

Uitspraak Toetsingscommissie INSOLAD

2017, 9

Met mondelinge behandeling.

Onderwerp van en toelichting op de klacht:

De Curator heeft Verzoeker meermalen onheus bejegend.

1. De Curator heeft in [...] in de surseance van Verzoeker een vordering ingediend van afgerond [...] uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid van Verzoeker in het faillissement van [...], waarvan de Curator mede-curator is. De aansprakelijkstelling is rauwelijks, toen het faillissement al twee jaar en negen maanden oud was, ingediend, zonder Verzoeker vooraf in de gelegenheid stellen zijn visie te geven op de oorzaken van het faillissement en zijn rol daarin. Door de timing van de indiening werd een door Verzoeker aangeboden akkoord aan zijn privécrediteuren ernstig gefrustreerd.
2. De Curator heeft een kwalijke rol gespeeld bij een huiszoeking in het woonhuis van Verzoeker. Op het moment van de huiszoeking was de mede-curator [...] zowel curator van [...] (opdrachtgever van de huiszoeking) als bewindvoerder in de surseance van betaling van Verzoeker.
3. In een bespreking heeft de Curator (samen met mr. [...]) Verzoeker zwaar onder druk gezet door het gebruik van krachttermen/vloekwoorden, maar heeft ook geprobeerd om Verzoeker te bewegen vorderingen en zekerheden ten aanzien van de [...]-vennootschappen aan de curatoren over te dragen onder de toezegging dat de curatoren daartegenover medewerking zouden verlenen om een akkoord in de andere faillissementen te bewerkstelligen.

Reactie en toelichting van de Curator:

Het ontvankelijkheidsverweer van de Curator is als volgt:

1. In een dossier waarin blijkt dat er bij andere gremia meerdere vergelijkbare klachten zijn ingediend zou de Toetsingscommissie de Curator moeten uitnodigen zijn visie te geven op de ontvankelijkheid van het toetsingsverzoek. De Toetsingscommissie kan zonder een dergelijke visie van de Curator niet in redelijkheid tot een besluit komen het toetsingsverzoek (wel) ontvankelijk te verklaren.
2. De Toetsingscommissie dient het besluit, om de verzoeken (wel) inhoudelijk te toetsen, te motiveren.
3. Voor de curatorenpraktijk is het van groot belang dat er een duidelijke guideline komt vanuit de Toetsingscommissie welke klachten op basis van art. 4 lid 5 van het reglement niet-ontvankelijk zullen worden verklaard. In de curatorenpraktijk wordt de mogelijkheid dat er over hetzelfde feitencomplex bij diverse gremia (vaak na elkaar) kan worden geklaagd als een steeds groter knelpunt ervaren. Curatoren moeten zich in een toenemende mate en bij voortduring blijven verantwoorden tegen repeterende klachten van de mensen die niet stoppen met klagen tot dat ze ergens een voet aan de grond krijgen. Bij die uitdijende klachtmogelijkheden en de als gevolg daarvan optredende belasting van de curator en zijn kantoor (en de boedel) kunnen zelfs de primaire processen, zoals de crediteurenbelangen die de curator heeft te dienen, in het gedrang komen. Niet voor niets biedt het reglement de mogelijkheid om het toetsingsverzoek van notoire

verzoekers die al elders nul op het rekest hebben gekregen op formele gronden buiten behandeling te laten.

4. De gedragingen van de Curator zijn al meerdere keren ter toetsing voorgelegd aan de rechter. De rechter heeft de gedragingen inhoudelijk beoordeeld en heeft de klachten die op dat gedrag betrekking hebben afgewezen en wel in de procedures:
 - a. Artikel 69 Fw verzoek;
 - b. In het hoger beroep in de faillissementen van de [...] Groep;
 - c. In het beroep tegen verwerping van het akkoord van Verzoeker;
 - d. Het ontslagverzoek van Verzoeker om mr. [...] als bewindvoerder te doen ontslaan.

Het inhoudelijke verweer van de Curator komt erop neer dat de verzoeken tot toetsing onvoldoende zijn onderbouwd en overigens de handelingen van de Curator binnen het toetsingskader passen.

Het Panel neemt de volgende feiten tot uitgangspunt:

1. Verzoeker is voor rond 40% aandeelhouder in de vennootschap [...]. [...] houdt 100% van de aandelen in [...]. Beide vennootschappen zijn op [...] door de rechtbank [...] in staat van faillissement verklaard. Mrs. [...] zijn tot curatoren benoemd in beide faillissementen, mr. [...] als derde curator in het faillissement van [...].
2. Op [...] is aan Verzoeker in persoon voorlopig surseance van betaling verleend door de rechtbank [...]. Mrs. [...] werden tot bewindvoerders benoemd. Mr. [...] heeft zich op eigen verzoek, wegens mogelijke toekomstige tegenstrijdige belangen gezien zijn functie van curator van [...], laten ontslaan als bewindvoerder. Hij is vervangen door mr. [...] te [...]. Bij beschikking van [...] is aan Verzoeker definitief surseance van betaling verleend voor de duur van anderhalf jaar. Met ingang van dezelfde datum heeft ook de echtgenote van de Verzoeker definitief surseance van betaling verkregen.
3. Verzoeker is 100% aandeelhouder in de vennootschap [...]. Deze vennootschap werd op [...] door de rechtbank [...] in staat van faillissement verklaard met benoeming van mrs. [...] tot curatoren.
4. Verzoeker is 100% aandeelhouder in de vennootschap [...]. Deze vennootschap werd op [...] de rechtbank [...] in staat van faillissement verklaard met benoeming van mr. [...] te [...] tot curator.
5. [...] is hoofd van een groep van [...] deelnemingen, waaronder de hiervoor genoemde vennootschappen. De groep is feitelijk insolvent en [...] van de tot de groep behorende vennootschappen zijn failliet verklaard. Mrs. [...] zijn curator in alle vennootschappen, behalve de holdingvennootschap.
6. Tussen Verzoeker en diverse vennootschappen uit de groep van [...] deelnemingen bestaan financiële vorderingen over en weer van aanzienlijke waarde. Verzoeker claimt zekerheidsrechten op activa in de gefailleerde vennootschappen.
7. Verzoeker heeft uit hoofde van een borgstelling financiële verplichtingen jegens financiers van de deelnemingen. Aangesproken op deze verplichtingen door de financiers heeft Verzoeker zich met zijn echtgenote willen beschermen door het aanvragen van een wettelijke schuldsaneringsregeling, die werd geweigerd. Vervolgens heeft Verzoeker de hierboven genoemde surseance van betaling aangevraagd. Binnen deze surseance van betaling heeft

Verzoeker (met zijn echtgenote) op [...] een akkoord gedeponereerd ter griffie. Het akkoord werd behandeld ter zitting van [...]. De rechter-commissaris heeft op deze zitting vastgesteld dat de benodigde meerderheid voor het slagen van het akkoord niet was gehaald. Tegen deze beslissing heeft Verzoeker rechtsmiddelen ingesteld. De vaststelling door de rechter-commissaris is nog niet onherroepelijk.

8. De bewindvoerders in de surseance van Verzoeker hebben ter vergadering op [...] beiden een afzonderlijk advies ex art. 265 Fw. uitgebracht. Mr. [..] heeft positief geadviseerd, mr. [...] heeft negatief geadviseerd.
9. Op [...] is de surseance beëindigd en is het faillissement uitgesproken met benoeming van mr. [...] te [...] tot curator.
10. Op [...] zijn mrs. [...] in hun hoedanigheid van curatoren van [...] met een deurwaarder, kantoorgenoot, een slotenmaker, een medewerker van [...] alsmede medewerkers van [...] binnengetroten in de woning van Verzoeker. Van de binnentreding zijn verslagen opgemaakt door zowel de deurwaarder als door mr. [...].
11. Bij brief van [...] schrijven de curatoren van [...] aan Verzoeker dat zij Verzoeker in de loop van de volgende week aansprakelijk zullen stellen voor het boedeltekort en deze aansprakelijkstellingen zullen motiveren. Bij brief van [...] hebben de curatoren Verzoeker gemotiveerd formeel aansprakelijk gesteld.
12. De mede-bewindvoerder in de surseance van betaling van Verzoeker heeft de aansprakelijkheid inhoudelijk betwist.
13. Op [...] heeft Verzoeker door middel van een verzoek ex art. 69 Fw. de rechter-commissaris verzocht in te grijpen in het optreden van de Curator. De rechter-commissaris heeft Verzoeker niet-ontvankelijk verklaard. In de beschikking wordt overwogen dat Verzoeker spreekt over belangenverstrengeling en misbruik van bevoegdheid. De rechter-commissaris overweegt dat het Hof [...] in haar arrest van [...] daarover reeds een oordeel heeft gegeven. Tevens overweegt de rechter-commissaris dat Verzoeker en zijn echtgenote bij herhaling gevraagd hebben om een gesprek hierover met de rechter-commissarissen. Verzoeker en zijn echtgenote zijn in de gelegenheid gesteld hun standpunt ten overstaan van de rechter-commissaris naar voren te brengen.
14. Het Hof [...] overweegt in zijn arrest van [...] ten aanzien van het gestelde oneigenlijk gebruik/misbruik van de bevoegdheid tot het aanvragen faillissement dat hiervan niet is gebleken. De rechter-commissaris heeft geen aanleiding gevonden om in te grijpen. Dat beide curatoren in meerdere, in de [...] groep samenhangende, insolventies zijn aangesteld als bewindvoerder en/of curator, is een beslissing van de rechtbank die niet appellabel is. Deze beslissing is bovendien niet onbegrijpelijk, gelet op de dwarsverbanden tussen de verschillende natuurlijke personen en rechtspersonen binnen de ruimere kring van de [...] groep en haar zakenpartners, de mate van kennis die hierbij van de curatoren wordt verwacht en de grote hoeveelheid aan stukken en gegevens die faillissementen van deze omvang plegen te hebben.
15. Het Hof [...] heeft in het arrest van dezelfde datum, gewezen in het faillissement van de echtgenote van Verzoeker, met dezelfde bewoordingen geoordeeld.
16. De rechtbank [...], oordelend in hoger beroep tegen de beslissingen van de rechter-commissaris in de akkoordprocedure, heeft geoordeeld over de stelling van Verzoeker in die procedure dat het negatieve advies van mr. [...] in zijn surseance van betaling zou voortvloeien uit een

onaanvaardbaar tegenstrijdig belang. De rechtbank oordeelt dat dat advies als zodanig een gegeven is en dat het aan de crediteuren is om de gestelde tegenstrijdige belangen al dan niet te betrekken bij hun beraadslagingen.

17. In [...] heeft de rechter-commissaris in de surseance van betaling de bewindvoerder mr. [...] voorgedragen voor ontslag. Het verzoek is door de rechtbank afgewezen. Kort na het verzoek van de rechter-commissaris heeft Verzoeker op [...] het ontslag van mr. [...] verzocht in het faillissement [...]. De rechtbank heeft het verzoek van Verzoeker afgewezen bij beschikking van [...].
18. In deze procedure heeft Verzoeker gesteld dat de Curator hem bij zijn crediteuren in een kwaad daglicht zou stellen, dat hij bij de eerder genoemde huiszoeking over de schreef zou zijn gegaan en dat hij de vorderingen van Verzoeker op [...] op volstrekt onredelijke gronden zou hebben betwist. De rechtbank heeft Verzoeker niet-ontvankelijk verklaard. De rechtbank heeft een overweging ten overvloede gegeven, waarin de rechtbank vast stelt dat Verzoeker en de curatoren in een complexe en hevige strijd verwickeld zijn geraakt. De rechtbank overweegt: *“Het optreden van spanningen tussen haar een (indirect) bestuurder en de curator in het faillissement is inherent aan verhoudingen die in een faillissement kunnen ontstaan. In een faillissement dient de curator immers ten behoeve van de crediteuren van de failliet de belangen van de boedel te behartigen, waarbij een (indirect) bestuurder de inlichtingen dient te verschaffen en medewerking dient te verlenen, die voor een goede taakuitoefening van de curator noodzakelijk zijn. Die verplichtingen van een (indirect) bestuurder doen afbreuk aan zijn mogelijkheden zelfstandig zijn positie te bepalen en zal kunnen leiden tot gevoelens van afkeer tegenover de curator en tot deze door deze gevoeld gebrek aan medewerking aan de zijde van de bestuurder. Dergelijke tegenstellingen die eigen zijn aan een faillissement zijn echter onvoldoende om een ontslag van een curator te rechtvaardigen.”*

Overwegingen en motivering van de beslissing:

1. Het Panel gaat allereerst in op de ontvankelijkheid van Verzoeker. De Curator heeft zich onder meer op het standpunt gesteld dat Verzoeker bij diverse gremia reeds klachten heeft neergelegd welke de gedragingen betreffen waaromtrent ook in deze procedure wordt geklaagd. De klachten zouden herhaaldelijk zijn afgewezen. Dit zou dienen te leiden tot niet-ontvankelijkheid.
2. Het Panel onderkent dat bepaalde gedragingen van de Curator waaromtrent in deze procedure wordt geklaagd genoemd zijn in een aantal gremia. Echter het toetsingskader van de rechter-commissaris en in hoger beroep rechtbank of hof is in het algemeen een andere dan die van de Toetsingscommissie, zoals in oudere zaken door de Toetsingscommissie al bij herhaling is overwogen. Niettemin kan de Toetsingscommissie verzoeken zonder mondelinge behandeling af doen indien de gedragingen van een curator aan een andere instantie zijn of beter kunnen worden voorgelegd. Dat zal met name in die gevallen worden geoordeeld waar het toetsingskader ten aanzien van de betreffende gedraging bij die andere instantie niet of nauwelijks afwijkt van die van de INSOLAD Gedragsregels. In deze zaak stelt het Panel vast dat de gedragingen waarvan toetsing wordt gevraagd niet, althans niet allemaal, als zodanig (dus met inachtneming van een min of meer gelijk toetsingskader) zijn beoordeeld. In andere hier aan de orde gestelde procedures ziet het Panel niet dat de bezwaren van Verzoeker concreet aan de orde zijn gesteld althans zijn getoetst aan de normen van de INSOLAD Praktijkregels.

3. Met name om die reden besluit het Panel geen gebruik te maken van de mogelijkheid om de klacht niet-ontvankelijk te verklaren en zal tot inhoudelijke toetsing worden overgegaan.
4. Het Panel constateert dat over een drietal elementen wordt geklaagd, te weten (i) de aansprakelijkstelling, (ii) de huiszoeking en (iii) het taalgebruik van de Curator.
5. Ten aanzien van de aansprakelijkstelling stelt het Panel vast dat de Curator rondom [...] klaarblijkelijk tot het oordeel is gekomen dat een aansprakelijkstelling van Verzoeker in de lijn van de verwachting lag. Het verder uitwerken en verzenden van de aansprakelijkstelling aan Verzoeker was – getuige de brief van de Curator van [...] aan Verzoeker – een kwestie van maximaal weken. De aansprakelijkstelling volgde echter eerst op [...], vijf maanden na de vooraankondiging. De Curator heeft verklaard dat onder meer door drukte en de vakantieperiode het zenden van de aansprakelijkstelling later heeft plaatsgevonden dan initieel de bedoeling was. De Curator was in [...] inmiddels bekend met het gegeven dat een door Verzoeker aangeboden akkoord kort na de aansprakelijkstelling in stemming zou worden gebracht. Nu de mede-curator van de Curator tevens bewindvoerder was in de surseance van betaling van Verzoeker moet de Curator zich bewust zijn geweest van het belang van Verzoeker bij de aanbidding van het akkoord en het effect van de (timing van de) aansprakelijkstelling op het akkoord. Uit de omstandigheid dat de mede-bewindvoerder in de surseance de aansprakelijkstelling inhoudelijk heeft betwist kan worden afgeleid dat de aansprakelijkstelling niet zonder meer tot een veroordeling van Verzoeker zou leiden. Het had op de weg van de Curator gelegen om, nadat hij aan de hand van zijn onderzoek tot bevindingen was gekomen, die tot aansprakelijkstelling van Verzoeker zouden kunnen leiden, tijdig hoor en wederhoor toe te passen alvorens de aansprakelijkstelling uit te brengen. Met name tegen de achtergrond van de mogelijk verregaande gevolgen van de (timing van de) aansprakelijkstelling en rechtstreekse bekendmaking aan de crediteuren van Verzoeker, paste een vergaande mate van terughoudendheid van de Curator. De Curator had daaraan toepassing kunnen geven door eerder – in lijn met zijn brief van [...] - Verzoeker te informeren omtrent de aansprakelijkstelling en alvorens tot informeren van de crediteuren over te gaan Verzoeker tot hoor en wederhoor toe te laten. Ook had er voor gekozen kunnen worden om de visie van Verzoeker op de aansprakelijkstelling mee te sturen aan de crediteuren.
6. Ten aanzien van de huiszoeking geldt dat de Curator machtiging had verkregen voor de huiszoeking. Een dergelijke machtiging is niet toetsbaar door de Toetsingscommissie. De wijze van tenuitvoerlegging van de machtiging is wel toetsbaar. Het Panel stelt vast dat de Curator zorgvuldig en proportioneel gebruikt gemaakt heeft van zijn bevoegdheden in het kader van de huiszoeking, zo blijkt uit de gedetailleerde verslaglegging. Van een ongeoorloofde belangenverstrengeling daarbij ten aanzien van de Curator is niet gebleken. Dat wordt niet anders door de aanwezigheid van mr. [...] als mede-bewindvoerder in de surseance van betaling van Verzoeker.
7. Ten aanzien van de klacht aangaande de bejegening overweegt het Panel dat een curator in zijn algemeenheid zich dient te bedienen van gepast taalgebruik. In de hectiek van een faillissement kan echter eens een krachtterm vallen. Een curator dient zich bewust te zijn van het intimiderende effect bij het gebruik van krachttaal. Van hem mag verwacht worden dat hij zich professioneel gedraagt en zichzelf weet in te houden. Daarvoor is het gebruik van krachttermen niet nodig. Het Panel is van oordeel dat, tegen de achtergrond van de in de stukken beschreven

gebeurtenissen en ontwikkelingen, in dit concrete geval geen sprake is van grensoverschrijdend taalgebruik.

Beslissing:

De gedragingen van de Curator zijn ten aanzien van de aansprakelijkstelling niet in overeenstemming met de Praktijkregels. Voor het overige is Verzoeker niet-ontvankelijk dan wel is zijn verzoek ongegrond.

(Toetsingscommissie INSOLAD 13 oktober 2017)