zijn. Als dat niet het geval is, zal de bevoegdheid van artikel 2:346 lid 3 BW geen nut hebben.

Zoals ik in paragraaf 4.1.1. reeds besprak, kwalificeren de uit de enquêteprocedure voortvloeiende kosten als boedelvorderingen.²¹¹ Dat leidt ertoe dat deze kosten als allereerste ten laste van de boedel komen. Een curator zal dus af zien van een enquêteverzoek in faillissementen met een kleine boedel.

Hier ontstaat een probleem. Zoals uit hoofdstuk 4 volgde, vindt de curator in een enquêteprocedure enkel meerwaarde in de vaststelling van wanbeleid en een kostenverhaalverzoek op grond van artikel 2:354 BW. Een enquêteprocedure zorgt daarentegen logischerwijs voor een vertraging in de afwikkeling van het faillissement en brengt extra kosten met zich mee. Juist nu Nederland kampt met een legeboedelproblematiek.²¹² Dat komt doordat bij een faillietverklaring niet hoeft te blijken dat een schuldenaar vermogen heeft dat onder de schuldeisers kan worden verdeeld. Zelfs als er duidelijk is dat er geen vermogen is, belet dat niet een faillietverklaring. Dat leidt ertoe dat de curator vaak zijn eigen salaris en de andere faillissementskosten niet eens uit de boedel kan voldoen. Naar mijn mening dient dit inmiddels lang en breed bekende probleem opgelost te worden, maar dat gaat het bestek van deze scriptie te buiten. Het leidt er ten aanzien van dit onderzoek in ieder geval toe dat de kans erg groot is dat de boedel in een faillissement niet voldoende is om de kosten van de enquêteprocedure te dragen. Met andere woorden, in weinig gevallen zal de curator zijn bevoegdheid uit artikel 2:346 lid 3 BW daadwerkelijk kunnen gebruiken. De consequentie is dat de enquête geen doorgang vindt. Cruciaal is het dus om duidelijk te hebben hoe de praktijk hiermee om zou moeten gaan. Wil de curator zijn enquêtebevoegdheid kunnen benutten zal voor dit probleem een oplossing moeten komen. Zo is bijvoorbeeld de vraag gerezen of in dit verband aanvullende wetgeving nodig is.²¹³

Er bestaat reeds een mogelijkheid voor de curator om extra middelen te verkrijgen in geval van een ontoereikende boedel. De curator kan namelijk de minister van Justitie op grond van artikel 2:138 lid 10 BW en 2:248 lid 10 BW verzoeken hem bij wijze van voorschot de benodigde middelen te verschaffen. Dit kan hij indien de boedel ontoereikend is voor het instellen van een rechtsvordering jegens een bestuurder op grond van artikel 2:138 BW, 2:248 BW of 2:9 BW of voor het instellen van

²¹¹ HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (Koot Beheer/Tideman).

²¹² van Zanten, *Tvl* 2022/6.

²¹³ *Kamerstukken II*, 2010/11, 32 887, nr. 3, p. 29.

een voorafgaand onderzoek naar de mogelijkheid daartoe. De Garantstellingsregeling Curatoren 2012 bevat nadere regels voor de beoordeling van de gegrondheid van het verzoek en de reikwijdte.²¹⁴ Hieruit blijkt dat de curator deze regeling tevens kan gebruiken om een voorschot te vragen voor de kosten van een verhaalsonderzoek of een vooronderzoek.²¹⁵ Met andere woorden: ook als de curator nog moet beginnen aan zijn oorzakenonderzoek kan hij een beroep doen op de regeling. Dat leidt ertoe dat er middelen in de boedel komen en de boedel dus niet direct opdraait voor de kosten ten behoeve van dat onderzoek.

De minister heeft met de Wet Aanpassing Enquêterecht 2013 duidelijk gemaakt dat deze garantstelling niet mogelijk is ter financiering van een enquêteprocedure. Zo overwoog hij dat de enquêteprocedure op zichzelf niet tot gevolg heeft dat geld in de boedel vloeit. Er is dus geen sprake van een opbrengst waarmee een eventueel door de overheid verstrekt voorschot kan worden terugbetaald.²¹⁶ Dat terugbetalen is namelijk een vereiste voor de garantstelling.

Lennarts en de Vries zijn tevens kritisch op het gebruik van de Garantstellingsregeling voor een enquêteprocedure. Zij stellen dat de Garantstellingsregeling twee doeleinden heeft, namelijk de bestrijding van misbruik van rechtspersonen en het beschermen van de belangen van de concurrente schuldeisers door beperking van onverhaalbare vorderingen. Dat laatste doel zou voorop staan.²¹⁷ Bovendien zien zij verschillende obstakels. De curator kan slechts een beroep doen op de regeling als aannemelijk is dat een vordering op grond van artikel 2:9 BW, 2:138/248 BW, en/of 2:259 BW, en/of 42 e.v. Fw iets oplevert voor de boedel. Hierbij dient de te verwachten boedelopbrengst ten minste vier keer het bedrag van de gevraagde garantstelling te bedragen. Tenslotte dient het verstrekte voorschot in beginsel door de curator terugbetaald te worden. Dit alles zien zij als een lastige opgave. De curator heeft het verloop van de enquêteprocedure namelijk niet in de hand en juist nog weinig bewijs voor het slagen van een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure.

De minister onderschrijft echter dat de beide doelstellingen van de Garantstellingsregeling hand in hand met elkaar gaan en dat de regeling een prikkel voor bestuurders oplevert om hun taak behoorlijk te vervullen.²¹⁸ Dat doel wordt mede met de enquêteprocedure bereikt. Juist wanneer de curator het verzoek heeft ingesteld als opstap naar een aansprakelijkheidsprocedure. Bovendien dient het gebruik van de Garantstellingsregeling ten behoeve van een enquêteverzoek de belangen van de schuldeisers. Immers, de Garantstellingsregeling biedt de curator de mogelijkheid een enquête te starten en daarna bestuurders en/of commissarissen aansprakelijk te stellen. Een toegewezen aansprakelijkheidsvordering zorgt voor meer geld in de boedel. Van Mierlo heeft in dit kader nog betoogd dat de curator ten behoeve van een enquêteprocedure inderdaad aanspraak op de Garantstellingsregeling kan maken, gegeven het gewicht van het oordeel van de Ondernemingskamer dat sprake is van wanbeleid in verband met een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure.²¹⁹

De Garantstellingsregeling verplicht de curator inderdaad in beginsel het aan hem verstrekte voorschot terug te betalen. Daar biedt de enquêteprocedure reeds een oplossing voor. Het terugbetalen zou mogelijk zijn met een kostenverhaal als bedoeld in artikel 2:354 BW. Op grond van artikel 6 lid 1 sub e

²¹⁴ Garantstellingsregeling curatoren 2012.

²¹⁵ Artikel 2 garantstellingsregeling.

²¹⁶ *Kamerstukken II* 2010/11, 32887, 3, p. 37.

²¹⁷ Lennarts, de Vries, *Ondernemingsrecht 2020/138*.

²¹⁸ Beleidsreactie Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012, p. 5.

²¹⁹ Noot onder: OK 6 januari 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AV2295 (KPNQwest).

Garantstellingsregeling curatoren 2012 dient de curator verder inderdaad een schatting te maken van de haalbaarheid van de opvolgende aansprakelijkheidsprocedure, maar ook dit lijkt mij haalbaar. In zijn enquêteverzoek zal de curator namelijk al gegronde redenen om te twifelen aan een juist beleid of juiste gang van zaken aannemelijk moeten maken.²²⁰ Voor een voorschot op grond van de Garantstellingsregeling kan dan ook slechts ruimte bestaan als de curator met een redelijke mate van waarschijnlijkheid wanbeleid en onbehoorlijke taakvervulling vermoedt, maar het ontbreekt aan voldoende middelen om dit nader te onderzoeken.²²¹

Nu het de Ondernemingskamer is die de omvang van het onderzoek bepaalt en de beloning van de onderzoekers vaststelt, dient zij zich wel rekenschap te geven van het feit dat het dan in casu om een failliete vennootschap gaat. De kosten dienen niet veel hoger uit te vallen dan wat de curator qua omvang van het onderzoek had verzocht.²²² Nu lijkt de Ondernemingskamer daar namelijk nog niet veel rekening mee te houden. Zo is bijvoorbeeld in de procedures Van der Moolen, KPNQwest, en Stichting Meavita het bedrag dat het onderzoek maximaal mocht kosten fors verhoogd.²²³

Mijns inziens zou de uitbreiding van de Garantstellingsregeling curatoren 2012 ter voorfinanciering van onderzoeken in enquêteprocedures in dit verband serieus overwogen moeten worden. Dat de wens de Garantstellingsregeling uit te bereiden reeds in de praktijk bestaat blijkt uit de motie Gesthuizen c.s.. Hieruit volgt dat verschillende betrokkenen en deskundigen laten weten dat het goed zou zijn als de Garantstellingsregeling voortaan ook toegankelijk is voor declaraties in zaken rondom andere acties waaruit activa voor de boedel kunnen worden verkregen.²²⁴ Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de curator dan een uitgebreid gemotiveerd verzoek dient te richten aan de Staatssecretaris van Justitie. Dat verzoek dient in ieder geval antwoord te geven op de vragenlijst van het ministerie van Justitie en het verzoek wordt afgewezen indien (i) daaruit niet blijkt dat de boedel ontoereikend is; (ii) het niet de gronden bevat waarop het berust; (iii) het geen beredeneerde schatting bevat van de kosten en de omvang van het onderzoek; (iv) het onvoldoende, kennelijk onjuiste of onvolledige gegevens bevat; of (v) daaruit blijkt dat de hoogte van de verzochte garantstelling in geen redelijke verhouding staat tot de hoogte van het bedrag dat kan worden verhaald.²²⁵ Indien het verzoek wordt toegewezen wordt een rekening-courant geopend waarop het voorschot wordt overgemaakt en kan daarna voor zover nodig om een verhoging worden gevraagd.

Wil de enquêtebevoegdheid van de curator benut kunnen worden, dan is het mijns inziens essentieel de curator als dat nodig is meer middelen ter beschikking te stellen vanwege de besproken legeboedelproblematiek. Een oplossing kan liggen in de verruiming van de reeds bestaande Garantstellingsregeling. De regeling blijkt namelijk zeer effectief: uit een brief van het Ministerie van Justitie en Veiligheid aan de Tweede Kamer van 31 maart 2020 blijkt dat in de periode van 2012 t/m 2017 73% van alle curatoren de Garantstellingsregeling wist te vinden en dat 96% van de aanvragen werd goedgekeurd.²²⁶

²²⁰ Broere 2022, par. 8.3.

²²¹ Broere 2022, par. 8.3.

²²² Artikel 2:350 lid 3 BW.

²²³ OK 15 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149 (Van der Moolen); OK 21 augustus 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG0452, r.o. 1.7 (KPNQwest); OK 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454 (StichtingNederland Meavita c.s.).

²²⁴ *Kamerstukken II* 2013/14, 34 253, nr. 12.

²²⁵ Artikel 2 Garantstellingsregeling Curatoren 2012.

²²⁶ Rikkert, Feenstra, Oppedijk van Veen, Louwerier, Kerstens 2022 par. 9.3.1.

5.2. Tussenconclusie

In dit hoofdstuk heb ik onderzocht of het gebruik van artikel 2:346 lid 3 BW op problemen stuit. Met het onderzoek in de enquêteprocedure wordt bewijs verzameld dat kan worden gebruikt voor een latere aansprakelijkheidsprocedure, zogenoemde fishing expeditions. Er bestaan echter grote verschillen tussen het toetsingskader van een dagvaardingsprocedure en de verzoekschriftprocedure zoals de enquêteprocedure. Op fishing expeditions bestaat de nodige kritiek. De bezwaren zien vooral op het recht van partijen over en weer te worden gehoord en het recht van partijen in gelijke mate bewijs en tegenbewijs te leveren.

Mijns inziens voldoet de huidige enquêteregeling in dat kader inderdaad niet aan het recht op hoor en wederhoor. Wanneer een persoon in het onderzoeksverslag wordt genoemd hoeft immers niet het gehele verslag aan hem overgelegd te worden en zijn onderzoekers niet verplicht eventuele opmerkingen van de betrokken personen over te nemen. Dat vind ik echter enkel bezwaarlijk bij toepassing van artikel 2:354 BW en niet ten aanzien van de eventuele doorwerking van de vaststelling van wanbeleid in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure. Immers, het onderzoeksverslag werkt niet zomaar rechtstreeks bewijsrechtelijk door in een volgende procedure maar dit leidt enkel tot een bewijsachterstand voor de aangesprokene. Er worden nog geen burgerlijke rechten en plichten vastgesteld als bedoeld in artikel 6 EVRM. Bij artikel 2:354 BW daarentegen, heeft de Ondernemingskamer bij toewijzing van het kostenverhaalverzoek reeds aansprakelijkheid van de aangesproken persoon vastgesteld. Dit is niet juist aangezien de beginselen van een behoorlijke procesorde dan onverkort horen te gelden. Er worden immers wel degelijk burgerlijke rechten en plichten in de zin van artikel 6 EVRM vastgesteld.

Een interessante oplossing biedt het enquêterecht van Curaçao. Op grond van artikel 2:279 lid 2 BW moet uit het verslag blijken dat de inhoud daarvan aan het bestuur en de raad van commissarissen in concept is voorgelegd en dit tot hun opmerkingen heeft geleid en tot welke aanpassingen dat heeft geleid. Het op die manier versterken van de enquêteprocedure met meer waarborgen voor bestuurders en commissarissen kan de oplossing zijn.

Verder ontstaat een probleem omtrent de kosten van de enquêteprocedure in het licht van de legeboedelproblematiek waar Nederland mee kampt. Veelal zullen er niet voldoende middelen zijn om een enquêteprocedure te bekostigen en zal de curator dus in weinig gevallen zijn bevoegdheid uit artikel 2:346 lid 3 BW daadwerkelijk kunnen gebruiken. Wil de enquêtebevoegdheid van de curator überhaupt benut kunnen worden, dan is het mijns inziens essentieel de curator meer middelen ter beschikking te stellen. Een oplossing hiervoor kan men vinden in het verruimen van de Garantstellingsregeling Curatoren 2012. De curator zou hier dan een beroep op kunnen doen ten aanzien van een enquêteverzoek. De doelstelling van een prikkel voor bestuurders opleveren om hun taak behoorlijk te vervullen en zo misbruik van rechtspersonen tegengaan kan mede met de enquêteprocedure worden bereikt. Bovendien is dit in het belang van de schuldeisers. Het starten van een enquête daarna bestuurders en/of commissarissen aansprakelijk stellen kan zorgen voor een vordering voor de boedel. Voor een voorschot op grond van de regeling bestaat dan wel slechts ruimte als de curator met een redelijke mate van waarschijnlijkheid wanbeleid en onbehoorlijke taakvervulling vermoedt, maar het ontbreekt aan voldoende middelen om dit nader te onderzoeken. Nu het de Ondernemingskamer is die de omvang van het onderzoek bepaalt en de beloning van de onderzoekers vaststelt, dient zij wel rekening te houden met het feit dat de kosten niet veel hoger uit dienen te vallen dan wat de curator qua omvang van het onderzoek had verzocht.

Hoofdstuk 6: Conclusie

In dit hoofdstuk zal ik aan de hand van een recapitulatie van al hetgeen besproken is in de vorige hoofdstukken een antwoord geven op de hoofdvraag. De hoofdvraag van deze scriptie luidde:

“Is de toekenning van enquêtebevoegdheid aan de curator wenselijk en nodig geweest?”

Gedurende de jaren dat het enquêterecht bestond, kreeg de Ondernemingskamer steeds meer bevoegdheden en werd de toepassing van het enquêterecht steeds wat uitgebreid. Hieruit kan worden afgeleid dat de groei die de economie en dus tevens vennootschappen doormaken hand in hand gaat met de groter wordende behoefte aan openheid van zaken en grip op een juist beleid. In die lijn is voor te stellen dat de minister in 2013 de enquêtebevoegdheid van de curator als een instrument zag dat voor nog meer openheid van zaken en meer aanpak van een onbevredigend gevoerd beleid bij failliete vennootschappen zou zorgen. De curator was op dat moment ook volledig afhankelijk van anderen voor het indienen van een enquêteverzoek. Hij kon enkel andere, wel enquêtegerechtigden aansporen een verzoek in te dienen. Verder kon hij op grond van artikel 2:346 lid 1 onder e BW bij overeenkomst met de rechtspersoon de enquêtebevoegdheid verkrijgen. Hoe men het ook wendt of keert, er was geen mogelijkheid voor de curator geheel zelf een enquêteverzoek in te dienen. Om zijn doel te bereiken zal de minister het voorstel tot artikel 2:346 lid 3 BW dus noodzakelijk hebben geacht.

De doeleinden van de huidige enquêteregeling zijn niet enkel de sanering en het herstel van gezonde verhoudingen, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijvend wanbeleid. De strekking van het enquêterecht in dat licht is het mogelijk maken dat betrokkenen bij een vennootschap schending van hun belangen aan de orde kunnen stellen. De belangen die hierbij worden beschermd zijn die van kapitaalverschaffers, werknemers en de vennootschap zelf. Wanneer de curator gebruik zou maken van zijn enquêtebevoegdheid, maakt hij gebruik van de inquisitoire enquête. Dat betekent dat het onderzoek gericht is op het bieden van openheid van zaken en het vaststellen bij wie de verantwoordelijkheid ligt voor mogelijk wanbeleid. Verder heeft de Hoge Raad de doeleinden verder afgebakend en geoordeeld dat tot de doeleinden van het enquêterecht niet behoort de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard, noch het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond van dergelijke geschillen. Naar haar aard is de enquêteprocedure een verzoekschriftprocedure waar onder meer de artikelen 261 tot en met 291 Rv op van toepassing zijn. Door haar bijzondere aard gelden er afwijkende bewijsregels. Zo is er geen mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs in de tweede fase van de procedure. Gerechtvaardigd is dus de stelling dat de enquêteprocedure in zijn aard een procedure is met minder waarborgen voor zijn onderzochte vennootschappen en personen.

De kerntaak van de curator is op grond van artikel 68 Fw het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Daarbij dient hij het vermogen zo nodig te reconstrueren en onderzoek te doen naar de oorzaken van het faillissement. Dit oorzakenonderzoek lijkt goed te matchen met de doelstelling openheid van zaken en de vaststelling wie verantwoordelijk is voor het wanbeleid. Tevens moet de curator rekening houden met maatschappelijke belangen zoals continuïteit van de onderneming en behoud van werkgelegenheid. Dat zijn belangen die met het enquêteverzoek kunnen worden gediend. Toch zit hier een wezenlijke kanttekening bij: de maatschappelijke belangen dienen niet te prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De curator zal nooit verplicht zijn verdere actie te ondernemen om deze maatschappelijke belangen te dienen als dit niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Onder het doel van de enquêteprocedure valt echter de bescherming van

kapitaalverschaffers, werknemers en de vennootschap zelf. Niet bescherming van de gezamenlijke schuldeisers. Toch heeft de Ondernemingskamer meermaals erkend dat de doeleinden van de enquêteprocedure niettemin kunnen worden verwezenlijkt met het beoogde onderzoek van de curator en dat de mogelijkheid om de rechtspersoon en diegenen die verantwoordelijk zijn voor eventueel wanbeleid in rechte aan te spreken tot vergoeding van schade in het verlengde van de doeleinden ligt. De strekking van het enquêterecht strookt ook met de taak van de curator, nu hij het beheer en de vereffening ervoor zorgt dat alle betrokken belangen overeenkomstig ieders rechtmatige aanspraak worden behartigd.

Mijns inziens zit dit anders bij de aard van de procedure. Die rijmt niet met de taak van de curator. De curator zal de enquêteprocedure vooral gebruiken om verantwoordelijkheid van wanbeleid vast te stellen om daaropvolgend een bestuurder aansprakelijk te gaan stellen. Zoals benoemd gelden er echter afwijkende bewijsregels bij de enquêteprocedure dan bij een normale aansprakelijkheidsprocedure en hebben bestuurders en commissarissen in de tweede fase bijvoorbeeld geen recht op het leveren van tegenbewijs. Daarnaast hebben onderzoekers veel vrijheid in het verzamelen en selecteren van feiten en in de manier waarop zij hun bevindingen vastleggen in onderzoeksrapporten. De Hoge Raad heeft tevens bepaald dat het enquêteverzoek naar zijn aard geen betrekking op tot de boedel behorende rechten en verplichtingen heeft als bedoeld in art 25 Fw. Waarom de curator dan binnen het enquêterecht wel een rechtsvordering kan instellen die niet rechten of verplichtingen tot de failliete boedel behorende ten onderwerp hebben is vreemd. In Curaçao heeft dit bezwaar omtrent de aard van de procedure niet zo gespeeld. De aansprakelijkstellingregeling daar is namelijk een stuk minder streng voor bestuurders dan de Nederlandse en aansprakelijkstelling van bestuurders komt daar nauwelijks voor.

Waar zit dan de behoefte en meerwaarde in voor de curator om een enquêteprocedure te starten? Een enquêteonderzoek kan van waarde zijn in het kader van het oorzakenonderzoek. Op grond van artikel 2:351 BW zijn de door de Ondernemingskamer benoemde personen namelijk gerechtigd tot raadpleging van boeken, bescheiden en andere gegevensdragers van de rechtspersoon waarvan zij kennisnemen. Bovendien zijn de bestuurders en commissarissen verplicht desgevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor de uitvoering van het onderzoek. Daarnaast kan de onderzoeker verzoeken een of meer personen als getuigen te horen. Verder kan de curator met artikel 2:356 BW dechargebesluiten laten vernietigen waardoor bestuurders en commissarissen op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk kunnen worden gesteld. Zij konden zich anders achter het dechargebesluit verschuilen. Op grond van artikel 2:354 BW kan de curator de kosten van het onderzoek die anders ten laste van de boedel zouden komen verhalen op bestuurders en commissarissen. Tevens laat de Ondernemingskamer zich met toewijzing van het verzoek uit over de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van individuele bestuurders en/of commissarissen. Hetgeen logischerwijs gunstig is in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure. Daarnaast biedt de vaststelling van wanbeleid een opstapje naar aansprakelijkheid. Weliswaar betekent wanbeleid niet één op één bewijsrechtelijke doorwerking in een aansprakelijkheidsprocedure, maar de vaststelling is wel bindend. Wanneer er sprake is van wanbeleid zal er tevens ook al gauw sprake zijn van aansprakelijkheid.

Eigenlijk zijn alleen de vaststelling van wanbeleid en het kostenverhaalverzoek ex artikel 2:354 BW van meerwaarde voor de curator. Een enquêteonderzoek kan namelijk misschien wel van waarde zijn voor de curator in het kader van zijn oorzakenonderzoek, maar de Faillissementswet biedt reeds middelen voor een adequaat oorzakenonderzoek. Met de artikelen 93 Fw, 66 Fw, 105 Fw en 106 Fw heeft de

curator dezelfde middelen als artikel 2:351 BW de onderzoeker verschafft. Sterker nog, een paar van de genoemde artikelen uit de Faillissementswet verschaffen zelfs verdergaande middelen. Gelijke middelen zijn het horen van getuigen en de inlichtingenplicht, welke zich tevens uitstrekt over groepsvennootschappen. Verdergaand is dat de curator bescheiden en gegevensdragers onder zich heeft terwijl de onderzoeker deze enkel kan raadplegen, de curator toegang tot elke plaats heeft en de gefailleerde (lees bij een rechtspersoon: de bestuurder of commissaris) in verzekerde bewaring gesteld kan worden bij niet nakoming van al deze verplichtingen.

De vernietiging van een dechargebesluit op de voet van artikel 2:356 BW kan de curator tevens bereiken met artikel 42 Fw. Op grond van dit artikel kan hij dit besluit vernietigen indien de schuldeisers door deze rechtshandeling zijn benadeeld, terwijl de schuldenaar wist of behoorde te weten dat de rechtshandeling tot benadeling van schuldeisers zou leiden. Artikel 42 Fw bevat dus wel iets meer hobbels aan vereisten. Dat betekent dat de vaststelling van wanbeleid en artikel 2:354 BW als enige geen tegenhanger in de Faillissementswet kennen. In deze twee aspecten zit dus de meerwaarde van een enquêteprocedure voor de curator.

Het in dat kader gebruiken van de bevoegdheid ex artikel 2:346 lid 3 BW is echter niet zonder problemen. Met het onderzoek in de enquêteprocedure wordt bewijs verzameld dat kan worden gebruikt voor een latere aansprakelijkheidsprocedure, zogenoemde fishing expeditions. De huidige enquêteregeling voldoet echter niet aan het recht op hoor en wederhoor. Dat vind ik enkel bezwaarlijk bij toepassing van artikel 2:354 BW en niet ten aanzien van de eventuele doorwerking van de vaststelling van wanbeleid in een opvolgende aansprakelijkheidsprocedure. Immers bij de vaststelling van wanbeleid worden nog geen burgerlijke rechten en plichten vastgesteld als bedoeld in artikel 6 EVRM. Bij artikel 2:354 BW daarentegen, heeft de Ondernemingskamer bij toewijzing van het kostenverhaalverzoek reeds aansprakelijkheid van de aangesproken persoon vastgesteld. Dan worden dus weldegelijk burgerlijke rechten en plichten vastgesteld en dient het beginsel hoor en wederhoor uit artikel 6 EVRM onverkort te gelden. De enquêteregeling van Curaçao biedt in dat kader een eventuele oplossing. Op grond van artikel 2:279 lid 2 BW moet uit het verslag blijken dat de inhoud daarvan aan het bestuur en de raad van commissarissen in concept is voorgelegd en dit tot hun opmerkingen heeft geleid en tot welke aanpassingen dat heeft geleid.

Verder ontstaat een probleem omtrent de kosten van de enquêteprocedure in het licht van de legeboedelproblematiek waar Nederland mee kampt. Veelal zullen er niet voldoende middelen zijn om een enquêteprocedure te bekostigen en zal de curator dus in weinig gevallen zijn bevoegdheid uit artikel 2:346 lid 3 BW daadwerkelijk kunnen gebruiken. Wil de enquêtebevoegdheid van de curator überhaupt benut kunnen worden, dan is het mijns inziens essentieel de curator meer middelen ter beschikking te stellen. Een oplossing hiervoor kan men vinden in het verruimen van de Garantstellingsregeling Curatoren 2012. De curator zou dan een beroep op deze regeling kunnen doen ten aanzien van een enquêteverzoek.

Kortom, de toekenning van de enquêtebevoegdheid aan de curator voorziet enkel in een eventuele behoefte aan de vaststelling van wanbeleid en het verzoek ex artikel 2:354 BW. Voor de overige aspecten van een enquêteprocedure biedt de Faillissementswet reeds adequate middelen aan de curator. Zoals de enquêteregeling nu is, is de invoering van artikel 2:346 lid 3 BW echter niet wenselijk geweest. De aard van de enquêteprocedure rijmt niet met hetgeen de curator gezien zijn taak nastreeft. Bovendien schendt gebruik van artikel 2:354 BW door de curator in de inquisitoire enquête de beginselen van een behoorlijke procesorde.

Wordt dit niet opgelost, bijvoorbeeld op de manier die de Curaçaose enquêteregeling kent, dan staat schending van deze beginselen absoluut niet in verhouding tot de weinig noodzaak die de curator bij een enquêteprocedure heeft.

Hoofdstuk 7: Literatuurlijst

Boeken

Apeldoorn 2009.

J.C. Apeldoorn, *Insolventieprocedures en grondrechten*, Tilburg University: Boom Juridische Uitgevers 2009.

Blok, Makkink 2022.

B.J. Blok en G.C. Makkink, 'Belanghebbendenbegrip' in C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & P.H.M. Broere (red.), *Handboek Enquêterecht (Serie Van der Heijden Instituut nr. 175)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Broeders, Schreurs, Feenstra 2019.

M.A. Broeders, Ph.W. Schreurs & F. Feenstra (red.), *De Curator en de Failliet. Insolad Jaarboek 2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Broere 2022.

P.H.M. Broere, *De kosten van de enquêteprocedure (Serie Van der Heijden Instituut nr. 177)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Van Calker 2017.

Van Calker, 'Wanbeleid, kostenverhaal en aansprakelijkheid: een fact check' in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Duynstee, Verwey 2015.

D.J.F.F.M. Duynstee, E.J.R. Verwey, 'Het enquêterecht voor de curator', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Eikelboom 2017.

F. Eikelboom, *De (onmiddellijke) voorzieningen van de enquêteprocedure (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 105)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Frielink 2023.

K. Frielink, *Kort begrip van het Nederlands Caribisch en Surinaams Rechtspersonenrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

Hermans 2017.

R.M. Hermans, *Het onderzoek in de enquêteprocedure. Een normatieve beschrijving van de wijze waarop de onderzoekers het onderzoek moeten uitvoeren en de Ondernemingskamer het onderzoek moet aansturen, alsmede een vergelijking met het deskundigenonderzoek in de civiele procedure (Serie Van der Heijden Instituut nr. 145) (diss. Nijmegen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Josephus Jitta 2004.

M.W. Josephus Jitta, 'Enkele gedachten over het formele enquêterecht; is het efficiënt wanneer de dienstmaagd moeder wordt?', in: M.W. Josephus Jitta & M.R. Mok, *Het recht van enquête onderzocht, Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht'*, Deventer: Kluwer 2004.

Van Kemp 2015.

F. Kemp, 'Gezocht: kranige curatoren met maatschappelijk besef', in: P.W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator. Insolad Jaarboek 2015*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Klein Wassink 2012.

A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht*(Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 89)(diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2012.

Van der Korst, Wassenaar 2010.

P.J. van der Korst & I. Wassenaar, 'Maak van de enquêteprocedure een dagvaardingsprocedure', in: *Willems' wegen*, Deventer: Kluwer 2010.

Van Mierlo 2021.

A.I.M. van Mierlo, in: A.I.M. van Mierlo & C.J.J.C. van Nispen (red.), *T&C Rv*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, art. 282 Rv.

Pannevis 2022.

M. Pannevis, *Polak. Faillissementsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Rikkert, Feenstra, Oppedijk van Veen, Louwerier, Kerstens 2022.

B. Rikkert, R.F. Feenstra, E.J. Oppedijk van Veen, B.F. Louwerier & L.J.J. Kerstens (red.), *Het Verdelingsvraagstuk. Insolad Jaarboek 2022*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Van Solinge, Nieuwe Weme 2009.

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 2. Rechtspersonenrecht. Deel II*. De naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Solinge 2017.

G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied (Serie Van der Heijden Instituut nr. 140)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Spruitenburg 2018.

K. Spruitenburg, *De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV (Serie Van der Heijden Instituut nr. 153) (diss. Nijmegen)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Spruitenburg 2022.

K. Spruitenburg, 'De enquêtebevoegdheid van de curator' in C.D.J. Bulten, M.P. Nieuwe Weme, G.P. Oosterhoff & P.H.M. Broere (red.), *Handboek Enquêterecht (Serie Van der Heijden Instituut nr. 175)*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Willems 2016.

J.H.M. Willems, 'Mag de ondernemingskamer een ondernemingsrecht met een eigen karakter ontwikkelen?' in: L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 98)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Veenstra 2013.

F. Veenstra, 'De doelstellingen van het enquêterecht', in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Veenstra 2010.

F. Veenstra, *Impassezaken en verantwoordelijkheden binnen het enquêterecht (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 69)*, Deventer: Wolters Kluwer 2010.

Veenstra 2014.

F. Veenstra, 'Vermogensrechtelijke geschillen: oordeelsvorming door de Ondernemingskamer (periode 2005-heden)', in: J.B. Huizink (red.), *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Verstijlen 2021.

F.M.J. Verstijlen, in: A.J. Verdaas (red.), *Groene Serie Fw*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Wesseling-van Gent 2006.

E.M. Wesseling-van Gent, 'To fish or not to fish, that's the question', *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, Deventer: Wolters Kluwer 2006.

Artikelen**Bartman, Holtzer, *Ondernemingsrecht* 2010/4.**

S.M. Bartman & M. Holtzer, 'Enquêterecht voorzichtig onder het mes', *Ondernemingsrecht* 2010/14.

Bentfort van Valkenburg, van de Wiel, *Tvl* 2021/23.

H.M.D. Bentfort van Valkenburg, J.H.M. van de Wiel, 'Ziekenhuisfaillissementen: de onderzoeksrapporten bezien vanuit het perspectief van de curator', *Tvl* 2021/23.

Bergsma, *Maandblad voor Accountancy* 39/5.

S. Bergsma, 'De voorstellen van de commissie Verdam', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie*, 39/5, 1965.

Eekelen-Atema, *Tvl* 2022/27.

M. Eekelen-Atema, 'Reactie op *Tvl* 2022/20 Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *Tvl* 2022/27.

Van Hees, *Tvl* 2015/1.

A. van Hees, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen', *Tvl* 2015/1.

Hox, *Tvl* 2018/42.

L. Hox, 'Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?', *Tvl* 2018/42.

Leijten, *WPNR* 2010/6827.

A.F.J.A. Leijten, 'Het voorontwerp aanpassing enquêterecht', *WPNR* 2010/6827.

Lennarts, de Vries, *Ondernemingsrecht* 2020/138.

M.L. Lennarts, R.E. de Vries, 'Reactie op Broere *Ondernemingsrecht* 2020/101', *Ondernemingsrecht* 2020/138.

Van Mierlo, *Ondernemingsrecht* 2005/138.

J.J.M. van Mierlo, 'Enige aspecten van samenloop van enquêterecht en insolventierecht', *Ondernemingsrecht* 2005/138.

Van Nielen, *Tvl* 2013/13.

W.J.B. van Nielen, 'Middelen van de curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13.

Olden, *Ondernemingsrecht* 2003/15.

P.D. Olden, 'Tien jaar onmiddellijke voorzieningen', *Ondernemingsrecht* 2003/15.

Pool, *Tvl* 2022/20.

J.M.W. Pool, 'Maatschappelijk verantwoord vereffenen: belangenpluralisme bij de maatschappelijke taakuitoefening van de curator', *Tvl* 2022/20.

Rikkert, *Tvl* 2022/26.

B. Rikkert, 'Hoe zien onze faillissementsboedels eruit?', *Tvl* 2022/26.

Schimmelpenninck, *Tvl* 2008/20.

R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *Tvl* 2008/20.

Veenstra, *Ondernemingsrecht* 2013/108.

F. Veenstra, 'Ineens was er... de enquêtebevoegdheid van de curator', *Ondernemingsrecht* 2013/108.

Veenstra, *Tvl* 2020/3.

F. Veenstra, 'Vernietiging van dechargebesluiten', *Tvl* 2020/3.

Vriesendorp, *Tvl* 2017/23.

R.D. Vriesendorp, '[**]it happens; then and now', *Tvl* 2017/23.

Van Zanten, *Tvl* 2022/6.

T.T. van Zanten, 'De olifant in het insolventierecht', *Tvl* 2022/6.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1963/64, 7753, nr. 3.

Kamerstukken II, 1967/68, 9596, nr. 3.

Kamerstukken II, 1969/70, 9596, nr. 8.

Wet van 2 juli 1928, tot wijziging en aanvulling van de bepalingen omtrent de naamloze vennootschap en regeling van de aansprakelijkheid voor het prospectus (Stb. 1928, 216).

Kamerstukken II, 2008/9, 29 752, nr. 8.

Kamerstukken II, 2010/11, 32 887, nr. 2.

Kamerstukken II, 2010/11, 32 887, nr. 3.

Kamerstukken II 2011/12, 32 887, nr. 7.

Kamerstukken II 2013/14, 34 253, nr. 12.

Kamerstukken II 2014/15, 34253, 3.

Overig

Beleidsreactie Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012.

Centraal Bureau voor de Statistiek, 'De Nederlandse economie 2011' p. 137; Centraal Bureau voor de Statistiek, 'Nederland in 2012', p. 44; Centraal Bureau voor de Statistiek, 'De Nederlandse economie 2013'.

Commissie Vennootschapsrecht, Advies van 19 oktober 2010.

Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, 1 november 2021.

Garantstellingsregeling curatoren 2012.

INSOLAD Praktijkregels voor Curatoren 2019.

Lafarre, A.J.F., Schippers, B.C.J., van den Bosch, S.F.W., Van der Elst, C.F., van der Sangen, G.J.H. (2018). *Doelbereiking en effectiviteit van de wet aanpassing enquêterecht in de praktijk* (WODC-rapport 2791), Tilburg University, Departement Business Law.

Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures vastgesteld door de Ondernemingskamer op 9 juli 2019.

Hoofdstuk 8: Jurisprudentielijst

HVJ EG

HvJ EG 2 mei 2006, ECLI:EU:C:2006:281, *NJ* 2010/93, m.nt. P. Vlas.

EHRM

EHRM 23 oktober 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC9055, *NJ* 1986/102, m.nt. E.A. Alkema.

Hoge Raad

HR 26 juni 1981, ECLI:NL:PHR:1981:AG4219, *NJ* 1982/450, m.nt. E.A. Alkema (Aken/Savelberg Electro).

HR 29 oktober 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4466, *NJ* 1983/196, m.nt. B. Wachter.

HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0329, *NJ* 1989/676, m.nt. E.A. Alkema (Koster/curator Kobo).

HR 3 juni 1988, ECLI:NL:PHR:1988:AB8464, *NJ* 1989/5, m.nt. J.B.M. Vranken.

HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1234, *NJ* 1990/466, m.nt. Maeijer (Ogem).

HR 25 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0387, *NJ* 1992/149, m.nt. Maeijer (Leonhard Woltjer Stichting).

HR 11 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1541, *NJ* 1995/151, m.nt. Maeijer (Adesco).

HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn (Sigmacon).

HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou).

HR 10 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2243, *NJ* 1997/360, m.nt. Maeijer (Staleman/Van de Ven)

HR 4 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:AG7240, *NJ* 1997/671, m.nt. J.M.M. Maeijer (Text Lite).

HR 19 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD3053, *NJ* 1999, 670 m.nt. J.M.M. Maeijer (De Haan Beheer I).

HR 19 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3654, *NJ* 2001/654 (Diepstraten/Gilhuis).

HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8831, *NJ* 2002/225 m.nt. J.M.M. Maeijer (De Vries Robbé).

HR 1 maart 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD9857, *NJ* 2002/296 m.nt. J.M.M. Maeijer (Zwagerman).

HR 21 februari 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF1797, *NJ* 2003, 181 (VIBA).

HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3419, *NJ* 2003/538, m.nt. J.M.M. Maeijer (Skipper Club/Jaarsma).

HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, *NJ* 2004/293, m.nt. P. van Schilfgaarde (Curatoren Mobell/Interplan).

HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS5010, *NJ* 2006/443, m.nt. Van Solinge; (Laurus).

HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR8899, *NJ* 2005/172, m.nt. J.M.M. Maeijer (Landis).

HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2465, *NJ* 2006/173, m.nt. J.M.M. Maeijer (Unilever).

HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3523 *NJ* 2008/105, m.nt. Maeijer (DSM).

HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1117, *NJ* 2009/220 m.nt. P. van Schilfgaarde (Pannevis/Air Holland).

HR 26 juni 2009, ECLI:NL:HR:BD5516, *JOR* 2009/192, m.nt. A.I.M. van Mierlo (KPNQwest I).

HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8493, *NJ* 2010/273 m.nt. P. van Schilfgaarde (ABN AMRO/Van Dooren III).

HR 25 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2332, *NJ* 2010/373 m.nt. Wezeman (De Rouw/Dingemans).

HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen (X./Gips).

HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1056, *NJ* 2012/393, m.nt. P. van Schilfgaarde (e-Traction).

HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, *NJ* 2013/291 m.nt F.M.J. Verstijlen (Koot Beheer/Tideman).

HR 06-12-2013, ECLI:NL:HR:2013:1586, *NJ* 2014/167, m.nt. P. van Schilfgaarde.

HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2607, *JOR* 2017/30 m.nt. Hammerstein (Meavita).

HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:597, *NJ* 2018/354, m.nt. P. van Schilfgaarde (Leaderland).

HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833, *NJ* 2021/233, m.nt. Verstijlen (Ridderkerk).

Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer)

Hof Amsterdam (OK) 21 juni 1979, ECLI:NL:GHAMS:1979:AC6622, *NJ* 1980/71 (Batco).

Hof Amsterdam 25 februari 1980, ECLI:NL:GHAMS:1980:AC6827, *NJ* 1980/467.

Hof Amsterdam (OK) 22 december 1983, ECLI:NL:GHAMS:1983:AC8232, *NJ* 1985/383, m.nt. Maeijer (Ogem).

Hof Amsterdam (OK) 7 december 1989, ECLI:NL:GHAMS:1989:AC0093, *NJ* 1990/242 (Bredero).

Hof Amsterdam (OK) 20 november 1997, *NJ* 1998/613 (De Haan).

Hof Amsterdam (OK) 23 april 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AD2875, *NJ* 1998/700 (Village Scaldia).

Hof Amsterdam (OK) 21 januari 2002, ECLI:NL:PHR:2003:AF1486, *JOR* 2002/28 (HBG).

Hof Amsterdam (OK) 30 oktober 2003, *JOR* 2003/282, m.nt. Stevens (Landis).

Hof Amsterdam (OK) 18 januari 2006, *JOR* 2006/46 (Laurus).

Hof Amsterdam (OK) 9 oktober 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ6791, *JOR* 2007/9 (UMI).

Hof Amsterdam (OK) 21 augustus 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BG0452, *ARO* 2008/146 (KPNQwest).

Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BM5928, *JOR* 2010/189, m.nt. Stevens (PCM).

Hof Amsterdam (OK) 15 december 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU8414, *JOR* 2012/77, m.nt. J.F. Ouwehand (Landis).

Hof Amsterdam (OK) 15 februari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BZ1149, *JOR* 2013/102, m.nt. Strik (Van der Moolen).

Hof Amsterdam (OK) 2 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4454, *JOR* 2016/61 m.nt. P. van Schilfgaarde (StichtingNederland Meavita c.s.).

Hof Amsterdam (OK) 4 juli 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2716, *JOR* 2016/299, m.nt. De Mol (De Gelderhorst).

Hof Amsterdam (OK) 10 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4359, *JOR* 2020/144 m.nt. Duynstee (Estro).

Hof Amsterdam (OK) 3 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:907, *JOR* 2020/145, m.nt. Schreurs (Vidrea).

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8067, *JOR* 2015/32, m.nt. Holtzer (Meepo Holding c.s./Meefout c.s.).

Hof van Discipline en Raad van Discipline

Hof van Discipline 19 april 2010, ECLI:NL:TAHVD:2010:YA0575.

Raad van Discipline 17 december 2017, ECLI:NL:TADRAMS:2017:276.

Rechtbanken

Rechtbank Breda 31 juli 2008, ECLI:NL:RBRE:2008:BD9054.

Rechtbank Utrecht 15 februari 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BV3753, *JOR* 2012/243 (Fortis).

Rechtbank Gelderland 26 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4745 (König q.q./Enwee Beheer).

Gemeenschappelijk Hof van Justitie

GHvJ 11 december 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:274 (OM/Sint Maarten Harbour Holding).

GHvJ 9 juni 2009, ECLI:NL:OGHNAA:2009:BI7716.

GHvJ 14 april 2020, ECLI:NL:OGHACMB:2020:76.

GHvJ 13 juni 2017, ECLI:NL:OGHACMB:2017:38.

Gerechten in eerste aanleg Nederlandse Antillen

Gerecht in eerste aanleg van Sint Maarten 31 mei 2017, ECLI:NL:OGEAM:2017:26.

Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 19 december 2017, ECLI:NL:OGEAC:2017:194.

Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 16 april 2018, ECLI:NL:OGEAC:2018:69.

Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 10 mei 2021, ECLI:NL:OGEAC:2021:91.

Gerecht in eerste aanleg van Curaçao 29 november 2021, ECLI:NL:OGEAC:2021:215.