

HOOFDSTUK 55

ENQUÊTERECHT EN FAILLISSEMENT

*Flip Schreurs*¹

55.1 Inleiding

In dit artikel onderzoek ik wat de doeleinden en effecten zijn van de inzet van het enquêterecht in insolventiesituaties. Ik laat me daarbij leiden door de vraag in hoeverre een curator in een faillissement baat kan hebben bij het enquêterechtelijk instrumentarium en kom al doende tot enkele verwante kwesties. Veel van de elementen die in dit artikel aan de orde komen worden in hoofdstuk 11 uitvoeriger besproken. Ik concentreer mij daarom op de meer strategische aspecten.

55.2 Doeleinden van een enquête betreffende een failliete vennootschap

Na de ondergang van het Ogem-concern begin jaren tachtig verzochten de curatoren, de Vereniging van Effectenbezitters en de procureur-generaal een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van Ogem. De betrokken bestuurders en commissarissen stelden dat de verzoekers geen vermogensrechtelijk belang hadden bij het enquêteverzoek omdat, nu Ogem reeds failliet was, er geen einde meer kon worden gemaakt aan ‘concrete misstanden en/of wanbeleid of zodanige misstanden en/of wanbeleid (..) kunnen worden voorkomen’.² De Hoge Raad stelde echter dat volgens de wetsgeschiedenis doeleinden van een enquête niet slechts waren ‘de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan. (..) Dit brengt mee dat er geen grond is om aan te nemen dat de Ondernemingskamer zich van ieder oordeel zou moeten onthouden indien de rechtspersoon failliet is verklaard en sanering of herstel van gezonde verhoudingen niet meer tot de mogelijkheden behoort.’³

Met de Ogem-uitspraak is de zogenaamde ‘inquisitoire’ enquête gemunt. Een enquête kan derhalve toegepast worden indien een betrokkene zoals een aandeelhouder of de curator feiten met geen ander doel wil blootleggen dan om te achterhalen of een derde verantwoordelijk gehouden en zo ja, vervolgens aansprakelijk gesteld kan worden. Ik acht het van belang te benadrukken dat ook een inquisitoire enquête niet (uitsluitend) wordt ingesteld om te onderzoeken of een persoon aansprakelijk kan worden gesteld. Een onderzoek moet in de eerste plaats dienen om te komen tot een zo objectief mogelijke vaststelling van de feiten. Op grond daarvan kan vervolgens in voorkomende gevallen worden geconstateerd of er mogelijk sprake is van wanbeleid en of er in onderhandelingen of een civiele vervolgpprocedure wel of geen reden tot aansprakelijkstelling is.

Het mag een rituele dans lijken, maar juist omdat het risico van ‘hindsight bias’ altijd en per definitie een rol speelt, is het zaak vaststelling van de feiten en daaraan te verbinden conclusies uit elkaar te houden. Dit is in faillissement en de daarbij aanwezige hoge aansprakelijkheidsrisico’s een extra belangrijk uitgangspunt. De toelichting van de minister onderscheidt (met het woord ‘en’) deze twee fases duidelijk: ‘(...) dat een rechtsorde die aan onze economische orde beantwoordt, de mogelijkheid tot openheid van zaken moet verschaffen wanneer twijfel aan het beleid in een onderneming rijst, en de mogelijkheid tot correctie wanneer die twijfel gegrond blijkt’.⁴

Met andere woorden, er is bij twijfel aan het beleid en de gang van zaken minstens evenveel belang bij een op onderzoek gefundeerde vaststelling dat die twijfel *niet* gegrond is. Het is van belang het onderscheid te benadrukken omdat de verzoeker tot een enquête een middel aanwendt waarbij een

¹ Mr. Ph. W. (Flip) Schreurs is advocaat bij Boels Zanders te Eindhoven.

² HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem*), r.o. 4.3.

³ HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem*), r.o. 4.1.

⁴ *Kamerstukken II* 1967/68, 9596, 3, p. 4; voetnoot 16.

onafhankelijke, externe, door een onpartijdige rechter aangewezen onderzoeker de feiten en omstandigheden onder de loep neemt. Die objectiviteit is (zoals hierna nog aan de orde zal komen) één van de voordelen die een curator als verzoeker juist nastreeft.

Intussen is vanzelfsprekend dat het onderzoek niet bedoeld is als fraai vormgegeven geschiedschrijving. Een curator zal, in de situatie waarin (zoals bij faillissement) geen herstel van verhoudingen meer mogelijk is, vermoedelijk vrijwel steeds beogen te komen tot vaststelling van aansprakelijkheid en verhaal van schade. Die vervolgstap speelt zich echter af buiten de enquêteprocedure. De bepaling wie mogelijk aansprakelijk is, geschiedt in een gewone civiele procedure. Niettemin is na afronding van het onderzoek nog een belangrijke volgende stap te zetten in de zogenaamde tweede fase, zoals uitgewerkt in art. 2:354-358 Burgerlijk Wetboek (BW).

Het verslag van de onderzoeker wordt door hem gedeponereerd bij de Ondernemingskamer die het toestuurde aan de relevante betrokkenen of onder omstandigheden ter inzage legt voor ieder. Vanaf dat moment begint de termijn van twee maanden te lopen waarbinnen een tweede fase verzoek aanhangig kan worden gemaakt.

In de afgelopen jaren heeft zich rond het verslag een ontwikkeling voltrokken, zie daarover hoofdstuk 22. Waar de onderzoeker tot voor enige jaren niet zelden een uitspraak of conclusie in zijn rapport opnam omtrent de vraag of sprake was van ‘wanbeleid’ heeft de Ondernemingskamer daaraan inmiddels uitdrukkelijk paal en perk gesteld. In de aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers in enquêteprocedures uit 2013 stond het de onderzoeker desgewenst vrij zijn opvatting op dit punt weer te geven (art. 4.5).⁵ In de nieuwe leidraad uit 2019 worden van de onderzoeker geen kwalificaties verwacht met betrekking tot wanbeleid of de elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap (art. 7.5).⁶ Het oordeel daaromtrent is uitsluitend aan de Ondernemingskamer en dat oordeel volgt pas na een debat tussen partijen. Een curator die overweegt een enquête te laten uitvoeren, moet er dus rekening mee houden dat de beoogde vrucht (een ‘oordeel’ dat er bij de gefailleerde vennootschap iets niet in de haak was, dat vervolgens in een civiele procedure kan worden gehanteerd) niet al na de eerste fase, maar pas na de tweede fase beschikbaar komt.

Naar ik meen zal een curator het verslag van een onderzoek dat in de jaren voorafgaand aan het faillissement heeft plaatsgevonden (en dat hem uit de administratie van de vennootschap of zo nodig als belanghebbende via de Ondernemingskamer ter beschikking zal staan) eveneens kunnen gebruiken bij zijn oorzakenonderzoek.

Of de curator (de conclusies uit) het enquêterapport publiceert door citeren in of aanhechten aan zijn eigen faillissementsverslag, zal afhangen van de bevindingen in dat rapport. Gelet op het externe, objectieve karakter van deze bron van kennis over de gang van zaken binnen de vennootschap ligt dat vanzelfsprekend wel voor de hand.

55.3 Toegang tot de enquête voor de curator

Indien de curator, op grond van één van de hierna nog te bespreken overwegingen van strategische aard, binnen het verband van een faillissement een enquêteprocedure overweegt, zijn verschillende ingangen denkbaar.

Regelmatig is voorgekomen dat een curator van een moedervenootschap een enquête verzoekt naar het beleid en de gang van zaken in een (al dan niet gefailleerde) dochtervenootschap.⁷

In de Polisol-beschikking is uitgemaakt dat het recht om een enquête te verzoeken weliswaar geen vermogensrecht is, maar wel een daad van beheer betreft met betrekking tot een vermogensbestanddeel van de failliete moeder, namelijk met betrekking tot haar aandelen in de dochter.⁸ Dergelijke beheersdaden behoren tot het exclusieve domein van de curator. Dat betekent dat de

⁵ Aandachtspunten, aanbevelingen en suggesties voor onderzoekers in enquêteprocedures (artikel 2:345 BW) gewijzigd per 1 januari 2013, opgesteld door de Ondernemingskamer, te raadplegen via: <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Aandachtspunten-aanbevelingen-en-suggesties-voor-onderzoekers.pdf>.

⁶ Leidraad voor onderzoekers in enquêteprocedures, vastgesteld door de Ondernemingskamer op 9 juli 2019, zie bijlage 4 van dit handboek.

⁷ Een recent voorbeeld is te vinden in OK 8 januari 2015, ARO 2015/84 (*Resort Appelscha Beheer*).

⁸ HR 29 april 2005, NJ 2005/433; JOR 2005/146, m.nt. Van Mierlo (*Polisol*).

bestuurder van de failliete moeder (hoewel vennootschapsrechtelijk onverminderd vertegenwoordigingsbevoegd) daarin geen rol speelt. Dat geldt wel voor de bestuurder van de dochter. Die mag die dochter, in haar rol als verweerster, vertegenwoordigen in de enquêteprocedure. Uiteraard is denkbaar dat deze bestuurder ook als belanghebbende betrokken is.⁹

Per 1 januari 2013 is de curator op grond van art. 2:346 lid 3 BW rechtstreeks ontvankelijk in een door hem ingediend verzoek naar het beleid en de gang van zaken in de gefailleerde vennootschap. De motivering daarvoor was kort: ‘De achterliggende gedachte is dat ook de curator er belang bij kan hebben dat wordt vastgesteld of voorafgaand aan het faillissement wanbeleid heeft plaatsgevonden’.¹⁰ Voor dat geval bepaalt de tegelijkertijd toegevoegde slotzin van lid 3 dat de curator geen bezwarenbrief als bedoeld in art. 2:349 BW hoeft te richten aan de vennootschap. Dit is logisch omdat bij een gefailleerde vennootschap geen maatregelen denkbaar zijn die de vennootschap kan nemen om de bezwaren op te heffen. Dat beoogt de curator ook niet. In feite geldt dit voor alle inquisitoire enquêtes, maar slechts de curator is ontslagen van die verplichting.

Vanzelfsprekend is ook denkbaar dat een vennootschap die al betrokken is bij een enquêteprocedure in staat van faillissement geraakt. De curator komt dan voor de vraag in hoeverre hij de procedure wil overnemen. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen de rol van de gefailleerde vennootschap. Was deze aandeelhouder c.q. verzoeker dan kan de curator afwegen of hij de procedure wil voortzetten of niet. Het doorslaggevend argument is veelal gelegen in de kosten. Indien failliet verweerster ten aanzien van het enquêteverzoek is en de curator stemt niet in met het verzoek, dan ziet de verzoeker zich gesteld voor de vraag of hij een dekking voor de kosten van het onderzoek heeft. Die kosten zijn namelijk geen boedelschuld behalve als de curator het verzoek indient op de voet van art. 2:346 lid 3 BW.¹¹

De invoering van art. 2:346 lid 3 BW is in de praktijk van betrekkelijk gering belang gebleken. Voordien was het in feite wel mogelijk (meestal via de route naar de dochters) en nadien is het maar eenmaal toegepast in de nog lopende Estro-enquête.

55.4 Het oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek in faillissementen

Om beter te begrijpen welke afweging de curator maakt als hij een enquêteverzoek overweegt, is het van belang voor ogen te hebben welke mogelijkheden de curator buiten het enquêterecht ter beschikking staan. Zoals in de inleiding reeds aangegeven verricht een curator onder normale omstandigheden een oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek. Sinds 1 juli 2017 eist art. 68 lid 2 Faillissementswet (Fw) expliciet dat de curator beziet of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement (mede) hebben veroorzaakt.

Dit faillissementsonderzoek is vooralsnog nauwelijks gereguleerd.¹² Dat gebrek aan kader geeft de curator weliswaar ruimte, maar bergt ook risico's in zich, waaronder in ieder geval de volgende.

In de eerste plaats kan een onderzoek door de curator onvoldoende *deskundig* zijn. Veel onderzoeken vinden plaats door de curator, die (in de vorm van vooralsnog onbetaald onderhanden werk) het onderzoek vaak ook zelf voorfinanciert. Curatoren in lege of beperkte boedels zullen er veelal de voorkeur aan geven om de op eigen kantoor aanwezige dossierkennis efficiënt aan te wenden. Indien geen hulppersonen worden ingeschakeld kunnen belangrijke invalshoeken onderbelicht blijven. Te denken valt aan een tekort aan financiële deskundigheid of aan beperkte kennis van de specifieke achtergronden van de failliet.

Het onderzoek kan ook onvoldoende *onafhankelijk* zijn. In de hiervoor beschreven zeer veel voorkomende situatie dat de curator het onderzoek zelf doet, ligt het gevaar van een te grote betrokkenheid op de loer. De gang van zaken in de eerste fase van een faillissement, waarin de

⁹ Een iets afwijkende constructie is gehanteerd in de deconfiture van ATR waarbij de aandelen van de dochters in de voorafgaande surseance van de moeder werden overgedragen aan een stichting. Omdat deze stichting gewoon aandeelhouder was, was deze als zodanig ook ontvankelijk in het latere enquêteverzoek.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 887, 3, p. 29.

¹¹ *Handelingen II* 2011/12, p. 71-23-49.

¹² Zie R.J. Schimmelpenninck, ‘Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen’, *TvI* 2008/20 (hierna: Schimmelpenninck 2008); L. Hox, ‘Het oorzakenonderzoek in faillissement – Curator, are you seeing the bigger picture?’, *TvI* 2018/42.

spanningen, emoties en hectiek vaak hoog kunnen zijn, leidt tot onvermijdbare subjectieve gevoelens bij de curator over direct betrokkenen zoals de bestuurder. Deze gevoelens zijn normaal en niet zelden reëel, maar belemmeren een noodzakelijke objectieve kijk op de oorzaken van het faillissement. Deze 'bias' kan al verminderen doordat de curator het onderzoek niet zelf doet, maar door een kantoorgenoot laat doen: hoe groter de afstand, hoe kleiner de invloed van de subjectieve kennis.

Ten slotte is het onderzoek regelmatig onvoldoende *uitvoerig*. Juist in de gevallen waarin a *prima vista* wel kritische kanttekeningen te plaatsen zijn, is grondig onderzoek nodig om een totaalbeeld te hebben en ook of juist ontlastende elementen onder ogen te zien. Omdat bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:138 BW en art. 2:248 BW niet ziet op schade die het gevolg is van een specifieke handeling maar (zonder causaal verband) op het totale boedeltekort kan, naar mijn mening, een curator niet volstaan met slechts het benadrukken van negatieve punten en zal hij dus bij aanvang van het vervolgonderzoek moeten nadenken over de vraag of hij voldoende tijd en budget beschikbaar heeft.

Dergelijke tekortkomingen als de drie hiervoor bedoelde hebben niet zelden tot gevolg dat de curator op enig moment van betrokkenen het verwijt krijgt slechts voor eigen gewin ten laste van het boedelactief halfslachtig onderzoek te doen. Dat is een verwijt dat aan professionele curatoren zo vaak wordt gemaakt dat zij daarvoor een olifantshuid hebben ontwikkeld. Maar indien één van de hiervoor bedoelde drie tekortkomingen een rol spelen, kan het daadwerkelijk de positie van de curator in een latere aansprakelijkheidsprocedure ondermijnen. Schimmelpenninck heeft met recht betoogd dat de curator het onderzoek normaal gesproken zelf dient uit te voeren.¹³ In het overgrote deel van de gevallen zal dat ook het geval zijn of zal het onderzoek onder zijn of haar verantwoordelijkheid plaats vinden. De hiervoor onderscheiden drie situaties kunnen evenwel aanleiding vormen voor afwijking. De curator kan er dan voor kiezen het onderzoek door een derde te laten uitvoeren om daarmee een deskundiger, onafhankelijker en/of grondiger resultaat te bewerkstelligen.

Met name de onafhankelijkheid blijft altijd gebrekkig indien de onderzoeker door de curator zelf is uitgekozen, zoals in het geval hij een forensisch accountant inschakelt. Het voeren van een enquêteprocedure om de Ondernemingskamer een onderzoeker te laten aanstellen biedt in dit opzicht maximale degelijkheid.

Tenslotte zijn er nog een tweetal meer praktische argumenten die voor een curator aanleiding kunnen zijn de enquête-route te kiezen.

Een enquêteur heeft enkele procedurele middelen waarover de curator niet zonder meer beschikt. Op de voet van art. 2:351 lid 2 BW kan een enquêteur rechterlijke machtiging krijgen onderzoek te doen bij 'nauw verbonden' rechtspersonen en de daarbij betrokken personen. Ook wordt aangenomen dat hij eenvoudiger onderzoek kan doen bij nauw verbonden buitenlandse rechtspersonen of overigens in het buitenland, bijvoorbeeld doordat de onderzoeker mag verzoeken te worden benoemd tot 'commissioner' in de zin van art. 17 lid 1 Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken. Die mogelijkheden zijn voor een curator vaak veel beperkter.

In de tweede plaats kan een enquêteur niet aansprakelijk worden gesteld voor schade als gevolg van zijn onderzoek (art. 2:351 lid 5 BW), terwijl curatoren in toenemende mate met claims bedreigd worden.

55.5 Voorzieningen

55.5.1 Eerste fase

In een louter inquisitoire enquête zoals normaliter beoogd door een curator zal het slechts gaan om het uitvoeren van het onderzoek. Voor onmiddellijke voorzieningen is dan niet snel aanleiding en mij zijn daar ook geen gevallen van bekend.

Maar wat is in die zin theoretisch mogelijk? Is denkbaar dat insolventiefunctionarissen zelf het enquêterecht inzetten om door middel van een onmiddellijke voorziening in te grijpen in de governance van de vennootschap waarbij zij betrokken zijn?

¹³ Schimmelpenninck 2008/5.

De curator heeft daaraan geen behoefte.¹⁴ In de Vidrea-zaak overwoog de Ondernemingskamer ten aanzien van de vraag of een enquêteverzoek zich ook zou kunnen richten op het beleid en de gang van zaken gedurende het faillissement: ‘Een enquête kan in beginsel zien op de faillissementsperiode, nu de vennootschappelijke (bestuurs)structuur op zichzelf niet wijzigt. De praktische betekenis is echter gering omdat de organen van de vennootschap geen zeggenschap meer hebben over het vermogen daarvan.’¹⁵

Binnen het bestek van een surseance of een Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA)-procedure kan dat anders zijn. Beide procedures beogen immers de vennootschap te ‘herstellen’. Volgens dezelfde Vidrea-uitspraak is de bewindvoerder in vennootschappelijk opzicht ‘mede-beleidsbepaler’.¹⁶ Als de bestuurder tijdens een surseance het optreden van een bewindvoerder ter toetsing voor kan leggen aan de Ondernemingskamer (zoals in die zaak gebeurde, zie ook hierna in § 52.7), is pleitbaar dat het omgekeerde ook mogelijk zou moeten zijn. Wat als de bewindvoerder twijfelt aan het beleid en de gang van zaken onder leiding van een bestuurder en hem wil laten vervangen? Kan hem dat lukken via het enquêterecht? Ik zie twee opties. De eerste is dat de bewindvoerder ex art. 2:346 lid 1, sub d jo. lid 2 BW aangemerkt wordt als een mede-beleidsbepaler die enquêterechtelijk bevoegd is de vennootschap in een zelf-enquête te vertegenwoordigen. Nu echter een niet-zelfstandig bevoegd bestuurder geen zelf-enquête namens de vennootschap kan verzoeken, zou onlogisch zijn dat de (niet-zelfstandig bevoegde) bewindvoerder dat wel zou kunnen. De tweede optie is een wettelijke voorziening als thans voor de curator opgenomen in lid 3. Een dergelijke wetswijziging lijkt mij gewenst.¹⁷ De bewindvoerder beschikt daarmee immers over een belangrijk middel om te komen tot herstel van verhoudingen binnen de vennootschap.

Ten slotte de WHOA. Als het bestuur niet voldoende zijn best doet een oplossing uit de financiële problemen te zoeken, kunnen crediteuren verzoeken een herstructureringsdeskundige te benoemen. Die kan (bij MKB-bedrijven) alleen mét medewerking van het bestuur een akkoord aanbieden. Denkbaar is dat een herstructureringsdeskundige die merkt dat een bestuurder in de weg staat aan het vinden van een oplossing, bij de Ondernemingskamer aandacht zou willen vragen voor een onjuist beleid of gang van zaken teneinde een tijdelijk bestuurder benoemd te krijgen. Mocht daar inderdaad behoefte aan bestaan dan is ook daarvoor echter een aanvulling van art. 2:346 lid 1 BW nodig. Een andere, maar onzekere optie is dat de herstructureringsdeskundige bij aanvang van zijn werkzaamheden een overeenkomst sluit met de vennootschap waarin hem deze bevoegdheid wordt verleend (art. 2:346 lid 1 sub e BW). De vraag of een dergelijke behoefte aanwezig is zal in de praktijk beantwoord moeten worden. Als tegenargument noem ik hier dat de WHOA geënt is op de gedachte van ‘the debtor in possession’ met het oogmerk de schuldenaar vroegtijdig te laten komen tot het zoeken naar oplossingen. De mogelijke komst van een herstructureringsdeskundige met zware bevoegdheden zou een remmend effect op de bereidheid daartoe kunnen hebben.

55.5.2 Tweede fase

De tweede fase vangt aan na deponering van het onderzoeksrapport. Uitgaande van een op verzoek van een curator verrichte enquête betreffende een gefailleerde vennootschap zijn vervolgens vier vervolgstappen denkbaar (die ook naast elkaar kunnen worden gezet).

Een verzoek als bedoeld in art. 2:353 lid 3 BW tot machtiging door de voorzitter van de Ondernemingskamer tot het doen van mededelingen uit het verslag, zie ook hoofdstuk 26. Dit wordt gebruikt om (passages uit) het onderzoeksrapport te kunnen gebruiken in een procedure bij de gewone rechter. Zonder dit verzoek is dat niet mogelijk, omdat het rapport geheim is. De curator kan de aan de rechtspersoon zelf toekomende bevoegdheid tot het doen van mededelingen uit het verslag aan derden evenwel uitoefenen voor zover die mededelingen in redelijkheid geacht kunnen worden dienstig te zijn aan de uitoefening van zijn wettelijke taak de failliete boedel te beheren en te vereffenen. Daarvoor

¹⁴ Zie K. Spruitenburg, *De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 153), Deventer: Wolters Kluwer 2018/8.4 (Spruitenburg 2018).

¹⁵ OK 3 maart 2020, *ARO* 2020/78; *JOR* 2020/145, m.nt. Schreurs (*Vidrea*), r.o. 3.5.

¹⁶ OK 3 maart 2020, *ARO* 2020/78; *JOR* 2020/145, m.nt. Schreurs (*Vidrea*), r.o. 3.4.

¹⁷ In gelijke zin Spruitenburg 2018/8.5.3.

behoeft hij geen machtiging.¹⁸ Een recent voorbeeld waarin het rapport niet (slechts) gebruikt is voor aansprakelijkstelling is de enquête inzake Staphorst Ontwikkeling, waarin het rapport is ingebracht in een pauliana-procedure op verzoek van de curator van een andere vennootschap.¹⁹

Een volgende vervolgstap is het verzoek als bedoeld in art. 2:354 BW namens de vennootschap tot verhaal van de kosten van het onderzoek, waarover ook hoofdstuk 28. Dit is een vordering die behoort tot de boedel. De maatstaf voor deze vordering is relatief laag: kostenverhaal is mogelijk indien een betrokkene ‘verantwoordelijk is voor een onjuist beleid of een onbevredigende gang van zaken’. Het biedt de curator in de eerste plaats de mogelijkheid de gemaakte kosten in een relatief eenvoudige procedure te verhalen. Maar er gaat ook een signaal vanuit. Partijen staan dan immers nog aan de vooravond van een lange civiele procedure en zijn al dan niet met verzekeraars veelal in onderhandelingen over een schikking. Dit verzoek biedt een concrete oriëntatie op het oordeel van de Ondernemingskamer omtrent de *individuele* verantwoordelijkheid van betrokkenen.

Vervolgens vanzelfsprekend het verzoek als bedoeld in art. 2:355 BW tot vaststelling van wanbeleid. Hoewel deze bepaling betrekking heeft op de hierna nog te bespreken definitieve voorzieningen, moet een beslissing over toepassing daarvan uit de aard der zaak worden voorafgegaan door de essentiële vaststelling dat sprake is geweest van (het enquêterechtelijke begrip) wanbeleid. Zie hierover hoofdstuk 27. Het is dan ook mogelijk dat slechts deze vaststelling wordt verzocht en geen (nadere) voorziening. Dit is bepaald in de hiervoor al aangeduide Ogem-beschikking.²⁰ Het is de vaststelling van wanbeleid die geen ander doel dient dan op te helderen of verantwoordelijkheid vast te stellen, zoals typisch het geval is in inquisitoire enquêtes.

Een verzoek tot het treffen van één of meer van de definitieve voorzieningen als bedoeld in art. 2:356 BW zal, indien de enquête een failliete vennootschap betreft, slechts de voorziening sub a betreffen omdat de andere voorzieningen zien op vennootschappen waarin de betrokkenen voort (moeten) gaan in een vennootschappelijk verband en sanering of herstel van gezonde verhoudingen nog tot de mogelijkheden behoort. Zie ook hoofdstuk 34. Hierna wordt op die voorziening sub a ingegaan.

Bij de in art. 2:356 sub a BW bedoelde voorziening van schorsing of vernietiging van besluiten kan worden gedacht aan de vernietiging van het besluit tot benoeming of ontslag van een bestuurder of commissaris. In gevallen waarin een failliete vennootschap was betrokken, is mij echter geen ander besluit bekend waarvan de vernietiging wordt nagestreefd dan het besluit tot verlening van decharge aan bestuurders en commissarissen of de vaststelling van een jaarrekening.

Het belang van de vernietiging van een dechargebesluit is evident. Aansprakelijkheid van bestuurders na faillissement wordt gebaseerd op art. 2:248 BW, art. 2:9 BW en art. 6:162 BW. De aansprakelijkstelling voor het boedeltekort wordt volgens art. 2:248 lid 6 BW, tweede volzin, niet belemmerd door een aan de bestuurder verleende kwijting. Dat is anders bij art. 2:9 BW en art. 6:162 BW. In de gevallen waarin aan een bestuurder of commissaris (en overigens ook aan een persoon die al dan niet op enige contractuele basis aangemerkt kan worden als feitelijk leidinggevende) kwijting of decharge is verleend, heeft de vennootschap afstand gedaan van het recht tegen die persoon een vordering in te stellen.²¹ Die kwijting kan jaarlijks (regulier) of eenmalig zijn. Het laatste gebeurt veelal bij het aftreden of in het kader van een vaststellingsovereenkomst of schikking.

Decharge leidt slechts tot afstand van het recht iemand aansprakelijk te stellen voor dat wat het dechargerende orgaan bekend is.²² Dat is in ieder geval zo bij de jaarlijkse decharge en het wordt algemeen aangenomen voor de finale decharge.²³ Mijns inziens is dat slechts anders indien partijen dat uitdrukkelijk bepalen, namelijk door vast te leggen dat zij elkaar uitdrukkelijk niet meer wensen lastig te vallen met geschillen en (over en weer) afstand doen van het recht aansprakelijk te stellen voor iedere

¹⁸ OK (vz.) 8 oktober 2014, ARO 2015/32 (*Body Control Concepts*).

¹⁹ OK (vz.) 9 juni 2020, ARO 2020/132 (*Staphorst Ontwikkeling*).

²⁰ HR 10 januari 1990, NJ 1990/466, m.nt. Maeijer (*Ogem*).

²¹ Zie C.D.J. Bulten & N. Kreileman, ‘De dans ontspringen door decharge?’, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 140), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 417 e.v. (hierna: Bulten & Kreileman 2017).

²² HR 20 oktober 1989, NJ 1990/308, m.nt. Maeijer (*Ellem/De Bruin*); HR 10 januari 1997, NJ 1997/360, m.nt. Maeijer (*Staleman/Van de Ven*).

²³ Zie Bulten & Kreileman 2017, p. 417 e.v. Zie anders B. Bier, ‘Rondom decharge’, *TOP* 2010, afl. 8, p. 301 e.v. die meent dat geen kennis vereist is in geval van een vaststellingsovereenkomst.

denkbare gebeurtenis, bekend of onbekend. Mijns inziens is het slechts mogelijk afstand te doen van bestaande vorderingen en kan kwijting dus maximaal gelden voor gebeurtenissen tot de dag van kwijting.

Bij de jaarlijkse kwijting die pleegt te worden verleend na vaststelling van de jaarrekening (doorgaans in de loop van het daaropvolgende kalenderjaar) wordt dus slechts kwijting verleend voor handelingen tot en met de voorafgaande balansdatum. In geval van faillissement zal slechts bij hoge uitzondering sprake zijn van reguliere jaarlijkse kwijting voor de periode van één à anderhalf jaar vóór faillissement, eenvoudig omdat die periode vaak nog niet door middel van een vastgestelde en goedgekeurde jaarrekening is afgewikkeld. De decharge die een eventuele verhaalsactie van de curator verhindert, ziet dan ook normaal gesproken op een periode enige jaren voor het faillissement. Zo loopt de curator van het op 5 juli 2014 gefailleerde Estro aan tegen de decharge die is verleend voor de gang van zaken in de tweede helft van 2010 waarvoor in de algemene vergadering van 21 april 2011 decharge is verleend.

Dat het dechargebesluit kan worden vernietigd door een tweede fase-beschikking van de Ondernemingskamer is diverse malen expliciet herhaald.²⁴ De Hoge Raad oordeelde namelijk dat aan de Ondernemingskamer in art. 2:356 sub a BW een ruime bevoegdheid is verschaft, niet alleen om aan wanbeleid een einde te maken, maar ook om de eruit voortgevloede gevolgen zoveel mogelijk ongedaan te maken.

Veenstra zet de houdbaarheid van een decharge onder normale omstandigheden af tegen de houdbaarheid van een decharge in een tweede fase-procedure.²⁵ Naar hij meent, zou de Ondernemingskamer een dechargebesluit niet moeten vernietigen indien die decharge vennootschapsrechtelijk houdbaar is. Dat wil met name zeggen dat wanneer willens en wetens afstand van een vorderingsrecht wordt gedaan, die decharge volgens Veenstra niet op enquêterechtelijke gronden onderuit zou moeten gaan. Zie hierover ook hoofdstuk 34.

Indien er sprake is geweest van wanbeleid en die decharge in het licht van het wanbeleid op onjuiste gronden is verleend, kunnen de gevolgen van het wanbeleid evenwel onder meer ongedaan worden gemaakt door dat besluit te vernietigen. Feit is dat de Ondernemingskamer indien er wanbeleid wordt vastgesteld veelvuldig dechargebesluiten heeft vernietigd en daarmee een belangrijke bouwsteen van een aansprakelijkheidsprocedure aanreikt.

55.6 Het materieel effect van een (wanbeleids)oordeel in geval van faillissement

Zoals hiervoor al uiteengezet, kan de curator op grond van materiële overwegingen ertoe komen om de oorzaken van een faillissement niet zelf, maar via een enquête te laten onderzoeken. De belangrijkste reden daarvoor is, naar kan worden aangenomen, gelegen in de wens over een onafhankelijk onderzoek te kunnen beschikken dat daarna voorzien wordt van het stempel wanbeleid met de autoriteit van de Ondernemingskamer. Sedert de eeuwwisseling zijn een kleine vijftig enquêteprocedures gevoerd waarin een gefailleerde vennootschap en haar curator betrokken waren. Zie hierover ook hoofdstuk 4. Met enkelen van hen sprak ik informeel ter voorbereiding van dit hoofdstuk en zij allen noemden dit tweeledige argument: onafhankelijk onderzoek en wanbeleid-oordeel van een gezaghebbend rechterlijk college.

De vraag wat het materieel effect is van een enquête wordt besproken in hoofdstuk 48. Dit effect is in het geval van een failliete vennootschap in beginsel niet anders dan buiten faillissement. In Laurus is uitgemaakt dat het oordeel wanbeleid noch de vaststelling in een tweede fase dat een betrokkene verantwoordelijk is voor dat wanbeleid, tot de onontkoombare conclusie leidt dat de betrokkene als bestuurder ook aansprakelijk is. De feiten staan in de daaropvolgende aansprakelijkheidsprocedure niet

²⁴ HR 4 juni 1997, NJ 1997/671, m.nt. Maeijer; JOR 1997/82, m.nt. Van den Ingh (*Text Lite*); zie ook J.M.M. Maeijer, 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 2009/481.

²⁵ F. Veenstra, 'Vernietiging van dechargebesluiten: wat heeft de enquêteprocedure de curator te bieden?', *TvI* 2020/24.

vast, ook niet behoudens tegenbewijs. Dat oordeel moet in een aparte procedure op tegenspraak verkregen worden.

Niettemin is dat oordeel van zeer zwaargewicht en zijn vermoedelijk maar zo weinig vervolgsprocedures in de rechtspraak terug te vinden, omdat in die fase overleg tussen partijen en een verzekeraar tot een regeling leidt. In ieder geval zijn in de faillissementen KPNQwest, Van der Moolen, Landis en Meavita uiteindelijk schikkingen getroffen.

55.7 Overige onderwerpen

55.7.1 Kosten

Een keerzijde, althans vanuit het perspectief van de curator bezien, zijn de aan een enquêteprocedure verbonden kosten. Hoewel ook een door de curator zelf uitgevoerd onderzoek arbeidsintensief en kostbaar kan zijn, kan hij dat financieren in de vorm van vooralsnog onbetaald onderhanden werk. Indien een curator initiatief neemt tot een enquête zal hij vooraf de financiering daarvan op orde moeten hebben. In gevallen waarin de curator bij zijn benoeming geconfronteerd wordt met een reeds aanhangig enquêteverzoek, besluit deze regelmatig de procedure niet te vervolgen, voor zover verifieerbaar doorgaans vanwege een tekort aan middelen. Voorbeelden daarvan zijn te vinden in de enquêteprocedures inzake Landis, KPNQwest, Decidewise International, Exodus en Apotheek Schiemond.²⁶

Indien een onderzoek ten aanzien van een vennootschap in financieel zwaar weer overwogen wordt, pleegt de Ondernemingskamer aandacht te besteden aan de beschikbaarheid van middelen bij gebreke waarvan afwijzing volgt. Zie hierover hoofdstuk 28.

Behoudens in de gevallen waarin het verzoek door de curator zelf wordt gedaan, leveren de onderzoekskosten in beginsel geen boedelschuld op.²⁷ De kosten worden in diverse gevallen derhalve gedragen of voorgesloten door derden zoals bijvoorbeeld in LCI Technology, KPNQwest en Ekopon.²⁸ Gevallen waarin de betrokken curator wel bijdraagt zijn te vinden in Van der Moolen, Landis, Meavita, Body Control Concepts en Celebration Benelux.

Zoals hiervoor reeds aangegeven kan de curator in de tweede fase op grond van art. 2:354 BW op relatief eenvoudige wijze verhaal nemen op betrokkenen voor door de (gefaillieerde) vennootschap gemaakte kosten voor het onderzoek.

Kort wijs ik nog op de Garantstellingsregeling curatoren die naar de huidige stand van zaken niet openstaat voor financiering van een enquêteprocedure door de curator. Recent onderzoek van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum heeft argumenten aangedragen voor verruiming, maar niet voor de enquêteprocedure.²⁹ Uitgaande van de veronderstelling dat een curator een enquêteprocedure zal willen voeren met het oog op een nadien te voeren aansprakelijkheidsprocedure zou dit mijns inziens wel te overwegen zijn. Die laatste procedure kan (mits aan enkele voorwaarden voldaan is, zoals voldoende kans op verhaal) wel gefinancierd worden, net zoals het voorafgaande verhaalsonderzoek. Indien een curator goede argumenten heeft om deze financierbare aansprakelijkheidsprocedure vooraf te laten gaan door een enquêteprocedure zou die ook voor de Garantstellingsregeling in aanmerking moeten komen.³⁰

55.7.2 De insolventiefunctionaris als onderzoeksobject

²⁶ HR 9 december 2005, NJ 2006/174; JOR 2006/3 (Landis); OK 28 december 2006, RO 2007/24; JOR 2007/67 (KPNQwest); OK 18 december 2014, ARO 2015/84 (Decidewise International); OK 25 september 2020, RO 2021/20; JOR 2021/36, m.nt. Schreurs (Exodus); OK 11 november 2020, ARO 2021/20 (Apotheek Schiemond).

²⁷ OK 18 december 2014, ARO 2015/53 (Decidewise International).

²⁸ OK 12 maart 2009, RO 2009/39; JOR 2009/132, m.nt. Bartman (LCI Technology); OK 5 juli 2010, RO 2010/67; JOR 2010/230, m.nt. Geerts (KPNQwest); OK 2 april 2015, ARO 2015/112 (Ekopon).

²⁹ J. de Ridder e.a., *Evaluatie Garantstellingsregeling Curatoren 2012*, Groningen: Pro Facto 2021.

³⁰ Zie uitvoeriger P.H.M. Broere, 'Koudwatervrees, de Garantstellingsregeling curatoren en het onderzoek in de enquêteprocedure', *Ondernemingsrecht* 2020/101.

In mijn annotatie onder het Vidrea-enquêteverzoek besteedde ik aandacht aan de vraag in hoeverre het werk van een insolventiefunctionaris, zoals een curator of bewindvoerder, onderwerp kan vormen van een enquête.³¹ Het is van belang tussen hen een onderscheid te maken, want hun taken en posities verschillen. Art. 68 Fw bepaalt ‘De curator is belast met het beheer en de vereffening van de boedel.’ Art. 228 Fw bepaalt ‘Gedurende de surseance is de schuldenaar onbevoegd enige daad van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerders.’ De onderneming, de vennootschap en haar organen functioneren in surseance in beginsel normaal. Alleen daden van beheer en beschikking behoeven de medewerking van de bewindvoerder.

Het toezicht in surseance (wederom: in theoretisch opzicht) verloopt ook anders dan in faillissement. Er is geen instructierecht van de rechter-commissaris vergelijkbaar met dat van art. 69 Fw in faillissement. Anders dan bij art. 73 Fw heeft de schuldenaar zelf niet het recht om ontslag van een bewindvoerder te verzoeken. Het uitgangspunt dat in geval van faillissement geldt, te weten snelle, doelmatige governance, geldt in surseance niet. Daarin geldt een meer afgewogen balans tussen de bestuurder van de schuldenaar en de bewindvoerder binnen het bestek van een normaal functionerende onderneming. Het sluit ook aan bij het uitgangspunt dat een surseance geheel gericht is op het voortzetten van de onderneming en het faillissement op de vereffening daarvan.

In surseance continueert de vennootschap derhalve de onderneming. Het enquêterecht is gewoon toepasselijk op het beleid en de gang van zaken en dus ook op de rol van de bewindvoerder daarin. Dat was al uitgemaakt in *Ogem*, *Bredero*, *Vie d’Or*, *ATR Leasing* en *Van der Moolen*.³² In *Ogem* oordeelde de Hoge Raad nog dat een enquête wel kan zien op de surseanceperiode, maar beperkt is tot het beleid en de gang van zaken ‘bepaald door de organen’ van *Ogem*. In *Bredero* werd een stap verder gegaan. In surseance werkten de bewindvoerders mee aan een uitvaartconstructie, bedoeld om de gezonde delen van het concern te laten uitvaren met achterblijven van de ongezonde delen in het sterfhuis. Na faillissement verzochten aandeelhouders om een enquête, mede naar het handelen van de bewindvoerders en de Ondernemingskamer stond dat toe. ‘Weliswaar betreft het onderzoek, zoals de curatoren terecht opmerken, slechts de rechtspersoon, doch die rechtspersoon kon ter zake van de uitvaartconstructie zonder de instemming van bewindvoerders niet handelen. Een en ander staat buiten de vraag op welke wijze de verantwoordelijkheid van bewindvoerders is geregeld.’³³ In de *ATR*-zaak trokken de bewindvoerders tijdens de voortzetting van de onderneming op met de latere doorstarter TUI. Eenmaal curator verzochten zij zelf om een enquête. Verweerders (in feite: de bestuurders van *sursiet*) verlangden dat het onderzoek uitdrukkelijk ook de surseance-periode betrof en de wijze waarop bewindvoerders met TUI optrokken. Dat stond de Ondernemingskamer toe.³⁴

In de *Vidrea*-beschikking voegt de Ondernemingskamer hieraan toe: ‘Voor de toepassing van het enquêterecht is een bewindvoerder daarom aan te merken als een mede-beleidsbepaler van de rechtspersoon.’³⁵ Deze overweging maakt nog duidelijker wat de omstandigheid is waarin een onderneming in surseance verkeert: going concern, met functionerende organen en dat is anders in faillissement: ‘Het handelen van een curator kan in beginsel (...) geen onderwerp van een enquête zijn. (...) De curator behoeft voor diverse beheer- en beschikkingsdaden toestemming van de rechter-commissaris, en de schuldeisers en de rechtspersoon kunnen tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris opkomen (art. 69 Fw). Het toezicht door de rechter-commissaris beoogt daarmee uitputtend te zijn. In beginsel is daarnaast geen ruimte voor rechterlijke toetsing door middel van het enquêterecht (...)’³⁶

55.8 Slotbeschouwing

³¹ Schreurs in zijn annotatie bij OK 3 maart 2020, *JOR* 2020/145 (*Vidrea*).

³² OK 22 december 1983, *NJ* 1985/383, m.nt. Maeijer (*Ogem*); OK 7 januari 1988, *NJ* 1989/827, m.nt. Maeijer (*Bredero*); HR 15 januari 1997, *NJ* 1997/368, m.nt. Maeijer; *JOR* 1997/30, m.nt. Kortmann (*Vie d’Or*); OK 1 november 2005, *ARO* 2005/192; *JOR* 2005/297 (*ATR Leasing*); OK 5 juli 2010, *ARO* 2010/109; *JOR* 2010/305 (*Van der Moolen*).

³³ OK 7 januari 1988, *NJ* 1989/827, m.nt. Maeijer (*Bredero*), r.o. 4.7.

³⁴ OK 1 november 2005, *ARO* 2005/192; *JOR* 2005/297 (*ATR Leasing*), r.o. 3.8.

³⁵ OK 3 maart 2020, *ARO* 2020/78; *JOR* 2020/145, m.nt. Schreurs (*Vidrea*), r.o. 3.4 en 3.7.

³⁶ OK 3 maart 2020, *ARO* 2020/78; *JOR* 2020/145, m.nt. Schreurs (*Vidrea*), r.o. 3.6.

Hoewel de curator regelmatig figureert in enquêteprocedures, is het inhoudelijke belang van het enquêterecht in insolventies tamelijk beperkt.

Curatoren doen er onder omstandigheden goed aan om hun oorzakenonderzoek vorm te geven door middel van een enquête, omdat dat onderzoek daardoor met name aanzienlijk wint aan onafhankelijkheid en daarmee meer gezag kan krijgen. In sommige gevallen is die route bovendien noodzakelijk om een bestaande decharge te omzeilen.

De voor te schieten kosten van een enquête zijn in de meeste gevallen echter belemmerend, zodat in feite slechts in grotere faillissementen het middel kan worden ingezet.