

Het spanningsveld bij bestuurders-aansprakelijkheid en aansprakelijkheid van de beoogd curator in de stille voorbereidingsfase

In deze bijdrage wordt ingegaan op de 'stille voorbereidingsfase', beter bekend onder de termen 'pre-pack' of 'stille bewindvoering'. De voorgestelde regeling komt erop neer dat de rechtbank de mogelijkheid krijgt om al vóór een faillietverklaring in stilte aan te wijzen wie zij zal benoemen tot curator en rechter-commissaris als



het tot een faillissement komt. De stille voorbereidingsfase geeft de kans om in relatieve rust de mogelijkheden van een doorstart te onderzoeken en voor te bereiden. In de bijdrage worden in het bijzonder de mogelijke gevolgen van het wetsvoorstel voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de bestuurder van de onderneming onderzocht. Deze bijdrage is eerder verschenen in de bundel van de Vereniging Corporate Litigation.¹ Het wetsvoorstel dat dit instrument een uitdrukkelijke wettelijke basis biedt, is inmiddels aangenomen door de Tweede Kamer en ligt nu bij de Eerste Kamer. Voor bestuurders komen de wet en mogelijke daarbij behorende risico's dan ook dichterbij.

1. Inleiding

Na een roep vanuit de praktijk hebben verschillende rechtbanken vanaf 2012 een vorm van 'stille bewindvoering' ontwikkeld, ook wel de 'pre-pack' genoemd. Over dit onderwerp is inmiddels al veel gezegd en geschreven, niet alleen in de vakliteratuur. Ook de wetgever is in actie gekomen. Op dit moment is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel aanhangig dat dit instrument – daarin aangeduid als 'stille voorbereidingsfase' waarin een 'beoogd curator' wordt aangesteld² – een uitdrukkelijke wettelijke grondslag biedt. Hiermee wordt vennootschappen in financiële moeilijkheden een nieuwe mogelijkheid geboden. Het betreft geen nieuw insolventieregime, zoals het faillissement en de surseance van betaling, maar er ontstaat een gereguleerde voorfase.

De stille voorbereidingsfase zal voor bestuurders van vennootschappen die in zwaar weer verkeren verschillende consequenties hebben. In deze bijdrage zal inzicht worden gegeven in enkele van deze consequenties voor

zover die betrekking hebben op civielrechtelijke aansprakelijkheid. Daarbij wordt ook de rol van de beoogd curator betrokken.

Het optreden van zowel een bestuurder als een beoogd curator tijdens de stille voorbereidingsfase kan leiden tot een aansprakelijkstelling. Wij constateren dat bij deze aansprakelijkheid sprake is van een spanningsveld, welk spanningsveld verband houdt met de aard van de stille voorbereidingsfase en de positie die de bestuurder en de beoogd curator daarin bekleden. Zoals in het navolgende zal worden besproken, heeft zowel de bestuurder als de beoogd curator tijdens een stille voorbereidingsfase wetenschap van de (slechte) financiële omstandigheden van de vennootschap.

De bestuurder en beoogd curator weten dus, of behoren redelijkerwijs te weten, dat er een reëel risico is dat (nieuwe) verplichtingen die worden aangegaan of worden gecontinueerd niet kunnen worden nagekomen en de vennootschap ook geen verhaal biedt. Het spanningsveld

* Mr. H.J.M. van Dal is kennismanager bij Van Iersel Luchtman N.V.

** Mr. D.J.C. Nuijten was tot 31 december 2015 als advocaat verbonden aan Van Iersel Luchtman N.V. en is thans bedrijfsjurist.

*** Mr. dr. F.A. van Tilburg is advocaat bij Van Iersel Luchtman N.V.

1. Deze bijdrage is eerder verschenen in: M. Holtzer, D. Strik & D.J. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 134), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

2. In deze bijdrage zal worden aangesloten bij de in het wetsvoorstel gehanteerde terminologie. Het wetgevingstraject tot 1 januari 2016 is als uitgangspunt genomen bij het schrijven van deze bijdrage. Met latere toevoegingen of wijzigingen kon geen rekening worden gehouden.

ontstaat doordat enerzijds de onderneming in een stille voorbereidingsfase in de regel zal worden voortgezet om geen of zo min mogelijk waarde verloren te laten gaan. Terwijl anderzijds sprake is van een voorbereiding van een faillissement in stilte, wat meebrengt dat crediteuren niet (mogen) worden geïnformeerd en zij niet zelf voor hun belangen kunnen opkomen.

Dat lijkt te wijzen op enerzijds een hogere drempel voor aansprakelijkheid, omdat de voortgang van de activiteiten en het aangaan van verplichtingen in het belang van de vennootschap en haar crediteuren is, en anderzijds een lagere drempel, omdat de vennootschap overduidelijk in zwaar weer verkeert en crediteuren in die situatie mogen verlangen dat met hun belangen rekening wordt gehouden.

Om dat spanningsveld nader toe te lichten zal in deze bijdrage allereerst de achtergrond van het wetsvoorstel worden geschetst. Daarna wordt weergegeven welke implicaties de voorgestelde regeling heeft voor het leerstuk van bestuurdersaansprakelijkheid. Daarbij wordt de nadruk gelegd op de aansprakelijkheid volgens de zogenoemde *Beklamel*-norm. Vervolgens komen de aansprakelijkheidsrisico's voor de beoogd curator aan bod. Er blijkt een wisselwerking te bestaan tussen de mogelijke aansprakelijkheid van de bestuurder en de rol van de beoogd curator. Onderzocht wordt van welke risico's een bestuurder en een beoogd curator zich bewust moeten zijn. Daarbij wordt tevens een vergelijking gemaakt met de surseance van betaling en het faillissement. Ten slotte wordt stilgestaan bij de vraag of tijdens de stille voorbereidingsfase sprake is van een lagere of juist hogere drempel voor aansprakelijkheid. Deze bijdrage wordt afgesloten met een korte conclusie.

2. Achtergronden, doelstellingen en hoofdlijnen wetsvoorstel WCO I

Het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) vormt een onderdeel van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht en wel van de tweede pijler: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven, om onnodige faillissementen zo veel mogelijk te voorkomen.³ De voorgestelde regeling komt er kort gezegd op neer dat de rechtbank de mogelijkheid krijgt om op verzoek van een schuldenaar al vóór een faillietverklaring in stilte aan te wijzen wie zij zal aanstellen als curator en zal benoemen tot rechter-commissaris als het tot een faillissement komt. Wordt de schuldenaar vervolgens daadwerkelijk failliet verklaard, dan zal de rechtbank in de regel de eerder door haar als beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aangewezen personen aanstellen als en benoemen tot curator en rechter-commissaris in het faillissement.⁴

De stille voorbereidingsfase geeft de kans om in relatieve rust de mogelijkheden van een doorstart te onderzoeken en voor te bereiden. Hierdoor komen de curator en de rechter-commissaris beter beslagen ten ijs op het moment dat een faillissement wordt uitgesproken. Het idee is dat na datum faillissement voortvarend kan worden gehandeld. Indien de curator en de rechter-commissaris met een in stilte voorbereide verkooptransactie akkoord gaan, kan deze transactie kort na het uitspreken van het faillissement worden uitgevoerd. De bedoeling is dat op deze wijze de uit het faillissement voortvloeiende schade voor schuldeisers en andere betrokkenen zo veel mogelijk wordt beperkt, onder meer door de kansen op een verkoop en een daaropvolgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid te vergroten.⁵ Dit is de zogenaamde 'meerwaarde' die een stille voorbereidingsfase boven een regulier (onvoorbereid) faillissement moet hebben, zo blijkt uit het voorgestelde art. 363 lid 1 Fw. De schuldenaar dient deze meerwaarde bij zijn verzoek om aanwijzing van een beoogd curator aannemelijk te maken. Door de expliciete vermelding van deze meerwaarde in haar beslissing bepaalt de rechtbank vervolgens het doel van de stille voorbereidingsfase en daarmee tevens het mandaat van de beoogd curator.⁶

Voor aanwijzing van een beoogd curator is aanleiding als er een reële kans bestaat dat een faillietverklaring aanstaande is. Het voorgestelde art. 363 lid 1 Fw bepaalt dat het moet gaan om een schuldenaar die in een situatie *dreigt* te geraken waarin hij met het betalen van zijn schulden niet kan voortgaan. Er mag niet al feitelijk sprake zijn van een faillissementstoestand; in dat geval moet het faillissement worden aangevraagd. Een van de voorwaarden voor de aanwijzing van een beoogd curator is namelijk dat de schuldenaar nog in staat moet zijn om de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen – waaronder het salaris van de beoogd curator en de kosten van door hem geraadpleegde derden, alsmede fiscale betalingsverplichtingen – te voldoen.⁷ Het instrument is derhalve slechts geschikt voor een beperkt aantal gevallen. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling van de minister dat ieder faillissement wordt voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase.⁸

Ten aanzien van de rol van de bestuurder van de vennootschap tijdens de stille voorbereidingsfase kan het volgende worden opgemerkt. Anders dan bij surseance van betaling of faillissement behoudt de vennootschap zelfstandig het beheer en de beschikking over het tot de onderneming behorende vermogen.⁹ De bestaande wettelijke en statutaire bevoegdheidsverdeling blijft ongewijzigd: de bestuurder neemt de beslissingen en vertegenwoordigt de rechtspersoon. De bestuurder blijft ook verantwoordelijk voor zijn eigen bestuurshandelen.

3. Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 3.

4. Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 1.

5. Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 9 en 10.

6. Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 13.

7. Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 11.

8. Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 45.

9. Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 38.

Ten aanzien van de beoogd curator bepaalt art. 364 lid 1 Fw dat deze ter verwezenlijking van de reeds genoemde meerwaarde wordt betrokken bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement en daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar behartigt. Doordat het voorbereidingstraject in stilte plaatsvindt, kunnen de schuldeisers – tenzij zij hierin worden betrokken – hierbij niet zelf voor hun belangen opkomen. Daartoe wordt juist de beoogd curator aangesteld.¹⁰ De in art. 364 lid 1 Fw bedoelde betrokkenheid houdt in dat de beoogd curator zich laat informeren over de gang van zaken binnen de onderneming, met een kritische blik meekijkt en zo nodig bijsturende opmerkingen maakt.¹¹ De beoogd curator neemt daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers tot uitgangspunt. Hij bekleedt echter geen formele positie binnen de onderneming en speelt geen actieve rol in de bedrijfsvoering.

3. Aansprakelijkheid van de bestuurder

3.1. Huidige situatie

Indien een vennootschap tekortschiet in de nakoming van een contractuele verbintenis of een onrechtmatige daad pleegt, is primair de vennootschap zelf aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade. Onder bijzondere omstandigheden bestaat daarnaast op grond van art. 6:162 BW ruimte voor persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder van die vennootschap. Voor het aannemen van deze bestuurdersaansprakelijkheid is vereist dat de bestuurder persoonlijk een voldoende ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarbij is in de jurisprudentie aansluiting gezocht bij (de jurisprudentie met betrekking tot) art. 2:9 BW. Dat artikel regelt de interne aansprakelijkheid van een bestuurder, indien de vennootschap haar eigen bestuurder aanspreekt.

Met betrekking tot de externe aansprakelijkheid van een bestuurder, waarbij de bestuurder bijvoorbeeld door een crediteur van de vennootschap wordt aangesproken, is in de rechtspraak persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder aangenomen:

‘(...) wanneer deze bij het namens de vennootschap aangaan van verbintenissen wist of redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap niet haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden, behoudens door de bestuurder aan te voeren omstandigheden

op grond waarvan de conclusie gerechtvaardigd is dat hem ter zake van de benadeling geen persoonlijk verwijt gemaakt kan worden.’¹²

Dit is de zogenoemde *Beklamel*-norm.¹³

Ook wanneer de bestuurder heeft toegelaten of bewerkstelligd dat de vennootschap haar wettelijke of contractuele verplichtingen niet nakomt, kan de bestuurder aansprakelijk worden gehouden indien zijn handelen of nalaten als bestuurder ten opzichte van de schuldeiser in de gegeven omstandigheden zodanig onzorgvuldig is dat hem daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt.¹⁴

Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken. Daarbij moet het volgende voorop worden gesteld. Een bestuurder beschikt bij zijn taakuitoefening over een bepaalde beleidsvrijheid. Het besturen van een vennootschap is immers niet eenvoudig en van een bestuurder wordt niet verwacht dat hij onfeilbaar is. Zolang de bestuurder bij zijn taakvervulling het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming vooropstelt, mogen bepaalde risico's – mits verantwoord – worden genomen. Het enkele feit dat een genomen risico later verkeerd blijkt uit te pakken, kan een bestuurder niet zonder meer worden aangerekend. Deze hoge drempel voor aansprakelijkheid wordt gerechtvaardigd met het argument dat de bestuurder in zijn taakvervulling niet in onwenselijke mate mag worden gehinderd door defensieve overwegingen.¹⁵ Het is echter maar de vraag of bestuurders zich daadwerkelijk door dat soort overwegingen laten leiden.¹⁶ Toch geldt ook zonder de mogelijkheid van defensieve overwegingen dat de beleidsvrijheid van de bestuurder in de rechtspraak voorop wordt gezet. Deze beleidsvrijheid heeft echter grenzen.

Aansprakelijkheid van de bestuurder ligt altijd op de loer. Maar dit geldt eens te meer op het moment dat de vennootschap in financieel zwaar weer komt te verkeren en mogelijk op een faillissement afkoerst. De vennootschap biedt in een dergelijk geval niet of nauwelijks verhaal en gedupeerden zullen hun pijlen richten op de bestuurder (indien en voor zover deze wel verhaal biedt, al dan niet door middel van een bestuurdersaansprakelijkheidsverze-

10. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 17.

11. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 53.

12. HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*).

13. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*).

14. HR 8 december 2006, *JOR* 2007/38 (*Ontvanger/Roelofsen*).

15. HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21 (*Willemsen Bebeer/Nom*); HR 5 september 2014, *JOR* 2014/296 (*Hezemans Air*) en HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22 (*RCI*); Asser/Maeijer & Kroeze 2-1* 2015/199. Zie ook M.J. Kroeze, *Bange bestuurders* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

16. Naar defensief gedrag of defensieve overwegingen van bestuurders van vennootschappen is maar beperkt empirisch onderzoek verricht, zie daarover F.A. van Tilburg, *Effecten van civielrechtelijke aansprakelijkheid op openbare-ordebeleid. Empirisch onderzoek naar de invloed van civielrechtelijke aansprakelijkheid op het beleid van de burgemeester en politie als handhavers van de openbare orde*, Deventer: Kluwer 2012, p. 41-42, 190 en 202. Uit het uitgevoerde empirische onderzoek blijkt dat bestuurders van politie en gemeenten zich in ieder geval niet door defensieve overwegingen laten leiden uit angst voor aansprakelijkheid. Zie over defensieve bestuurders (van vennootschappen) ook F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemeene recht. De spagaat tussen Boek 2 en Boek 6', in: M. Holtzer, F. Leijten, & D.J. Oranje (red.), in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 328-331 en Th.P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015, afl. 6, p. 187.

kering). Ook een curator in faillissement zal onderzoek doen naar het optreden van de bestuurder(s) van de failliet. De bestuurder moet er dus op bedacht zijn dat zijn bestuurshandelen consequenties heeft die hem mogelijk ook persoonlijk raken. Daarbij speelt nog dat juist wanneer de vennootschap met ernstige financiële problemen kampt, de bewegingsvrijheid van de bestuurder beperkter is dan hiervoor beschreven. De bestuurder zal immers op een bepaald moment het belang van de schuldeisers van de vennootschap moeten laten prevaleren boven het belang van de vennootschap.¹⁷

In de jurisprudentie is de norm voor bestuurdersaansprakelijkheid nader ingekleurd. Daarbij kunnen verschillende gevalstypen worden onderscheiden. Zo moet de bestuurder van een noodlijdende vennootschap erop bedacht zijn dat selectieve (wan)betaling onder omstandigheden een onrechtmatige daad van de bestuurder kan opleveren. Daarnaast kan het doen van eigen faillissementsaangifte onder omstandigheden als misbruik van bevoegdheid worden gekwalificeerd, bijvoorbeeld wanneer de aangifte als enig doel heeft om van de verplichtingen jegens werknemers af te komen. Ook dit kan tot bestuurdersaansprakelijkheid leiden.¹⁸ Op deze vormen van bestuurdersaansprakelijkheid zal in deze bijdrage niet nader worden ingegaan.¹⁹ Wij beperken ons hier tot de aansprakelijkheid van de bestuurder bij overschrijding van de *Beklamel*-norm.

In een poging een noodlijdende vennootschap te redden, zal de bestuurder zeer waarschijnlijk proberen om extra financiering aan te trekken en om de bestaande banden met bijvoorbeeld leveranciers te continueren. Dit betekent meestal dat de vennootschap nieuwe verplichtingen moet aangaan. De vrijheid om namens de vennootschap verplichtingen aan te gaan, is door de Hoge Raad ingeperkt in het *Beklamel*-arrest.²⁰ In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat indien een bestuurder in naam van de vennootschap verplichtingen aangaat waarvan hij weet of redelijkerwijs behoort te begrijpen dat de vennootschap deze niet, of niet binnen een redelijke termijn, kan nakomen en de vennootschap ook geen verhaal biedt voor de ten gevolge van die wanprestatie door de wederpartij te lijden schade, hij onrechtmatig jegens de wederpartij handelt en persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden. Deze norm is verder verduidelijkt in het *RCI*-arrest,

waarin de Hoge Raad heeft aangegeven dat van aansprakelijkheid van de bestuurder pas sprake is wanneer hij wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat een schuldeiser als gevolg van het niet nakomen van de verplichting schade zou lijden.²¹

Voorzichtigheid is niet alleen geboden bij het aangaan van nieuwe verplichtingen. Ook het doen continueren van reeds bestaande verplichtingen kan persoonlijke aansprakelijkheid opleveren. In het arrest *Sobi/Hurks II*²² heeft de Hoge Raad bepaald dat het voortzetten van verliesgevende activiteiten, nadat duidelijk is geworden dat een faillissement onafwendbaar is, aansprakelijkheid van het bestuur tot gevolg kan hebben. Als de continuïteit in het gedrang is, mag het bestuur de onderneming voortzetten zolang het tij nog te keren is. Is dat niet het geval, dan moet de bestuurder de belangen van de gezamenlijke schuldeisers vooropstellen en zijn handelen daarop afstemmen.

3.2. Na invoering van de WCO I

In het voorgaande is aangegeven dat een bestuurder van een noodlijdende vennootschap erop bedacht moet zijn dat meer dan anders bestuurdersaansprakelijkheid dreigt. Alle ogen zullen gericht zijn op de bestuurder omdat deze mogelijk, anders dan de vennootschap, nog verhaal biedt. Het is de taak van de bestuurder om de verschillende opties te onderzoeken en de noodzakelijke maatregelen te treffen: als er een reëel perspectief op continuïteit is, mag daarop worden ingezet, bijvoorbeeld via een reorganisatie. Wanneer sprake is van een tijdelijk, op korte termijn oplosbaar liquiditeitsprobleem, kan surseance van betaling – een door de rechtbank verleend algemeen uitstel van betaling (hierna: surseance) – worden aangevraagd. Als de vennootschap daadwerkelijk in een toestand verkeert dat zij is opgehouden met betalen, is een faillissement geïndiceerd. En daar komt dus binnenkort de mogelijkheid van een stille voorbereidingsfase bij voor situaties waarin een reële kans bestaat dat een faillietverklaring aanstaande is, maar de onderneming op zichzelf nog levensvatbare bedrijfsonderdelen heeft.

Dit is geen eenvoudige afweging. Het verschil tussen bijvoorbeeld een dreigende faillissementssituatie en een reële faillissementssituatie kan flinterdun zijn. Volgens Legerstee is een bestuurder verplicht om de mogelijkheden van een stille voorbereiding serieus te onderzoeken, bij gebreke waarvan aansprakelijkheid dreigt.²³

17. Zie hierover ook Th.P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015, afl. 6, p. 195-198.

18. Zie bijvoorbeeld HR 28 mei 2004, *JOL* 2004/281.

19. Zie over het onderwerp bestuurdersaansprakelijkheid recent F.M.J. Verstijlen, 'Bestuurdersaansprakelijkheid in het gemene recht. De spagaat tussen Boek 2 en Boek 6', in: M. Holtzer, F. Leijten, & D.J. Oranje (red.), in: *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2014-2015* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 128), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 323-349; A.J.P. Schild, 'Ontwikkelingen bestuurdersaansprakelijkheid: een overzicht', *WPNR* 2015, afl. 7087 en Th.P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015, afl. 6, p. 186-198.

20. HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*).

21. HR 5 september 2014, *NJ* 2015/22 (*RCI*). Zie hierover Th.P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015, afl. 6, p. 195.

22. HR 21 december 2001, *NJ* 2005/96 (*Sobi/Hurks II*).

23. S.N. Legerstee, 'De pre-pack; een onderzoeksverplichting voor bestuurders?', *V&O* 2015, afl. 6, p. 100. In iets andere bewoordingen en zonder expliciet op de stille voorbereiding te wijzen, stelt ook Hanssen dat de bestuurder een plicht heeft om te onderzoeken hoe de continuïteit van de onderneming veiliggesteld zou kunnen worden: Th.P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke

En hoe zit het tijdens de stille voorbereidingsfase met de aansprakelijkheid van de bestuurder op grond van de *Beklamel*-norm? Zoals reeds opgemerkt, brengt de aanwijzing van een beoogd curator geen verandering in de beheers- en beschikkingsmacht binnen de vennootschap. Het bestuur blijft bij uitsluiting bevoegd om namens die vennootschap handelingen te verrichten en blijft daar dus ook verantwoordelijk voor. Verder is het uitgangspunt van het wetsvoorstel dat de regels van bestuurdersaansprakelijkheid blijven gelden. Voor verplichtingen die gedurende de stille voorbereidingsperiode worden aangegaan en niet worden nagekomen, geldt onverminderd het risico van aansprakelijkheid op grond van de *Beklamel*-norm.²⁴ Het wetsvoorstel voorziet ook niet in een financiële dekking voor de schulden die in die periode ontstaan. Deze worden in geval van een opvolgend faillissement niet als boedelschulden aangemerkt. Princen signaleerde in 2013 al dat dit voor problemen kan zorgen.²⁵ Aangezien crediteuren uit de stille voorbereidingsfase in een daaropvolgend faillissement slechts worden aangemerkt als concurrente schuldeisers, hebben zij weinig andere (verhaals)mogelijkheden dan de bestuurder en/of de beoogd curator aan te spreken. Princen stelt daarom voor om boedelschulden te kwalificeren naar hun ontstaansdatum:

‘Dat betekent dat onbetaald gebleven schulden uit de (stille) surseanceperiode [stille voorbereidingsfase] na faillietverklaring automatisch promoveren tot de (na het salaris van de curator) meest preferente boedelvorderingen.’²⁶

Princen spreekt van superpreferente boedelvorderingen. Het kwalificeren van de betreffende schulden als zodanig brengt voor- en nadelen met zich mee voor de verschillende stakeholders van de vennootschap. Deze laten wij nu onbesproken, maar wij signaleren hier wel dat het kwalificeren van deze schulden als (superpreferente) boedelvorderingen aansprakelijkheid voor deze schulden kan voorkomen. De wetgever heeft deze suggestie niet overgenomen. Dit betekent dat de bestuurder voorzichtig, althans heel zorgvuldig, moet zijn met het aangaan van (nieuwe) verplichtingen tijdens de stille voorbereidingsfase. Hij zal zich er steeds van moeten vergewissen dat de vennootschap aangegane verplichtingen zal kunnen nakomen en verhaal biedt aan schuldeisers.

Met de aanwijzing van de beoogd curator krijgt de vennootschap er echter onmiddellijk een nieuwe betalingsverplichting bij, te weten het salaris van de beoogd cura-

tor.²⁷ Verder zal het naarmate de tijd vordert, steeds moeilijker worden om aansprakelijkheid op grond van de *Beklamel*-norm te voorkomen. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt:

‘Zo zal na het verstrijken van de eerste termijn van twee weken het maandelijks terugkomende moment waarop vaste lasten – zoals de salarissen en de huur van het bedrijfspand – moeten worden voldaan snel in zicht komen en daarmee ook het risico voor de schuldenaar dat hij niet langer in staat zal zijn deze betalingsverplichtingen te voldoen.’²⁸

Cools vraagt zich af of het realistisch is te veronderstellen dat het bestuur van een onderneming van een zekere omvang zicht behoudt op alle verplichtingen die ondertussen, ergens in de organisatie worden aangegaan. Mogelijk worden tijdens de stille voorbereiding nieuwe verplichtingen aangegaan door personeelsleden die niet (mogen) weten dat sprake is van een stille voorbereidingsfase.²⁹

Het mag duidelijk zijn dat het voor de bestuurder tijdens de stille voorbereidingsfase geen eenvoudige opgave zal zijn om te voorkomen dat verplichtingen worden aangegaan die niet kunnen worden nagekomen. De situatie waarin een faillissement dreigt, kan zonder dat een bestuurder het goed beseft, overgaan in een situatie waarin de vennootschap daadwerkelijk in een faillissementstoestand komt te verkeren. Continue monitoring zou de bestuurder inzicht moeten bieden, maar de vraag is of dat in de praktijk haalbaar is.

Bovendien is het hele idee van de stille voorbereidingsfase dat wordt geprobeerd om een doorstart te bereiken. Een doorstart zal slechts gerealiseerd kunnen worden indien een kandidaat-koper voldoende aanleiding ziet om de activiteiten voort te zetten. Een onderneming die reeds stil is gevallen, heeft veel van haar waarde verloren en het is nu juist de bedoeling om dit te voorkomen en de doorstart na faillissement zo vloeiend mogelijk te laten plaatsvinden, zonder dat de activiteiten worden gestaakt. De voortgang van de activiteiten is in dat kader dus in het belang van de vennootschap en waarschijnlijk ook in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Om die voortgang mogelijk te maken, zal de vennootschap in de praktijk ook nog verplichtingen moeten aangaan, die mogelijk uiteindelijk niet voldaan zullen worden voorafgaand aan het faillissement. Een bestuurder zal zich dus in een spagaat kunnen bevinden.³⁰ In het navolgende gaan

aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur’, *TvOB* 2015, afl. 6, p. 193.

24. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 49.

25. J.G. Princen, ‘Boedelschulden uit surseanceperiode of stille surseance beoordelen naar ontstaansmoment: zij kwalificeren als superpreferente boedelschulden’, in: *Liber Amicorum XL M.J.M. Franken*, Breda: 2013, p. 114-119, www.vil.nl/nl/liberamicorum.

26. J.G. Princen, ‘Boedelschulden uit surseanceperiode of stille surseance beoordelen naar ontstaansmoment: zij kwalificeren als superpreferente boedelschulden’, in: *Liber Amicorum XL M.J.M. Franken*, Breda: 2013, p. 119, www.vil.nl/nl/liberamicorum, eigen uitgave in het kader van het 40-jarig jubileum van Mart Franken.

27. De rechtbank kan overigens ten behoeve van de betaling van het salaris van de beoogd curator aan de aanwijzing de voorwaarde van zekerheidstelling verbinden (art. 363 lid 5).

28. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 49.

29. M.J. Cools, ‘Een doorstart in voorverpakking’, *FIP* 2013, afl. 8, p. 276.

30. Th.P.J. Hanssen, ‘De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur’, *TvOB* 2015, afl. 6, p. 186-198.

wij daar nog nader op in. Eerst zal worden stilgestaan bij de aansprakelijkheid van de beoogd curator.

4. Aansprakelijkheid van de beoogd curator

4.1. Maatstaf voor aansprakelijkheid

Een curator in faillissement kan zowel in zijn hoedanigheid (qualitate qua) als persoonlijk (pro se) aansprakelijk worden gesteld. Ook de beoogd curator tijdens een stille voorbereidingsfase loopt het risico van aansprakelijkheid. Het gaat het bestek van deze bijdrage te buiten om alle aansprakelijkheidsrisico's van de beoogd curator hier in kaart te brengen. Gezien het onderwerp van deze bijdrage zal in het navolgende met name worden ingegaan op de aansprakelijkheid van de beoogd curator voor zover deze samenhang vertoont met de verantwoordelijkheid en mogelijke aansprakelijkheid van de bestuurder.

Een beoogd curator kan in beginsel niet *in zijn hoedanigheid* aansprakelijk worden gesteld. Dat hangt samen met het feit dat de WCO I de beoogd curator geen bevoegdheden geeft om de schuldenaar te binden. De beheers- en beschikkingsbevoegdheid blijft tijdens de stille voorbereidingsfase in handen van de schuldenaar. Bovendien kan een curator in een faillissement met zijn (rechts)handelingen de *boedel* binden en wanneer een curator in zijn hoedanigheid aansprakelijk is, houdt dat in dat de *boedel* aansprakelijk is. Tijdens een stille voorbereiding is echter geen sprake van een boedel. Gezien de aard van de stille voorbereidingsfase lijkt aansprakelijkheid van de beoogd curator in zijn hoedanigheid dan ook uitgesloten.

De *persoonlijke* aansprakelijkheid van de beoogd curator is wel mogelijk. In dat kader is het de vraag of kan worden aangesloten bij de maatstaf voor de persoonlijke aansprakelijkheid van een curator tijdens faillissement. Spinath geeft aan dat een curator – mede gezien zijn specifieke taak – minder snel persoonlijk aansprakelijk zal zijn dan in zijn hoedanigheid:

‘Oftewel: indien de curator q.q. (de boedel) niet aansprakelijk is jegens een specifieke derde, dan komt men aan zijn persoonlijke aansprakelijkheid evenmin toe. Aansprakelijkheid q.q. is daarmee een voorwaarde voor aansprakelijkheid pro se.’³¹

Toch tekent ook Spinath aan dat dit anders is indien aansprakelijkheid q.q. uit de aard van de zaak niet mogelijk is; onzorgvuldig handelen of nalaten van een curator kan bij afwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond dan toch tot persoonlijke aansprakelijkheid van de curator leiden. Dat zou dus ook voor een beoogd curator kunnen gelden.

Voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator ex art. 6:162 BW is een persoonlijk verwijt vereist. Uit het arrest *Maclou* vloeit voort dat moet worden getoetst aan

de zorgvuldigheidsnorm die is afgestemd op de bijzondere kenmerken van de taak van een curator.³² Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.

De *Maclou*-norm is verder uitgewerkt in het arrest *Prakke/Gips*.³³ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat een faillissementscurator wegens een onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel persoonlijk aansprakelijk kan zijn jegens degenen in wier belang hij die taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke) schuldeisers, en jegens derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van die taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde. Voor zover de curator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem volgens de Hoge Raad in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. De curator dient zich 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. Volgens de Hoge Raad moet een rechter bij de toepassing van de *Maclou*-norm de vraag beantwoorden of, uitgaande van de vrijheid die de curator heeft, ‘een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn zou hebben kunnen komen. Bij deze toetsing bestaat, zoals uit de norm van het arrest naar haar aard volgt, inderdaad terughoudendheid’.

Voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator is een persoonlijk verwijt vereist en daarvoor geldt dat de curator ‘gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag, dan wel redelijkerwijs behoorde in te zien’.

De minister merkt in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel WCO I op dat op de beoogd curator een grotere verantwoordelijkheid rust dan op de curator in faillissement. Doordat het voorbereidingstraject in stilte plaatsvindt, kunnen de schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement hierbij niet zelf voor hun belangen opkomen. Zij moeten erop kunnen vertrouwen dat de beoogd curator dit voor hen doet.³⁴ De beoogd curator bekleedt echter een wezenlijk andere positie dan de curator in faillissement. Ook zijn de taken en bevoegdheden van de beoogd curator beperkter. Wat betekent dit voor de aansprakelijkheid van de beoogd curator?

In de memorie van toelichting bij een inmiddels geschrapt bepaling uit het *voorontwerp* valt te lezen dat ook voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator

31. I. Spinath, ‘De aansprakelijkheid van de curator – een leidraad’, *TOP* 2010, afl. 5, p. 175-177.

32. HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou*).

33. HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65 (*Prakke/Gips*).

34. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 17.

een persoonlijk verwijt vereist is, inhoudende dat de beoogd curator de onjuistheid van zijn handelen inzage dan wel redelijkerwijs behoorde in te zien, en dat net als bij de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in faillissement de nodige terughoudendheid past. De minister verwijst hierbij uitdrukkelijk naar de *Maclou*-norm.³⁵ Hoewel deze opmerking niet terugkomt in de memorie van toelichting bij het uiteindelijke wetsvoorstel, lijkt de *Maclou*-norm ook maatgevend voor de aansprakelijkheid van de beoogd curator. De opmerking van de minister is zeer waarschijnlijk verloren gegaan bij het schrappen van de betreffende bepaling en er is geen reden om aan te nemen dat voor de aansprakelijkheid van een beoogd curator een andere maatstaf zou gelden. Dat neemt niet weg dat de maatstaf mogelijk strenger of milder toegepast moet worden. De beoogd curator heeft namelijk enerzijds minder bevoegdheden dan de curator in faillissement, maar behartigt anderzijds de belangen van schuldeisers die op dat moment niet zelf voor hun eigen belangen kunnen opkomen en heeft daarmee een grote verantwoordelijkheid.

De omstandigheid dat aan een faillissement een stille voorbereidingsfase is voorafgegaan, kan sowieso van invloed zijn op de aansprakelijkheid van de curator in faillissement. Verstijlen wijst daarop:

‘Indien de beoogd curator “zit te slapen”, daardoor na zijn aanstelling als curator onvoldoende is voorbereid en ondermaatse beslissingen neemt, zal hij voor deze beslissingen eerder aansprakelijk zijn dan indien aan zijn curatorschap geen pre-pack vooraf was gegaan. De tijdsdruk waarin een curator verkeert, is een mitigerende factor voor diens persoonlijke aansprakelijkheid, maar weegt minder zwaar naarmate een curator gedurende een pre-pack meer gelegenheid heeft gehad zich in de situatie te verdiepen.’³⁶

Hoewel de taken van een beoogd curator in een stille voorbereidingsfase beperkt zijn, brengt dit dus niet mee dat het risico op persoonlijke aansprakelijkheid geringer is. Het kan er juist voor zorgen dat voor de latere curator een lagere drempel voor aansprakelijkheid geldt, omdat hij meer voorbereidingstijd heeft gehad. Het gaat hier om de aansprakelijkheid van de curator ná het uitspreken van het faillissement voor handelen ná datum faillissement, waarbij zijn functioneren als beoogd curator wordt betrokken.

Dan keren we nu terug naar de periode van de stille voorbereiding zelf. De beoogd curator kan in die periode geen verplichtingen aangaan namens de schuldenaar. Die taak – en verantwoordelijkheid – blijft bij de schuldenaar zelf. De beoogd curator kan de schuldenaar evenmin dwingen om bepaalde handelingen wel of niet te verrichten. Hij heeft volgens de minister ook ‘niet tot taak om alle transacties of andere handelingen die de schuldenaar

wil verrichten te beoordelen en te accorderen. Wel is het de bedoeling dat de beoogd curator (...) kritisch meekijkt met het voorbereidingstraject en de schuldenaar erop aanspreekt wanneer dit traject een wending lijkt te nemen waardoor de belangen die hij behartigt in het gedrang lijken te komen’.³⁷

Als de bestuurder van een vennootschap verplichtingen dreigt aan te gaan waarvan redelijkerwijs moet worden aangenomen dat deze ertoe zullen leiden dat de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers niet of voor een kleiner gedeelte kunnen worden voldaan, moet de beoogd curator met de bestuurder in overleg treden, aldus de minister in de toelichting bij het voorontwerp.³⁸ Hij zal de bestuurder hierop moeten aanspreken en, indien deze toch doorzet, moeten terugtreden (waarmee ook de stille voorbereidingsfase eindigt). Dat is de enige (wettelijke) mogelijkheid die een beoogd curator heeft. Andere opties heeft hij niet; ook het aanvragen van een omzetting in faillissement is niet mogelijk. Kan de beoogd curator de bestuurder niet overtuigen en treedt de beoogd curator niet af, dan is hij mogelijk aansprakelijk voor de schade van de gezamenlijke schuldeisers. Indien de beoogd curator niet correct wordt geïnformeerd (en hij zal daarin afhankelijk zijn van het bestuur), dan is het uiteraard de vraag of hem een persoonlijk verwijt gemaakt kan worden.

4.2. De beoogd curator en de *Beklamel*-norm

Wat als de beoogd curator transacties waarneemt op grond waarvan de bestuurder in het kader van de *Beklamel*-norm aansprakelijk kan zijn jegens de crediteuren? Uit de toelichting bij het voorontwerp blijkt dat in deze situatie mogelijk ook de beoogd curator persoonlijk aansprakelijk kan worden gesteld voor de daaruit voortvloeiende schade voor ‘de crediteuren’.³⁹ Verstijlen wijst erop dat niet helemaal duidelijk is wie de minister met ‘de crediteuren’ bedoelt. Volgens Verstijlen lijkt de beoogd curator door de verwijzing naar *Beklamel* een verantwoordelijkheid te krijgen ten opzichte van potentiële wederpartijen van de schuldenaar. Terecht merkt Verstijlen op dat dit op gespannen voet staat met de taak van een beoogd curator om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen en met het feit dat een beoogd curator geen toezichthouder is.⁴⁰ Het aangaan van verplichtingen in de stille voorbereidingsfase hoeft ook niet nadelig te zijn voor de verhaalsmogelijkheden van de gezamenlijke schuldeisers. Mogelijk worden bijvoorbeeld goederen of diensten aan de vennootschap geleverd zonder dat daar een betaling tegenover staat, hetgeen vanzelfsprekend alleen maar gunstig is voor de gezamenlijke schuldeisers.

Onze opvatting is dat de beoogd curator met het oog op *Beklamel* het aangaan van verplichtingen door de vennootschap waarvan voorzienbaar is dat deze niet kunnen

35. MvT bij het Voorontwerp, p. 23.

36. F.M.J. Verstijlen, ‘Pre-packing in the Netherlands’, *NJB* 2014/803, p. 8 en 9.

37. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 18.

38. MvT bij het Voorontwerp, p. 22.

39. MvT bij het Voorontwerp, p. 23.

40. F.M.J. Verstijlen, ‘Pre-packing in the Netherlands’, *NJB* 2014/803, p. 9.

worden nagekomen in ieder geval niet mag negeren. Art. 4 lid 1 van de inmiddels door de Vereniging van Insolventierechtadvocaten (Insolad) opgestelde praktijkregels voor de beoogd curator bepaalt in dit verband: 'de beoogd curator bevordert dat de schuldenaar nagaat of deze over voldoende middelen of financiering beschikt om de bedrijfsvoering voort te kunnen zetten zonder derden (waaronder de fiscus) schade te berokkenen'. De beoogd curator zal zich dus, ondanks dat het op dat moment niet tot zijn verantwoordelijkheden behoort en hij de schuldenaar niet kan binden, steeds moeten afvragen of hij er voldoende van overtuigd is dat de verplichtingen jegens crediteuren kunnen worden nagekomen. Heeft hij die overtuiging niet, dan moet de beoogd curator zich terugtrekken, aldus ook Insolad.⁴¹

Het voorontwerp bevatte een bepaling op basis waarvan de schuldenaar de beoogd curator kon vragen te verklaren hoe de curator in het eventuele faillissement zou oordelen over rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten of voor te bereiden.⁴² Dit werd aangeduid met de term 'positieve verklaring'. Deze positieve verklaring is niet teruggekomen in het uiteindelijke wetsvoorstel. Dit neemt niet weg dat de schuldenaar en andere betrokkenen er grote behoefte aan kunnen hebben dat de beoogd curator aangeeft of bepaalde voorgenomen handelingen op de instemming van de (toekomstige) curator in het faillissement kunnen rekenen. In de door Insolad opgestelde praktijkregels wordt gesproken over het geven van 'suggesties' aan de schuldenaar 'omtrent te verrichten handelingen of een te volgen gedragslijn'.

In het verlengde daarvan is het de vraag in hoeverre een bestuurder zich achter een beoogd curator kan verschuilen als laatstgenoemde zich positief uitlaat over het voornemen om tijdens de stille voorbereidingsfase bepaalde verplichtingen aan te gaan, dan wel als de beoogd curator niet ingrijpt. Besturen blijft de eigen verantwoordelijkheid van de bestuurder. De aanwezigheid van de beoogd curator laat deze verantwoordelijkheid onverlet. Ook als een suggestie van de beoogd curator wordt gevolgd, duurt deze eigen verantwoordelijkheid onverminderd voort: het is immers de bestuurder die de bevoegdheid heeft om de schuldenaar te binden en daar kan de bestuurder ook van afzien. Volgens de minister zou, als de beoogd curator geen bijsturende opmerkingen maakt, de schuldenaar (en dus de bestuurder) daaruit kunnen opmaken dat hij 'op de goede weg is'.⁴³ Dat zal eens te meer gelden voor de situatie waarin de schuldenaar concrete aanwijzingen van de beoogd curator opvolgt. Hier geldt uiteraard wel de aanname dat de schuldenaar (zoals het voorgestelde art. 364 lid 3 Fw voorschrijft) de beoogd curator alle inlichtingen verstrekt die deze nodig heeft bij de uitoefening van zijn taak.

Anderzijds zou het naast zich neerleggen door de bestuurder van een negatief advies van de beoogd curator een duidelijke indicatie voor bestuurdersaansprakelijkheid

kunnen opleveren: de bestuurder is dan immers geweest op de risico's voor de (gezamenlijke) schuldeisers. Zoals reeds aangegeven heeft de beoogd curator in een dergelijk geval weinig opties: het wetsvoorstel biedt slechts de mogelijkheid van terugtreden. Als een beoogd curator zich niet terugtrekt en er blijkt later sprake te zijn van bestuurdersaansprakelijkheid over de periode van de stille voorbereiding, dan zou dat ook een aanwijzing kunnen zijn voor de aansprakelijkheid van de beoogd curator. De beoogd curator zal zich dus steeds moeten beraden op de opties die de vennootschap nog heeft. Zodra niet meer aan de betalingsverplichtingen kan worden voldaan, dient de beoogd curator daar consequenties aan te verbinden.⁴⁴

De bevoegdheden van de bestuurder en de beoogd curator verschillen op wezenlijke punten van de situatie van een surseance waarin een bewindvoerder is aangesteld. In het voorgaande werden al vergelijkingen gemaakt met de situatie na datum faillissement, maar ook een vergelijking met de surseance is zinvol.

5. Vergelijking met surseance van betaling

In geval van een surseance begeleidt de bewindvoerder de schuldenaar in alle dagelijkse werkzaamheden en, indien hij het daarmee eens is, verleent hij daaraan zijn medewerking, machtiging of bijstand. De schuldenaar is onbevoegd enige daad van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder (art. 228 lid 1 Fw). Handelen door de schuldenaar zonder de medewerking van de bewindvoerder bindt de boedel niet, behalve indien en voor zover deze ten gevolge daarvan is gebaat (art. 228 lid 2 Fw).

Wanneer de bewindvoerder constateert dat de vennootschap niet langer aan haar verplichtingen kan voldoen, is sprake van een faillissementssituatie. Op dat moment moet door de bewindvoerder omzetting van de surseance in een faillissement worden aangevraagd. De bewindvoerder zal dan in de regel als curator worden aangesteld. Het handelen van de bestuurder tijdens de surseance zal voor de latere curator niet snel aanleiding kunnen zijn voor een actie wegens bestuurdersaansprakelijkheid: destijds was hij immers als bewindvoerder betrokken bij de beslissingen over het beheer van de vennootschap. Indien de bestuurder in die periode echter op eigen houtje verplichtingen is aangegaan met derden (die te goeder trouw waren) of wanneer de bestuurder heeft nagelaten om de bewindvoerder volledig te informeren, kan uiteraard wel sprake zijn van handelen dat leidt tot aansprakelijkheid jegens de boedel of (individuele) crediteuren.

In de stille voorbereidingsfase bestaat een andere situatie. In die fase behoudt de bestuurder zelfstandig de bevoegdheden die hij ook had voordat de beoogd curator werd aangesteld. Dit heeft consequenties voor de verantwoordelijkheid van de bestuurder en mogelijk ook voor diens

41. A.P.C.D. Bakker, 'De totstandkoming van de "praktijkregels beoogd curator" nader beschouwd', *FIP* 2015/347.

42. Art. 365 lid 2 aanhef en onderdeel a en b.

43. *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 53.

44. Dat kan ook weer een spanningsveld opleveren als de beoogde doorstart al binnen handbereik ligt.

aansprakelijkheid. De bestuurder kan zich immers maar tot op zekere hoogte verschuilen achter de beoogd curator, terwijl tijdens een surseance samen met de bewindvoerder moet worden opgetrokken. De bestuurder heeft in een surseance meer comfort bij het aangaan van een nieuwe verplichting: als het goed is, doet hij dat immers samen met de bewindvoerder. Tijdens de stille voorbereidingsfase handelt hij daarentegen zelfstandig en zijn eventuele misstappen hem ook in beginsel zelfstandig aan te rekenen.

Waar de bewindvoerder in een surseance zijn medewerking kan weigeren, in welk geval de bestuurder niet kan handelen, staat een beoogd curator in feite langs de zijlijn. Buiten suggesties die de beoogd curator waarschijnlijk in de praktijk wel zal geven – waarbij het ook veelal in het belang van de bestuurder zal zijn om daaraan gevolg te geven – heeft de beoogd curator geen daadwerkelijke grip op het handelen van de bestuurder. Eerder werd al aangegeven dat dit consequenties kan hebben voor de bestuurder en zijn aansprakelijkheid. Maar ook voor de beoogd curator die zicht heeft op het (voorgenomen) handelen van de bestuurder, kan dit consequenties hebben. Welk toetsingskader geldt dan wanneer over de aansprakelijkheid van de bestuurder en de beoogd curator wordt geoordeeld?

6. Maatstaf tijdens stille voorbereidingsfase

De praktijk biedt vooralsnog weinig houvast aangaande de maatstaf voor aansprakelijkheid tijdens de stille voorbereiding. Tot op heden zijn over dit onderwerp geen rechterlijke uitspraken bekend.⁴⁵

Het uitgangspunt is dat de vennootschap aansprakelijk is voor de verplichtingen die zijn aangegaan. Aansprakelijkheid van de bestuurder blijft dus de uitzondering op de hoofdregel. In het voorgaande werd al aangegeven welke maatstaf daarvoor geldt. De situatie van de stille voorbereidingsfase maakt de beoordeling complexer. Wanneer deze fase wordt ingegaan, is de bestuurder zich immers zonder enige twijfel bewust van de slechte financiële situatie van de vennootschap. Bij iedere verplichting die wordt gecontinueerd of aangegaan, weet de bestuurder, of moet de bestuurder beseffen dat deze verplichting mogelijk in faillissement niet kan worden nagekomen. Alleen die verplichtingen waarvan de nakoming verzekerd is, zouden dus nog mogen worden aangegaan. De drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid lijkt dan lager te zijn geworden. Althans, het bewijs dat de bestuurder wist of behoorde te weten dat de vennootschap haar nieuwe verplichtingen niet zou kunnen nakomen en geen verhaal zou bieden, zal eenvoudiger te leveren zijn.

Maar indien en voor zover dit tot terughoudendheid van bestuurders zou leiden – wat niet is onderzocht en door

ons dus ook niet kan worden onderbouwd – staat dat op gespannen voet met het doel van de stille voorbereidingsfase. Het is immers de bedoeling de onderneming voort te zetten en op die wijze de waarde van de onderneming zo veel als mogelijk te behouden. Juist langs die weg kan dan ondanks een faillissement een doorstart worden gerealiseerd met een zo hoog mogelijke opbrengst. Dit is in het belang van de gezamenlijke crediteuren. Het voorgaande zou een argument kunnen zijn om met betrekking tot de periode van de stille voorbereiding een hogere drempel voor bestuurdersaansprakelijkheid te hanteren. Het enkel aangaan van verplichtingen waarvan de bestuurder weet of behoort te weten dat die niet kunnen worden nagekomen en dat de vennootschap daarvoor ook geen verhaal biedt, zou dan onvoldoende zijn. Er dienen meer omstandigheden te zijn die persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurder rechtvaardigen. Bijvoorbeeld indien de bestuurder geen inspanning verricht om de financiële gegevens van de vennootschap (al dan niet met hulp) in kaart te brengen en actueel te houden.⁴⁶ Het klakkeloos blijven continueren en aangaan van verplichtingen zal uiteraard ook in een stille voorbereidingsfase persoonlijke aansprakelijkheid tot gevolg hebben. Zorgvuldig handelen van de bestuurder is dus zeker geboden.

Dat geldt evenzeer voor een beoogd curator. De bedoeling is dat deze zich voorbereidt en laat informeren met het oog op een snelle doorstart na faillissement. Dat is zijn taak volgens de voorgestelde wettekst en deze taak dient zorgvuldig te worden uitgevoerd. De beoogd curator is daarbij afhankelijk van de bestuurder. Voor de benodigde verzameling van informatie en het in kaart brengen van de benodigde (financiële) gegevens kan de vennootschap derden (deskundigen) inschakelen, maar de beoogd curator heeft dat niet zelf in de hand en kan daar slechts op aansturen. De beoogd curator heeft als enig en uitiem middel het teruggeven van zijn opdracht aan de rechtbank. Gelet daarop is het bijna vanzelfsprekend dat er een zeer hoge drempel geldt voordat een beoogd curator persoonlijk aansprakelijk kan worden gehouden voor zijn optreden tijdens een stille voorbereiding. Er moet, zoals in het voorgaande aangegeven, flink wat mis zijn gegaan om persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator aan te kunnen nemen. Indien onrechtmatig handelen van een beoogd curator dan wordt aangenomen, dient bovendien nog te worden voldaan aan de vereisten van schade en causaal verband tussen het handelen of nalaten van de beoogd curator en die schade. Aangezien niet de beoogd curator, maar de vennootschap verplichtingen aangaat, zal het causaal verband tussen de schade en het optreden van de beoogd curator niet eenvoudig aan te tonen zijn.

45. Er is wel een eerste vonnis inzake de vraag of een doorstart in faillissement na een stille voorbereiding kan leiden tot overgang van onderneming. Bij de stille voorbereiding van garnalenverwerker Heiploeg uit Groningen was daarvan echter geen sprake: Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589, *JOR* 2015/283; F.F.A. Smetsers & C.J. Meijer, 'Overgang van onderneming in pre-pack', *JutD* 2015/0092; P.R.W. Schaïnk, 'Doorstart Heiploeg na pre-pack: een arbeidsrechtelijke piketpaal', *TvI* 2015/47.

46. Hanssen kleurt het 'ernstig verwijt' in, met verschillende stappen: Th.P.J. Hanssen, 'De taak, verantwoordelijkheid en persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder van een kapitaalvennootschap in financieel zwaar weer jegens een crediteur', *TvOB* 2015, afl. 6, p. 195-197.

Wanneer de beoogd curator een (achteraf gezien) onjuiste suggestie heeft gedaan aan de bestuurder met betrekking tot het aangaan van verplichtingen, kan de bestuurder zich hier ons inziens niet achter verschuilen. Om in een dergelijk geval aansprakelijkheid van de beoogd curator aan te nemen, zal ook een hoge drempel moeten worden overgegaan. Er moet worden uitgegaan van de *Maclou*-norm: een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende beoogd curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht en in de gegeven omstandigheden in redelijkheid tot de desbetreffende gedragslijn zou hebben kunnen komen, is niet aansprakelijk. 'Bij deze toetsing bestaat, zoals uit de norm van het arrest naar haar aard volgt, inderdaad terughoudendheid.'⁴⁷

Aan de andere kant lijkt meer terughoudendheid dan uit het *Maclou*-arrest volgt, weer niet op zijn plaats. De beoogd curator heeft weliswaar slechts beperkte bevoegdheden, maar hij dient tijdens de stille voorbereidingsfase wel een groot belang: juist dan kunnen schuldeisers niet zelf voor hun belangen opkomen. Dus juist in die fase moeten deze schuldeisers erop kunnen vertrouwen dat de beoogd curator zeer goed op hun belangen let. Zoals de minister expliciet aangeeft, is de verantwoordelijkheid van de beoogd curator zwaarder dan die van de curator in faillissement. Dit duidt mogelijk op een snellere aansprakelijkheid van de beoogd curator. En dat past nu weer niet bij de beperkte mogelijkheden die een beoogd curator heeft. Bovendien is het aangaan van verplichtingen door de vennootschap zeker niet altijd in het nadeel van de gezamenlijke crediteuren in wier belang de beoogd curator is aangesteld. Alles overwegende stellen wij dat er slechts bij uitzondering ruimte bestaat voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator.

Dezelfde schuldeisers mogen meer verwachten van een bestuurder van een vennootschap in een stille voorbereidingsfase. Hoewel de bestuurder wordt geacht te handelen in het belang van de vennootschap, moet hij, wanneer het financieel moeilijk wordt, steeds meer rekening houden met de schuldeisers. Zorgvuldigheid van de bestuurder is dus ook juist tijdens die stille voorbereiding vereist, maar dit lijkt er gezien het voorgaande niet toe te leiden dat de bestuurder eerder aansprakelijk zal zijn dan buiten de stille voorbereidingsfase.

7. Conclusie

In deze bijdrage is een poging gedaan om in de toekomst te kijken. Ook in de stille voorbereidingsfase vormen de *Beklamel*-norm en de *Maclou*-norm het beoordelingskader. Zoveel is duidelijk. Hoe deze kaders zullen worden ingekleurd, is nog ongewis. Mogelijk kan aansprakelijkheid van de bestuurder en/of de beoogd curator worden voorkomen door de problematiek vanuit een heel andere hoek te benaderen. In het voorgaande werd al kort verwezen naar Princen, die aangeeft dat boedelschulden dienen te worden gekwalificeerd naar hun ontstaansdatum. Wanneer onbetaald gebleven schulden uit de stille

voorbereidingsfase na faillietverklaring automatisch promoveren tot superpreferente boedelvorderingen, is er voor crediteuren weinig of in ieder geval veel minder aanleiding om een bestuurder of beoogd curator aansprakelijk te stellen.⁴⁸ Wij hebben in deze bijdrage in ieder geval inzichtelijk gemaakt dat bij de aansprakelijkheid van de bestuurder en beoogd curator een complex spanningsveld speelt. De praktijk zal moeten uitwijzen waartoe dat spanningsveld zal leiden. Wat ons betreft zal dit in ieder geval leiden tot terughoudendheid ten aanzien van de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator.

47. HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou*).

48. J.G. Princen, 'Boedelschulden uit surseanceperiode of stille surseance beoordelen naar ontstaansmoment: zij kwalificeren als superpreferente boedelschulden', in: *Liber Amicorum XL M.J.M. Franken*, Breda: 2013, p. 114-119, www.vil.nl/nl/liberamicorum.