



---

# HET AANSPRAKELIJKHEIDSRISICO VAN OPEREREN IN DE STILTE VOOR DE STORM

---

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de persoonlijke aansprakelijkheid van  
de beoogd curator



## Inhoudsopgave

1	Inleiding .....	3
2	De curator.....	6
2.1	De taak en de functie van een curator .....	6
2.2	De plaats van een curator in een faillissement .....	7
2.3	Persoonlijke aansprakelijkheid van een curator .....	8
2.3.1	Zorgvuldigheidsnorm curator .....	8
2.3.2	Vrijheid van handelen en gebondenheid aan ‘regels’ .....	9
2.3.3	Ernstig verwijt en persoonlijk verwijt? .....	11
2.4	Conclusie .....	12
3	De beoogd curator.....	13
3.1	De pre-pack .....	13
3.1.1	De pre-pack als middel voor een doorstart.....	13
3.1.2	De pre-pack in de praktijk .....	14
3.2	De ontwikkeling van de taak en functie van een beoogd curator .....	17
3.2.1	Opvattingen in de literatuur.....	17
3.2.2	En toen was er... WCO I .....	18
3.3	De persoonlijke aansprakelijkheid van een beoogd curator .....	20
3.3.1	Periode vóór 4 oktober 2019.....	20
3.3.2	HR 4 oktober 2019.....	21
3.4	Conclusie .....	23
4	Interne rechtsvergelijking curator en beoogd curator.....	24
4.1	Vergelijking van de taak en functie van een curator en een beoogd curator .....	24
4.2	Vergelijking van de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van een curator en een beoogd curator .....	26
4.3	De uitkomst van de rechtsvergelijking in het licht van het arrest van 4 oktober 2019 .....	28
4.4	Conclusie .....	30
5	Engeland.....	31
5.1	Insolventieprocedures in Engeland .....	31
5.2	Pre-pack in Engeland .....	32
5.3	De proposed administrator .....	34
5.4	Aansprakelijkheid van een (proposed) administrator .....	36
5.4.1	Common law: de plicht om ervoor te zorgen dat een redelijke prijs wordt behaald ...	36
5.4.2	Commerciële beslissingen .....	36
5.5	Kan Nederland iets leren van Engeland?.....	38
5.6	Conclusie .....	39

6 Conclusie .....	41
Literatuurlijst .....	45
Boeken & wetenschappelijke artikelen.....	45
Wet- en regelgeving .....	52
Jurisprudentielijst .....	53
Hof van Justitie van de Europese Unie .....	53
Hoge Raad .....	53
Gerechtshoven .....	53
Rechtbanken.....	53
Accountantskamer .....	54
Court of Appeal (Engeland) .....	54
High Court (Engeland) .....	54

# 1 Inleiding

Faillissementen zijn aan de orde van de dag. Recent uitgesproken faillissementen zijn onder andere het faillissement van Hudson's Bay<sup>1</sup>, het faillissement van modeketen Didi<sup>2</sup> en het faillissement van Neckermann.com.<sup>3</sup> Begin 2020 heeft het coronavirus de wereld op zijn kop gezet. In een groot aantal landen, waaronder in Nederland, heeft de overheid maatregelen moeten treffen om verspreiding van het virus tegen te gaan. Deze maatregelen zagen onder andere op het sluiten van winkels en horeca. Economen voorspellen de komende periode een economische crisis, waarin veel vennootschappen failliet verklaard zullen worden.<sup>4</sup> Zo was restaurantketen Vapiano bijvoorbeeld niet bestand tegen de financiële klap van de sluiting van de horeca. De keten is begin mei van dit jaar failliet verklaard.<sup>5</sup> De verwachting is dat veel vennootschappen de komende maanden zullen volgen.<sup>6</sup>

De curator is volgens artikel 68 Faillissementswet belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Er zijn talloze voorbeelden van gevallen waarin een schuldeiser of andere belanghebbende het niet eens was met de manier waarop de curator zijn wettelijke taak uitoefende en de curator persoonlijk aansprakelijk stelde voor de geleden schade.<sup>7</sup> De Hoge Raad heeft meer dan 20 jaar geleden de norm voor persoonlijke aansprakelijkheid van een curator vastgesteld in het Maclou-arrest.<sup>8</sup> De aansprakelijkheidsnorm is verder uitgewerkt in het arrest Prakke/Gips<sup>9</sup>, in het arrest Rabobank/Verdonk q.q.<sup>10</sup> en in het arrest van 9 november 2018.<sup>11</sup>

Nadat het faillissement is uitgesproken en een curator is benoemd, onderzoekt de curator of de failliete vennootschap een doorstart kan maken. Als de doorstart vóór het faillissement wordt voorbereid in plaats van tijdens het faillissement, leidt dit vaak tot een hogere opbrengst van de verkoop van de onderneming van de vennootschap.<sup>12</sup> In dit onderzoek wordt onderscheid gemaakt tussen de begrippen 'onderneming' en 'vennootschap'. Met het begrip onderneming bedoel ik 'een organisatorisch verband, gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer'.<sup>13</sup> De vennootschap is de juridische huls van de onderneming.<sup>14</sup> De voorbereidingsfase vóór het faillissement heet de pre-pack. Omdat het faillissement in deze voorbereidingsfase nog niet is uitgesproken, is de curator ook nog niet benoemd. De pre-pack is een relatief nieuw fenomeen en vindt zijn oorsprong in Engeland.<sup>15</sup> Omdat de pre-pack een nieuw fenomeen is, is de pre-pack in Nederland nog volop in ontwikkeling. De beoogd curator is de functionaris die de doorstart voorbereidt.<sup>16</sup> Ook voor de beoogd curator geldt dat de taak en functie nog volop in ontwikkeling zijn. De beoogd curator opereert in de stilte voor de storm; de storm die het faillissement met zich meebrengt.

---

<sup>1</sup> Rb. Amsterdam 31 december 2019, *Stcrt.* 2020, 1598.

<sup>2</sup> Rb. Noord-Nederland 7 januari 2020, *Stcrt.* 2020, 2359.

<sup>3</sup> Rb. Amsterdam 23 januari 2020, *Stcrt.* 2020, 5533.

<sup>4</sup> Hinrichs, *FD* 10 juni 2020; Leupen & Betlem, *FD* 30 maart 2020.

<sup>5</sup> Rb. Gelderland 6 mei 2020, *Stcrt.* 2020, 25554.

<sup>6</sup> Slump, *NOS* 10 juni 2020.

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 18 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2211; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7950; Rb. Midden-Nederland 11 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7252.

<sup>8</sup> HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047.

<sup>9</sup> HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65 (*Prakke/Gips*).

<sup>10</sup> HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199 (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

<sup>11</sup> HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067.

<sup>12</sup> Hurenkamp, *Tvl* 2015/20.

<sup>13</sup> Begrip uit Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017, p. 20.

<sup>14</sup> Kroeze, Timmerman & Wezeman 2017, p. 1.

<sup>15</sup> Verstijlen, *NJB* 2014/803, inleiding.

<sup>16</sup> Van Zanten, *FIP* 2015/5, paragraaf 1.

Op dit moment is de pre-pack nog niet in de wet verankerd, maar het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I (hierna: Wetsvoorstel WCO I)<sup>17</sup> tracht hier verandering in te brengen. Het wetsvoorstel ligt momenteel bij de Eerste Kamer. Veel rechtbanken werken ondanks het feit dat de pre-pack nog niet in de wet verankerd is, mee aan de pre-pack. De rechtbank kan op formele en op informele wijze een beoogd curator aanwijzen. Bij de formele variant benoemt de rechtbank een deskundige op grond van art. 194 Rv bij de behandeling van de faillissementsaanvraag. Als de deskundige na onderzoek van mening is dat het faillissement moet worden uitgesproken, spreekt de rechtbank het faillissement uit en benoemt de rechtbank de deskundige als curator. Als dit onderzoek over aanwijzing van de beoogd curator spreekt, gaat het over de informele variant. De rechtbank laat bij de informele variant aan de toekomstig failliet weten wie zij voornemens is te benoemen als curator in het faillissement. De beoogd curator kan zich in veertien dagen voorbereiden op zijn benoeming als curator en zich alvast verdiepen in de situatie van de toekomstig failliet. Hierbij hoort het voorbereiden van de doorstart.<sup>18</sup>

De taak, functie en persoonlijke aansprakelijkheid van een curator zijn grotendeels uitgekristalliseerd. Anders is dit voor de beoogd curator. De invulling van de taak en functie van de beoogd curator zijn nog in ontwikkeling. Wel heeft de Hoge Raad op 4 oktober 2019 antwoord gegeven op de vraag hoe de persoonlijke aansprakelijkheid van een beoogd curator beoordeeld moet worden.<sup>19</sup> Maar hoe verhoudt deze uitspraak zich tot de ontwikkeling van de taak en functie van een curator en hoe verhoudt dit zich met de taak, functie en persoonlijke aansprakelijkheid van een curator?

Hieruit volgt de volgende onderzoeksvraag die in dit onderzoek centraal staat: *'In hoeverre sluit het arrest van de Hoge Raad van 4 oktober 2019 aan bij de ontwikkeling van de taak en functie van een beoogd curator, in vergelijking met de taak, functie en persoonlijke aansprakelijkheid van een curator en kan Nederland daarbij iets leren van de Engelse rechtspraak?'.*

Het domein van dit onderzoek is een combinatie van insolventierecht en van corporate litigation. Voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag wordt gebruik gemaakt van literatuur- en jurisprudentieonderzoek en wordt verricht aan de hand van zowel een interne als externe rechtsvergelijking. De bronnen die voor het literatuuronderzoek gebruikt worden zijn wetenschappelijke artikelen en boeken die zowel voor als na de uitspraak zijn gepubliceerd, om op die manier de ontwikkeling van de leerstukken te kunnen onderzoeken. Het doel van de interne rechtsvergelijking is om erachter te komen welke verschillen er tussen de curator en de beoogd curator bestaan en hoe de verschillen zich verhouden tot de al dan niet verschillende persoonlijke aansprakelijkheidsnormen die voor hen gelden. Het doel van de externe rechtsvergelijking is onderzoeken of de Nederlandse rechtspraak wat kan leren van de Engelse rechtspraak, omdat de pre-pack in Engeland al veel langer wordt toegepast.

Met behulp van de volgende deelvragen wordt de onderzoeksvraag beantwoord:

- ❖ Wat zijn de taak en de functie van een curator?
- ❖ Wat is de aansprakelijkheidsnorm van een curator?
- ❖ Wat zijn de taak en de functie van een beoogd curator?

---

<sup>17</sup> Wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I (*Kamerstukken* 2015/16, 34218, A).

<sup>18</sup> Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2019:557, bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492 en Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2019:558, bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, overweging 2.11-2.14.

<sup>19</sup> HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494.

- ❖ Hoe is de aansprakelijkheid van een beoogd curator vastgesteld in het arrest?
- ❖ Hoe verhouden de aansprakelijkheidsnormen, de taak en functie van de curator en de beoogd curator zich tot elkaar?
- ❖ Hoe zijn de pre-pack en persoonlijke aansprakelijkheid van een beoogd curator geregeld in Engeland?

De opbouw van dit onderzoek is als volgt. In hoofdstuk twee staat de curator centraal en worden de eerste twee deelvragen behandeld. Hierin worden de taak en functie van de curator, de plaats van de curator in het faillissement en de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator besproken. In hoofdstuk 3 komt eerst de pre-pack aan de orde en daarna komen dezelfde aspecten voor de beoogd curator als die aan bod zijn gekomen voor de curator in hoofdstuk twee aan de orde. Deelvragen drie en vier worden eveneens in hoofdstuk 3 behandeld. Hoofdstuk vier bevat de interne rechtsvergelijking, waarbij de bevindingen uit hoofdstuk twee en hoofdstuk drie steeds met elkaar vergeleken worden. In dit hoofdstuk wordt het antwoord op deelvraag vijf gegeven. Hoofdstuk vijf bevat vervolgens de externe rechtsvergelijking. In dit hoofdstuk wordt het antwoord op deelvraag zes gegeven. Het onderzoek sluit af met de conclusie waarin antwoord wordt gegeven op de onderzoeksvraag.

## 2 De curator

In dit hoofdstuk staat de curator centraal. Hij is een van de sleutelfiguren binnen het faillissement en bij zijn functioneren moet hij steeds de functie van het faillissement voor ogen houden en hier naar handelen. Waar de nadruk vroeger op de schuldeisers en het tevreden stellen van die schuldeisers lag, is dat veranderd in het op de juiste manier opruimen van rechtspersonen die hun verplichtingen niet meer kunnen nakomen.<sup>20</sup> De curator heeft verschillende wettelijke taken en bevoegdheden om dit te doen. Als hij deze niet naar behoren uitoefent, loopt hij het risico aansprakelijk te worden gehouden voor de schade die voortvloeit uit zijn fouten.

### 2.1 De taak en de functie van een curator

De curator treedt aan met het vonnis van faillietverklaring, waarin de rechtbank een of meer curatoren aanstelt (art. 14 lid 1 Fw). De rechtbanken houden curatorenlijsten bij en beogen in ieder faillissement de meest geschikte curator aan te stellen.<sup>21</sup> De kerntaak van de curator is omschreven in art. 68 lid 1 Fw, waarin staat dat de curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. In hoofdlijnen komt dit erop neer dat de curator de activa beheert, verkoopt en vervolgens de opbrengst volgens de wettelijke rangorde onder de schuldeisers verdeelt.<sup>22</sup> Bij het uitvoeren van zijn kerntaak komt de curator een grote mate van vrijheid toe, maar hij staat hierbij telkens onder toezicht van de rechter-commissaris (art. 64 Fw).<sup>23</sup> Sinds de inwerkingtreding van de Wet versterking positie curator is in art. 68 lid 2 Fw aan de algemene taak van de curator toegevoegd dat de curator een fraudesignalerende taak heeft.<sup>24</sup>

De taak van de curator is omvangrijker dan zijn kerntaak. Zo voert hij onder meer een onderzoek uit naar de oorzaken van het faillissement; het oorzakenonderzoek (art. 68 lid 2 sub a Fw). Wat de omvang van het oorzakenonderzoek is, verschilt per faillissement. Als uit het onderzoek snel blijkt dat er geen indicaties zijn voor onregelmatigheden, kan het onderzoek beperkt blijven. Als daar wel indicaties voor zijn, is een uitgebreider onderzoek gerechtvaardigd.<sup>25</sup> Naast het oorzakenonderzoek onderzoekt de curator of verrekeningen in stand kunnen blijven (art. 52 Fw) en of er aanleiding is tot het instellen van een actio pauliana (art. 42 e.v. Fw). Daarnaast onderzoekt hij de mogelijke aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen op grond van art. 2:138/248 BW, de aansprakelijkheid van derden ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers (de Peeters/Gatzenvordering<sup>26</sup>) op grond van onrechtmatige daad en de aansprakelijkheid van bijvoorbeeld accountants.<sup>27</sup> Volgens art. 73a Fw brengt de curator in beginsel iedere drie maanden een verslag uit over de toestand van de boedel.

Door de faillietverklaring verliest de gefailleerde de beschikking en het beheer over het vermogen dat onder het faillissement valt (art. 23 Fw). Op het moment dat de curator is aangesteld, zorgt hij ervoor dat hij beschikking krijgt over de boedel (art. 92 Fw). Hij neemt hierbij alle gegevensdragers, gelden en andere papieren van waarde onder zich. Als de curator dat nodig acht, kan hij – na machtiging van de rechter-commissaris – iedere plaats betreden (art. 93a Fw).<sup>28</sup> De curator moet bij het binnentreden steeds rekening houden met de eisen van proportionaliteit en

---

<sup>20</sup> Van Hees, *Tvl* 2004/45.

<sup>21</sup> Polak & Pannevis 2017, p. 262.

<sup>22</sup> Polak & Pannevis 2017, p. 263.

<sup>23</sup> Wessels 2020/4200.

<sup>24</sup> Wessels 2020/4088.

<sup>25</sup> Hox, *Tvl* 2018/42, paragraaf 2.4.

<sup>26</sup> HR 14 januari 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AG4521 (*Peeters q.q./Gatzen*).

<sup>27</sup> Zie bijvoorbeeld deze uitspraak van de Accountantskamer in het kader van klachten van de curatoren in het spraakmakende faillissement van Imtech: Ak. 21 januari 2019, 18/276, 18/277.

<sup>28</sup> Van Nielen, *Tvl* 2013/13, paragraaf 7-8.

subsidiariteit.<sup>29</sup> Ook is hij bevoegd om het bedrijf van de gefailleerde voort te zetten, na toestemming van de schuldeiserscommissie of na machtiging van de rechter-commissaris (art. 98 Fw). De curator moet hierbij in zijn achterhoofd houden dat hij de voortzetting van de onderneming moet stoppen, als voortzetting niet meer verantwoord of gerechtvaardigd is.<sup>30</sup> Hij wordt in het vonnis van de faillietverklaring belast met het openen van de post van de gefailleerde (art. 99 Fw)<sup>31</sup> en hij is bevoegd – na advies van de schuldeiserscommissie en goedkeuring van de rechter-commissaris – vaststellingsovereenkomsten en schikkingen aan te gaan (art. 104 Fw). Ook komt hem de bevoegdheid om goederen te vervreemden toe (art. 101 Fw). Als de gefailleerde niet voldoet aan zijn inlichtingen- of medewerkingsplicht (resp. art. 105 en art. 105a Fw) of op andere wijze niet meewerkt aan het faillissement, kan de curator de rechtbank een verzoek doen tot inbewaringstelling (art. 87 Fw). De rechtbank kan op vordering van de curator een civielrechtelijk bestuursverbod opleggen aan een bestuurder (art. 106a Fw) en de curator is bevoegd tot het indienen van een verzoekschrift tot enquête (art. 2:346 lid 3 BW).<sup>32</sup>

De curator heeft ook bevoegdheden omtrent het al dan niet in stand laten van wederkerige overeenkomsten. In beginsel worden wederkerige overeenkomsten door de faillietverklaring niet gewijzigd. Als de curator een overeenkomst onbevoegd opzegt, dan is de daaruit voortvloeiende schade een boedelschuld.<sup>33</sup> Als een wederkerige overeenkomst (gedeeltelijk) niet wordt nagekomen, kan de curator nakoming van die overeenkomst vorderen of juist niet vorderen (art. 37 Fw).<sup>34</sup> De curator kan huurovereenkomsten tussentijds beëindigen, met inachtneming van een opzegtermijn van drie maanden (art. 39 Fw). Tot slot kan hij arbeidsovereenkomsten opzeggen, met inachtneming van een opzegtermijn van zes weken (art. 40 Fw).

## 2.2 De plaats van een curator in een faillissement

Uit de wetsgeschiedenis van de Faillissementswet blijkt dat het faillissement een gerechtelijk beslag op het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers is.<sup>35</sup> De curator treedt op als wettelijk vertegenwoordiger van de schuldeisers en van de schuldenaar.<sup>36</sup> De curator handelt dus niet voor zichzelf, maar hij handelt in hoedanigheid van curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>37</sup> Uit het stelsel van de Faillissementswet komt voorts voort dat de curator bij het dienen van het belang van de boedel een zo hoog mogelijke boedelopbrengst nastreeft, opdat de vorderingen van schuldeisers voor een zo groot mogelijk deel worden voldaan.<sup>38</sup>

Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is niet het enige belang dat de curator dient te behartigen.<sup>39</sup> Hij moet ook maatschappelijke belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid, meewegen bij het nemen van beslissingen.<sup>40</sup> De Hoge Raad bevestigt dit in het Maclou-arrest<sup>41</sup>, dat in de volgende paragraaf uitgebreider besproken wordt. De curator moet rekening houden met alle relevante – soms tegenstrijdige – belangen en hij zal deze zo nodig tegen elkaar moeten afwegen. Denk hierbij aan de keuze voor verkoop van de onderneming tegen een lagere

---

<sup>29</sup> De Kloe, 2019/14.3.

<sup>30</sup> Messelink & Van den Bosch 2017/7.12.2.

<sup>31</sup> Tideman 2015/16.3.

<sup>32</sup> Spruitenburg 2018/8.4.

<sup>33</sup> HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (*Koot beheer/Tideman q.q.*).

<sup>34</sup> Van Zanten, 2012/3.3.5.

<sup>35</sup> Van der Feltz I 1896, p. 339.

<sup>36</sup> Van der Feltz I 1896, p. 371.

<sup>37</sup> HR 23 december 1994, NJ 1996/628, r.o. 4.3.2.

<sup>38</sup> HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, r.o. 2.3.3.

<sup>39</sup> HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, r.o. 4.2.5.

<sup>40</sup> HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*), r.o. 3.5.

<sup>41</sup> HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), r.o. 3.5.2.



prijs aan een partij die werknemers over wil nemen of verkoop tegen een hogere prijs aan een partij die daartoe niet bereid is.<sup>42</sup>

De curator is exclusief bevoegd ten aanzien van het beheer van de goederen die onder het faillissement vallen en hij treedt op als gerechtelijk vereffenaar, wiens handelen uitsluitend gericht is op de vereffening van de faillissementsgoederen. Het individuele verhaalsrecht van schuldeisers maakt plaats voor de collectieve vereffening door de curator.<sup>43</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat een curator veel wettelijke taken en bevoegdheden heeft. Dit impliceert een zeer actieve houding van de curator. De Praktijkregels voor curatoren 2019 (hierna: de Praktijkregels 2019) dienen hierbij als handvat voor de curator. De curator voert zijn taken uit met inachtneming van de grondbeginselen van objectiviteit, onafhankelijkheid en integriteit.<sup>44</sup> Over de Praktijkregels 2019 meer in het algemeen het volgende. De principes uit de Praktijkregels 2019 zijn opgesteld door de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD) en ze zijn best practice rules; ze beogen de curator richting te geven, maar ze hebben niet de status van wet.<sup>45</sup> Ze bevatten bepalingen over het voortzetten van de onderneming, de verkoop van activa, het procederen van de curator en de aansprakelijkstelling van bestuurders, commissarissen en derden. De curator moet zich o.a. gedragen als ondernemer en als werkgever, hij moet de financiële verslaggeving onderzoeken, fraude signaleren, de rechten van separatisten in het vizier houden, hij moet erop letten dat wederkerige overeenkomsten worden nagekomen; kortom: hij is een octopus.<sup>46</sup>

## 2.3 Persoonlijke aansprakelijkheid van een curator

De manier waarop de curator zijn taken behoort uit te voeren, is uitgewerkt in een reeks arresten van de Hoge Raad. Als hij zijn taken niet op juiste wijze uitvoert, bestaat de mogelijkheid dat hij aansprakelijk is jegens de boedel of jegens derden. Aansprakelijkheid van een curator doet zich voor in twee varianten: het geval waarin de curator in zijn hoedanigheid van curator aansprakelijk wordt gesteld (*qualitate qua*) en het geval waarin de curator in persoon aansprakelijk wordt gesteld (*pro se*). In het geval van aansprakelijkheid *qualitate qua* is de boedel gehouden de schade te vergoeden.<sup>47</sup> In het geval van aansprakelijkheid *pro se* is de curator gehouden de schade persoonlijk te vergoeden.<sup>48</sup>

### 2.3.1 Zorgvuldigheidsnorm curator

In het Maclou-arrest formuleerde de Hoge Raad de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid (*pro se*<sup>49</sup>) van een curator.<sup>50</sup> De Hoge Raad verduidelijkte in dit arrest de voor de curator geldende zorgvuldigheidsnorm. De zorgvuldigheidsnorm die voor een curator geldt, is niet gelijk aan de zorgvuldigheidsnorm van advocaten en vergelijkbare beroepsbeoefenaren. Een curator treedt bij het vervullen van zijn taak als curator niet op als advocaat en heeft geen contractuele verhouding met degenen wier belangen hem zijn toevertrouwd. Daar komt bij dat hij bij de uitoefening van zijn taak rekening moet houden met uiteenlopende en tegenstrijdige belangen en dat hij bij het nemen van beslissingen rekening moet houden met maatschappelijke belangen. De door de Hoge Raad geformuleerde zorgvuldigheidsnorm die voor een curator geldt, luidt als volgt: '(...) een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en

---

<sup>42</sup> Van Hees, *Tvl* 2004/45.

<sup>43</sup> Wessels 2020/4155.

<sup>44</sup> Praktijkregels voor curatoren 2019, principe 1.1.

<sup>45</sup> Hermans 2019/8.2.3.

<sup>46</sup> Terminologie ontleend aan Faber 2008.

<sup>47</sup> Zie HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (*Koot beheer/Tideman q.q.*) als voorbeeld hiervan.

<sup>48</sup> Polak & Pannevis 2017, p. 272.

<sup>49</sup> Spinath, *TOP* 2010/5, p. 176.

<sup>50</sup> HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*).

ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.<sup>51</sup> Daarbij moet ook rekening gehouden worden met de omstandigheden van het geval.<sup>52</sup>

### 2.3.2 Vrijheid van handelen en gebondenheid aan 'regels'

In het arrest *Prakke/Gips*<sup>53</sup> breidde de Hoge Raad de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van een curator uit. De Hoge Raad voegde aan de in *Maclou* geformuleerde zorgvuldigheidsnorm toe dat de curator, voor zover hij bij de uitoefening van zijn taak niet gebonden is aan regels, in beginsel een ruime mate van vrijheid toekomt. Hij moet zich richten naar het belang van de boedel, maar hij kan dit doen op de wijze die hem het beste voorkomt.<sup>54</sup> De norm van het *Maclou*-arrest ziet op persoonlijke aansprakelijkheid in gevallen waarin de curator de zojuist genoemde vrijheid toekomt. Bij de zorgvuldigheidsnorm past een terughoudende toets. De Hoge Raad voegde daaraan het volgende toe: 'Voor persoonlijke aansprakelijkheid is immers vereist dat de curator ook persoonlijk een verwijt kan worden gemaakt van zijn handelen. Daarvoor is vereist dat hij gehandeld heeft terwijl hij het onjuiste van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien.'<sup>55</sup> De in het arrest bedoelde vrijheid ziet niet op zijn taak tot het behartigen van belangen van gezamenlijke schuldeisers en belangen van maatschappelijke aard, maar op de invulling van die taak.<sup>56</sup>

Het arrest *Rabobank/Verdonk q.q.*<sup>57</sup> illustreert het geval waarin de curator, anders dan in *Prakke/Gips*, wel gebonden is aan regels. In deze zaak ging het over de inning van stil verpande vorderingen. In het arrest *Hamm q.q./ABN AMRO* heeft de Hoge Raad regels gegeven voor de inning van stil verpande vorderingen.<sup>58</sup> In geval van inning van stil verpande vorderingen komt de curator geen ruime mate van vrijheid toe. Neemt de curator de regels uit *Hamm q.q./ABN AMRO* niet in acht, dan handelt hij niet zoals in redelijkheid verlangd kan worden van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Hij kan dan persoonlijk aansprakelijk zijn voor de uit de handelswijze van de curator voortvloeiende schade die de pandhouder lijdt. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest dus dat schending van een regel, schending van de *Maclou*-norm inhoudt.<sup>59</sup>

Ook in het arrest van 11 november 2018<sup>60</sup> was de curator gebonden aan regels. Gefailleerde huurde een winkelruimte en exploiteerde daarin een schoenenwinkel. In de huurovereenkomst was een bepaling opgenomen met een verbod tot onderhuur. De eigenaar van het pand zegde de huurovereenkomst op, met inachtneming van de door art. 39 Fw genoemde opzegtermijn van drie maanden. De curator heeft de eigenaar van het pand laten weten dat hij op zoek was naar een kandidaat voor een doorstart van de onderneming. De eigenaar van het pand heeft hierop kenbaar gemaakt dat de boedel niet het recht had om de ruimte onder te verhuren gedurende de opzegtermijn, omdat gefailleerd dat recht ook niet had. Hij heeft zich uitdrukkelijk tegen onderverhuur en gebruik door derden verzet. Later bleek dat de koper van de activa, inventaris en goodwill van gefailleerde het pand feitelijk in gebruik had genomen, voordat een nieuwe huurovereenkomst was gesloten tussen hem en de eigenaar van het pand.<sup>61</sup> De curator is hierdoor tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst. De Hoge Raad oordeelde dat in dit geval sprake was van een actieve schending

---

<sup>51</sup> HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), r.o. 3.6.

<sup>52</sup> HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:166, r.o. 3.2.3.

<sup>53</sup> HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65 (*Prakke/Gips*).

<sup>54</sup> HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65 (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.2.

<sup>55</sup> HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65 (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.3.

<sup>56</sup> Van Geel, *FIP* 2017/54, paragraaf 2.

<sup>57</sup> HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199 (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

<sup>58</sup> HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861 (*Hamm q.q./ABN AMRO*), r.o. 4.2.1-4.2.2.

<sup>59</sup> HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199 (*Rabobank/Verdonk q.q.*), r.o. 3.4.3.

<sup>60</sup> HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067.

<sup>61</sup> HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, r.o. 3.1.

door de curator van een voortdurende verplichting die bestaat uit een nalaten (het nalaten bestaande uit niet onderverhuren). Een zodanige verplichting moet worden aangemerkt als een regel, als bedoeld in Prakke/Gips.<sup>62</sup> Als een curator gebonden is aan regels, heeft hij de in Prakke/Gips geformuleerde beleidsvrijheid niet. Als hij die regels niet nakomt, is hij in beginsel persoonlijk aansprakelijk jegens degenen wier belangen door de niet-naleving van de regels zijn geschonden.<sup>63</sup> Voor de persoonlijke aansprakelijkheid in het geval van schending van een regel is wel ook vereist dat de curator een persoonlijk verwijt gemaakt kan worden.<sup>64</sup> In dit arrest oordeelde de Hoge Raad niet expliciet dat schending van een regel, schending van de Maclou-norm inhoudt. De Hoge Raad oordeelde enkel dat de curator die een regel schendt, in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zal kunnen zijn indien hem een persoonlijk verwijt treft.<sup>65</sup>

Voorgaande uitspraken maken duidelijk dat overtreding van een regel door een curator in beginsel kan leiden tot diens persoonlijke aansprakelijkheid. Onder handelen in strijd met regels vallen in ieder geval handelen in strijd met de wet<sup>66</sup>, handelen in strijd met een bevel van de rechter-commissaris<sup>67</sup>, handelen in strijd met regels omtrent inning van stil verpande vorderingen<sup>68</sup> en handelen in strijd met een tot de curator gerichte regel, zoals het verbod om een voortdurende prestatie te beëindigen.<sup>69</sup> Er is tot op heden geen eenduidige uitleg van het begrip 'regel', waardoor van geval tot geval beoordeeld moet worden of de curator gebonden was aan een regel en of hij hiermee in strijd heeft gehandeld. Dit zorgt ervoor dat een curator niet altijd op voorhand weet of hij gebonden is aan een regel en of hij deze schendt. Dit wordt onwenselijk geacht.<sup>70</sup>

De Hoge Raad lijkt de persoonlijke aansprakelijkheid van een curator te onderscheiden in twee gevallen: het geval waarin de curator gebonden is aan regels en gevallen waarin de curator handelingsvrijheid toekomt. De persoonlijke aansprakelijkheid van een curator is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en hem moet een persoonlijk verwijt kunnen worden gemaakt van zijn handelen. Het persoonlijk verwijt omvat zowel een onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 2 BW) als toerekenbaarheid van die onrechtmatige daad aan de curator (art. 6:162 lid 3 BW) op basis van schuld. Voorts geldt voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad het relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW).<sup>71</sup> Voor zover de curator bij de uitoefening van zijn taak niet gebonden is aan regels komt hem een ruime mate van vrijheid toe. Hierbij past een terughoudende rechterlijke toets. De bewegingsruimte van de curator wordt daarbij voornamelijk bepaald door de Maclou-norm. Ingeval de curator niet aan deze norm voldoet, begaat hij in beginsel een toerekenbare onrechtmatige daad (volgens art. 6:162 lid 2 en 3 BW). Dat neemt niet weg dat in sommige gevallen geoordeeld kan worden dat de curator geen schuld treft.<sup>72</sup> In het geval van handelingsvrijheid ligt de relativiteit besloten in de geschonden norm.<sup>73</sup> Als de curator gebonden is aan regels, komt hem volgens Assink minder vrijheid toe naarmate de regels meer zwart-wit zijn en bestaat er minder aanleiding voor een terughoudende rechterlijke toets. Dat de schending van een regel tot een onrechtmatige daad leidt, betekent niet

---

<sup>62</sup> HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, r.o. 3.5.3.

<sup>63</sup> HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, r.o. 3.5.2.

<sup>64</sup> HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, r.o. 3.5.4.

<sup>65</sup> HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, r.o. 3.5.2-3.5.4.

<sup>66</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 30 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1922.

<sup>67</sup> Zie bijvoorbeeld HR 27 november 1998, NJ 1999/685.

<sup>68</sup> HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199 (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

<sup>69</sup> HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067.

<sup>70</sup> Zie Van Geel, *FIP* 2017/54, paragraaf 5; Mulder, *Tvl* 2019/5, paragraaf 7.

<sup>71</sup> Het relativiteitsvereiste houdt in dat de geschonden norm dient te strekken tot bescherming van de benadeelde en van de door de benadeelde geleden schade, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2015, *JOR* 2016/74.

<sup>72</sup> Assink, *AA* 2016/11, p. 860.

<sup>73</sup> Van Geel, *FIP* 2017/54, paragraaf 3.

automatisch dat de onrechtmatige daad toerekenbaar is aan de curator via schuld (conform art. 6:162 lid 3 BW).<sup>74</sup> In het geval dat de curator gebonden is aan regels, komt aan het relativiteitsvereiste zelfstandige betekenis toe. Van Geel noemt hierbij als voorbeeld het geval waarin een curator het faillissementsverslag te laat publiceert en een crediteur informatie uit het verslag nodig heeft voor een procedure. Doordat het verslag te laat is gepubliceerd, loopt de procedure van de crediteur spaak en lijdt hij schade. Van Geel meent dat de curator in dat geval niet persoonlijk aansprakelijk is, omdat het aan relativiteit ontbreekt.<sup>75</sup>

In het arrest van 11 november 2018 behandelt de Hoge Raad de vereisten van schending van een regel en persoonlijk verwijt minder expliciet als aparte vereisten.<sup>76</sup> Verstijlen leest in rechtsoverweging 3.5.4 dat het schenden van een regel voldoende is om persoonlijke aansprakelijkheid van een curator vast te stellen en dat alleen nader onderzoek wordt gedaan naar het persoonlijk verwijt als het partijdebat en de omstandigheden van het geval hiertoe aanleiding geven.<sup>77</sup> Ik lees die overweging anders. Ik lees in deze overweging dat schending van een regel alleen niet voldoende is om persoonlijke aansprakelijkheid vast te stellen. Als het partijdebat en de omstandigheden van het geval aanleiding geven om te onderzoeken of de curator een persoonlijk verwijt treft en vervolgens wordt vastgesteld dat de curator een persoonlijk verwijt treft, is hij persoonlijk aansprakelijk voor de geleden schade. Als dit onderzoek en de daaropvolgende conclusie uitblijven, is de curator niet persoonlijk aansprakelijk.<sup>78</sup>

Uit het voorgaande blijkt dat niet volledig duidelijk is hoe de Hoge Raad de verhouding tussen beleidsvrijheid en gebondenheid aan regels ziet. Het is duidelijk dat als de curator beleidsvrijheid heeft, zijn persoonlijke aansprakelijkheid beoordeeld moet worden aan de hand van de Maclou-norm. Wat echter niet duidelijk is, is hoe de persoonlijke aansprakelijkheid moet worden beoordeeld als de curator gebonden is aan regels. In Rabobank/Verdonk q.q. wordt de Maclou-norm genoemd bij het geval dat de curator een regel schendt, terwijl dat niet het geval is bij Prakke/Gips en in het arrest van 11 november 2018. Onduidelijk is of de Maclou-norm als overkoepelende norm gezien moet worden, waarbij afhankelijk van schending van een regel, de norm meer of minder terughoudend getoetst moet worden of dat de Maclou-norm alleen toegepast moet worden ingeval de curator een ruime mate van vrijheid toekomt. Assink en Verstijlen pleiten ervoor dat de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, ook in het geval dat de curator gebonden is aan regels, wordt beoordeeld aan de hand van de Maclou-norm.<sup>79</sup> Het zal in de praktijk wat mij betreft niet veel uitmaken welke van de twee benaderingen de Hoge Raad kiest in het vervolg. Een curator die een regel schendt, handelt immers niet zoals in redelijkheid verwacht mag worden van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht en hem zal daarvan in de regel een persoonlijk verwijt gemaakt kunnen worden.

### 2.3.3 Ernstig verwijt en persoonlijk verwijt?

In het kader van bestuurdersaansprakelijkheid op grond van art. 2:9 en art. 6:162 BW<sup>80</sup> geldt dat de bestuurder een ernstig verwijt moet kunnen worden gemaakt van de wijze waarop hij jegens de vennootschap of jegens een derde zijn taak heeft vervuld, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Het moet gaan om een ernstig verwijt; niet ieder verwijt volstaat.<sup>81</sup> Als algemene

---

<sup>74</sup> Assink, AA 2016/11, p. 860.

<sup>75</sup> Van Geel, FIP 2017/54, paragraaf 3.

<sup>76</sup> HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, r.o. 3.5.4.

<sup>77</sup> Verstijlen, NJ 2018/464, punt 5.

<sup>78</sup> Zie ook Jansen, FIP 2019/86.

<sup>79</sup> Zie Assink AA, 2016/11, p. 860; Verstijlen, NJ 2018/464, punt 5; Verstijlen, NJ 2016/187, punt 6.

<sup>80</sup> Een bestuurder kan aansprakelijk zijn jegens een derde, zie HR 2 maart 2007, NJ 2007/240, r.o. 3.4.4-3.4.6.

<sup>81</sup> Zie bijvoorbeeld HR 20 juni 2008, NJ 2009/21, r.o. 5.3.

gedragsnorm geldt dat de bestuurder zich moet gedragen naar het inzicht en de zorgvuldigheid die mogen worden verwacht van een bestuurder die voor zijn taak berekend is en deze nauwgezet vervult.<sup>82</sup> Deze gedragsnorm is vergelijkbaar met de Maclou-norm. Het verschil tussen de beoordeling van persoonlijke aansprakelijkheid van een bestuurder en een curator is de verhoogde drempel van het 'ernstig' verwijt die voor de bestuurder geldt. Deze verhoogde drempel geldt niet voor de curator.

In paragraaf 2.1 is besproken dat een curator de onderneming van gefailleerde voortzet als dit in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Hij neemt dan de rol van de bestuurder, als langetermijnondernemer, over. De vraag rijst of de gedragslijn van de 'ondernemende curator' beoordeeld moet worden aan de hand van de ernstigverwijtmaatstaf, die geldt voor de bestuurder, of aan de hand van de Maclou-norm met de daarbij horende persoonlijkverwijtmaatstaf. De Hoge Raad vindt het feit dat de curator in dit geval de rol van de bestuurder overneemt kennelijk onvoldoende om af te wijken van de persoonlijkverwijtmaatstaf.<sup>83</sup> Overigens zal het huidige systeem van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, waarin de curator in beginsel beleidsvrijheid toekomt, gecombineerd met schuldaansprakelijkheid niet voor materieel andere uitkomsten zorgen dan wanneer gewerkt zou worden met de ernstigverwijtmaatstaf. Als sprake is van een toerekenbare overschrijding van die beleidsvrijheid zal het verwijt immers vaak zo groot zijn dat ook sprake is van een ernstig verwijt.<sup>84</sup>

## 2.4 Conclusie

De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Bij de uitoefening van zijn taak komt de curator een grote mate van vrijheid toe. Hij heeft veel wettelijke bevoegdheden om zijn kerntaak uit te voeren. Bij het uitvoeren van zijn taak handelt de curator niet voor zichzelf, maar in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Ook moet hij maatschappelijke belangen meewegen bij het nemen van beslissingen. Hij zal dus steeds alle betrokken – soms tegenstrijdige – belangen tegen elkaar moeten afwegen als hij een beslissing neemt. Van hem wordt een zeer actieve houding in het faillissement verwacht. De moeilijke positie waarin een curator soms beslissingen moet nemen, zorgt ervoor dat niet altijd alle bij het faillissement betrokken partijen het eens zijn met die beslissingen. Deze partijen menen soms dat zij schade hebben geleden en vinden dat de curator persoonlijk aansprakelijk is voor de geleden schade. De Hoge Raad heeft de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid geformuleerd in het Maclou-arrest: 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. In het arrest Prakke/Gips voegde de Hoge Raad hieraan toe dat de curator bij het uitoefenen van zijn taak een grote mate van vrijheid heeft, voor zover hij niet gebonden is aan regels. De zorgvuldigheidsnorm dient terughoudend getoetst te worden en de curator moet een persoonlijk verwijt gemaakt kunnen worden. Als de curator gebonden is aan regels, heeft hij geen beleidsvrijheid. Onduidelijk is of de Maclou-norm als overkoepelende norm gezien moet worden, waarbij afhankelijk van schending van een regel, de norm meer of minder terughoudend getoetst moet worden of dat de Maclou-norm alleen toegepast moet worden ingeval de curator een ruime mate van vrijheid toekomt en losgezien moet worden van het geval waarin de curator een regel schendt. Voor de praktijk zal dit overigens niet veel uitmaken, omdat een curator die een regel schendt, niet handelt zoals in redelijkheid verwacht mag worden van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht en hem zal daarvan in de regel een persoonlijk verwijt kunnen worden gemaakt.

---

<sup>82</sup> HR 10 januari 1997, NJ 1997/360, r.o. 3.3.1

<sup>83</sup> De Hoge Raad noemt immers nergens de ernstigverwijtmaatstaf in het kader van persoonlijke aansprakelijkheid van een curator.

<sup>84</sup> Assink, AA 2016/11, 864-865.

## 3 De beoogd curator

In dit hoofdstuk staat de beoogd curator centraal. De beoogd curator is de insolventiefunctionaris die tijdens de pre-pack betrokken is bij de toekomstig failliet. De pre-packpraktijk bestaat relatief kort in Nederland en is nog volop in ontwikkeling. Ditzelfde geldt voor de taak van de beoogd curator tijdens de pre-pack. Voor de beoogd curator geldt, net als voor de ‘gewone’ curator, dat hij aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die voortvloeit uit zijn fouten.

### 3.1 De pre-pack

#### 3.1.1 De pre-pack als middel voor een doorstart

Tijdens het faillissement kan de curator (een deel van) de onderneming van de gefailleerde verkopen aan een of meerdere derde(n).<sup>85</sup> De onderneming krijgt op die manier een doorstart.<sup>86</sup> Een doorstart is volgens Vriesendorp: ‘De voortzetting van (een deel van) de ondernemingsactiviteit van een rechtspersoon in een andere – al dan niet gelieerde – rechtspersoon, waarbij de oude rechtspersoon via een faillissement ter ziele gaat (via art. 2:19 lid 1 sub c BW), terwijl een deel van de schulden van de oude rechtspersoon onbetaald blijft en/of een deel van het personeelsbestand na ontslag door de curator via art. 40 Fw met relatief korte opzegtermijnen en zonder afvloeiingsregelingen zonder werk blijft.’<sup>87</sup> De derde aan wie de onderneming verkocht is, zet de ondernemingsactiviteiten van de vennootschap voort. Vanuit het Verenigd Koninkrijk is de praktijk overgewaaid om vóór het faillissement in beslotenheid de doorstart voor te bereiden met het doel de doorstart, als het faillissement is uitgesproken, efficiënt te laten verlopen.<sup>88</sup> Deze praktijk wordt de ‘pre-pack’ genoemd. Doordat de doorstart voorafgaand aan het faillissement is voorbereid, wordt de bedrijfsvoering van de onderneming niet of nauwelijks onderbroken en heeft de onderneming geen last van de negatieve publiciteit die met een faillissement gepaard gaat.<sup>89</sup> Als gevolg van de zojuist genoemde negatieve effecten van een faillissement, daalt de waarde van de onderneming. Deze waardedaling naar aanleiding van een faillissement wordt in de literatuur aangeduid als ‘desintegratieschade’.<sup>90</sup> Tijdens de voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement heeft de onderneming nog geen, of beduidend minder, desintegratieschade. Doordat de doorstart met minder beperkingen kan plaatsvinden, krijgt de curator een hogere prijs voor de onderneming krijgt dan bij een gebruikelijke transactie uit faillissement.<sup>91</sup>

Als de toekomstig failliet de rechtbank in kennis stelt van het naderende faillissement, wijst de rechtbank op verzoek van de toekomstig failliet alvast op informele wijze degene aan die in het faillissement waarschijnlijk als curator benoemd zal worden. Tijdens de pre-pack is hij de ‘beoogd curator’.<sup>92</sup> Het benoemen van een beoogd curator is een door een aantal rechtbanken zelf gevoerd beleid, waar nog geen wettelijke grondslag voor bestaat. De verkoop van de onderneming wordt voorbereid met behulp van de beoogd curator en deze rondt de transactie zo spoedig mogelijk na de

---

<sup>85</sup> HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938/9.

<sup>86</sup> Polak & Pannevis 2017, p. 360.

<sup>87</sup> Vriesendorp 1997, p. 65.

<sup>88</sup> Polak & Pannevis 2017, p. 497.

<sup>89</sup> Hummelen, *TvI* 2015/2, paragraaf 2.

<sup>90</sup> Schreurs, *FIP* 2013/8, p. 271.

<sup>91</sup> Tollenaar, *TvI* 2011/23, paragraaf 4; Van Oers 2020/2.7.3.1.

<sup>92</sup> Polak & Pannevis 2017, p. 497-498.

faillietverklaring af.<sup>93</sup> De koopovereenkomst wordt in beginsel direct na de faillietverklaring ondertekend, waarmee de verkoop van de onderneming definitief geworden is.<sup>94</sup>

### 3.1.2 De pre-pack in de praktijk

De pre-pack is momenteel nog niet in de wet verankerd. De pre-pack wordt ondanks het feit dat er geen wettelijke bevoegdheid voor bestaat, wel op informele wijze toegepast door acht van de elf rechtbanken in Nederland.<sup>95</sup> Kritiek op de pre-pack komt voornamelijk uit arbeidsrechtelijke hoek. Andere kritiek op de pre-pack is dat de pre-pack leidt tot concurrentievervalsing.<sup>96</sup> Het arrest *Smallsteps*<sup>97</sup> van het Hof van Justitie van de Europese Unie illustreert de arbeidsrechtelijke problemen die de pre-pack met zich meebrengt.

#### 3.1.2.1 *Smallsteps*

Estro Groep BV (hierna: Estro) was het grootste kinderdagopvangbedrijf in Nederland met ongeveer 380 vestigingen en 3.600 werknemers. Begin juni 2014 heeft Estro de rechtbank Amsterdam verzocht een beoogd curator aan te wijzen.<sup>98</sup> Op 20 juni 2014 is *Smallsteps B.V.* opgericht door een aandeelhouder van Estro met meerderheidsstem, Bayside, om als doorstartende onderneming een deel van de kinderopvanglocaties van Estro over te nemen. Bayside heeft haar zustervereniging H.I.G. Capital vervolgens betrokken bij de mogelijke doorstart. Op 5 juli 2014 is het faillissement uitgesproken en is tijdens de pre-pack voorbereide koopovereenkomst ondertekend. *Smallsteps* heeft een deel van de kinderopvangverblijven overgenomen. De curator heeft alle werknemers ontslagen. *Smallsteps* nam 243 vestigingen over en bood ongeveer 2.600 voormalige werknemers van Estro een nieuwe arbeidsovereenkomst aan. Meer dan 1.000 voormalige werknemers van Estro hebben geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden gekregen.<sup>99</sup>

Vakbond FNV en vier voormalige werknemers van Estro hebben een procedure ahangig gemaakt bij de rechtbank Midden-Nederland<sup>100</sup> waarin zij verzochten voor recht te verklaren dat richtlijn 2001/23<sup>101</sup> van toepassing was op de overgang van onderneming van Estro naar *Smallsteps*, waardoor de vier voormalige werknemers van Estro in dienst waren getreden van *Smallsteps* met behoud van arbeidsvoorwaarden, op basis van een richtlijnconforme interpretatie van artikelen 7:662 e.v. BW.<sup>102</sup> De rechtbank Midden-Nederland stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het Hof vatte de prejudiciële vragen als volgt samen: moet art. 5 lid 1 richtlijn 2001/23 zo worden uitgelegd dat de door de richtlijn gegarandeerde werknemersbescherming gehandhaafd blijft in onderhavige situatie, waarin de overgang van onderneming plaatsvindt na de faillietverklaring in het

---

<sup>93</sup> Huydecoper, *TvI* 2013/5, paragraaf 1.

<sup>94</sup> Hummelen, *TvI* 2015/2, paragraaf 3.

<sup>95</sup> Concl. A-G B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2020:136, bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:107, overweging 4.15.

<sup>96</sup> Lennarts 2017/22.1.

<sup>97</sup> HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (*Smallsteps*).

<sup>98</sup> HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (*Smallsteps*), r.o. 16-21; Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, r.o. 2.10.

<sup>99</sup> HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (*Smallsteps*), r.o. 22-26; Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, r.o. 2.1-2.16.

<sup>100</sup> Dit is overigens niet dezelfde rechtbank als de rechtbank die de beoogd curator heeft aangewezen; Rechtbank Midden-Nederland werkt immers niet mee aan de pre-pack. Estro heeft op 3 juni 2014 haar statutaire zetel van Utrecht naar Amsterdam verplaatst, onder meer om de gewenste pre-pack mogelijk te maken bij de Rechtbank Amsterdam, zie Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, r.o. 2.10.

<sup>101</sup> Richtlijn 2001/23/EG.

<sup>102</sup> HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (*Smallsteps*), r.o. 27; Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, r.o. 3.1.

kader van een pre-pack en is het in dat geval van belang dat voortzetting van de activiteiten van de onderneming en een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers worden beoogd?<sup>103</sup>

Het Hof beantwoordde de vragen als volgt. Art 5 lid 1 richtlijn 2001/23, dat tot gevolg heeft dat de werknemersbescherming bij overgang van onderneming in beginsel niet geldt, moet strikt worden uitgelegd. Dit artikel kan gelden bij een pre-pack, zolang is voldaan aan de cumulatieve voorwaarden.<sup>104</sup> Allereerst moet spraken zijn van een faillissementsprocedure. De tijdens de pre-pack voorbereide doorstart wordt pas na de faillietverklaring uitgevoerd, waardoor aan deze voorwaarde is voldaan.<sup>105</sup> De tweede voorwaarde is dat de procedure moet zijn gestart met het oog op liquidatie, dat wil zeggen dat de vennootschap ophoudt te bestaan. Een procedure die voortzetting van de onderneming beoogt, zoals de pre-pack, voldoet hier niet aan. De omstandigheid dat de pre-pack tevens gericht is op een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers, doet hier niet aan af. Het Hof onderkent dat in sommige gevallen overlap kan bestaan tussen procedures die zijn gericht op voortzetting en liquidatie.<sup>106</sup> De derde voorwaarde is dat de procedure onder toezicht van een overheidsinstantie moet staan. Gezien het feit dat de pre-pack geen wettelijk geregelde procedure is, staat de pre-pack niet onder toezicht van de rechtbank. Hierdoor is ook aan de laatste voorwaarde niet voldaan.<sup>107</sup> Het Hof concludeert dat de pre-pack in onderhavig geval niet voldoet aan art. 5 lid 1 richtlijn 2001/23, waardoor niet van de door art. 3 en art. 4 richtlijn 2001/23 vereiste werknemersbescherming kan worden afgeweken.<sup>108</sup>

### 3.1.2.2 Heiploeg

De Hoge Raad heeft zich vervolgens over de pre-pack uitgelaten in het Heiploeg-arrest.<sup>109</sup> Dit arrest betreft het Heiploeg-concern. In 2011 leed het concern een verlies van meer dan € 75 miljoen en moest het geherfinancierd worden. In 2012 bedroeg het verlies meer dan € 12,5 miljoen. De Europese Unie legde vervolgens in november 2013 een boete van ruim € 27 miljoen<sup>110</sup>, die voor maart 2014 betaald moest zijn, op aan vier vennootschappen die onderdeel uitmaakten van het Heiploeg-concern. Omdat Heiploeg de boete niet kon betalen door middel van financiering op basis van een daartoe strekkend financieringsarrangement, werd de mogelijkheid van een pre-pack onderzocht. De vennootschappen van het concern verzochten de Rechtbank Noord-Nederland op 15 januari 2014 een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aan te wijzen.<sup>111</sup> Dit deed de rechtbank op 16 januari 2014. Op 21 januari 2014 is een zestal nieuwe vennootschappen opgericht. Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. is bestuurder van deze vennootschappen. Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. is de partij die het hoogste bod op de activa van het Heiploeg-concern heeft gedaan.<sup>112</sup> Op 27 januari 2014 vroegen de vennootschappen van het concern faillissement aan. Op 28 januari 2014 werd het faillissement uitgesproken. Tijdens de pre-pack werd een koopovereenkomst tussen het concern, de banken en de verkrijger voorbereid. Op 29 januari 2014 werd deze activatransactie vervolgens door de curator gesloten. Van de circa 300 Nederlandse werknemers van het Heiploeg-concern zijn er 210 in dienst getreden van het op 21 januari 2014 opgerichte concern. Deze 210 oud-werknemers van het Heiploeg-

---

<sup>103</sup> HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (*Smallsteps*), r.o. 37.

<sup>104</sup> HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (*Smallsteps*), r.o. 41-43.

<sup>105</sup> HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (*Smallsteps*), r.o. 46.

<sup>106</sup> HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (*Smallsteps*), r.o. 47-52.

<sup>107</sup> HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (*Smallsteps*), r.o. 53-57.

<sup>108</sup> HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (*Smallsteps*), r.o. 58-59.

<sup>109</sup> HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (*Heiploeg I*); HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg II*).

<sup>110</sup> Deze boete werd opgelegd wegens kartelvorming, zie Segenhout, *FD* 8 september 2016.

<sup>111</sup> Het gaat om de volgende vennootschappen van het concern: Heiploeg Holding B.V.; Noord Zuid Beheer B.V.; Heiploeg B.V.; Goldfish B.V.; Heiploeg Seafood B.V.; Heitrans B.V.; Heiploeg Beheer B.V. en Heiboer B.V.

<sup>112</sup> Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. is dus geen aan het Heiploeg-concern gelieerde partij.



concern kregen een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden door het nieuw opgerichte concern voor nagenoeg dezelfde werkzaamheden, tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden.<sup>113</sup>

FNV vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat richtlijn 2001/23 van toepassing is op de doorstart van het Heiploeg-concern en dat de werknemers van het Heiploeg-concern op grond van een richtlijnconforme interpretatie van art. 7:662 e.v. BW in dienst zijn getreden bij een van de nieuwe vennootschappen met behoud van arbeidsvoorwaarden.

De rechtbank wees de vordering af en overwoog daartoe dat art. 7:666 BW van toepassing is op het geding, waardoor art. 7:663 BW niet van toepassing is.<sup>114</sup> Art. 7:663 BW schrijft voor dat de rechten en plichten van werknemers van rechtswege overgaan op de verkrijger in geval van overgang van onderneming. Art. 7:666 lid 1 sub a BW verklaart art. 7:663 BW niet van toepassing als de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Het hof bekrachtigde het vonnis van de rechtbank. In zijn arrest herhaalde het hof de voorwaarden van art. 5 lid 1 richtlijn 2001/23 zoals genoemd in Smallsteps. Het hof overwoog hierbij dat uit het Smallsteps-arrest niet kan worden afgeleid dat een pre-pack in geen enkel geval onder de uitzondering bedoeld in art. 5 lid 1 richtlijn 2001/23 kan vallen en dat steeds nagegaan moet worden of aan de voorwaarden is voldaan. Het hof oordeelde dat sprake was van een faillissementsprocedure en dat de procedure was ingeleid met het oog op liquidatie. Daarnaast was volgens het hof ondanks de pre-pack sprake van toezicht door een bevoegde overheidsinstantie, omdat pas overeenstemming over de activatransactie werd bereikt nadat het faillissement was uitgesproken. De curatoren waren als enige bevoegd om namens het Heiploeg-concern op te treden en zij hadden voor het sluiten van de overeenkomst toestemming nodig van de rechter-commissaris, die zij ook gekregen hebben.<sup>115</sup> Het voorlopige oordeel van de Hoge Raad is dat de pre-pack is onderhavige zaak op liquidatie was gericht en onder overheidstoezicht stond. Vanwege het Smallsteps-arrest kan hier echter redelijkerwijze twijfel over bestaan.<sup>116</sup> De Hoge Raad stelt hierop prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over de uitleg van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG.<sup>117</sup> Het Hof heeft tot op heden nog geen uitspraak gedaan.

### 3.1.2.3 De toekomst van de pre-pack na Smallsteps & Heiploeg

Na Smallsteps waren de meningen van juristen in Nederland over de toekomst van de pre-pack in Nederland verdeeld. Veel auteurs waren van mening dat deze uitspraak het einde van de pre-pack als figuur die in de praktijk wordt toegepast zou betekenen, omdat de pre-pack nooit onder de uitzondering van art. 5 lid 1 richtlijn 2001/23 valt.<sup>118</sup> Zoals Grapperhaus het omschreef: de pre-packvlinder die een rups bleef.<sup>119</sup>

Sommige auteurs zijn minder pessimistisch over de toekomst van de pre-pack. Zij stellen dat het Hof in Smallsteps niet heeft geoordeeld dat de pre-pack altijd gericht is op voortzetting van de onderneming en dat het hoofddoel van de pre-pack wel degelijk liquidatie kan zijn.<sup>120</sup> Verder heeft het wel of niet van toepassing zijn van de regels van overgang van onderneming maar beperkte gevolgen voor de rechtspraktijk. Dit, omdat de curator tijdens het faillissement bevoegd blijft alle werknemers

---

<sup>113</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg II*), r.o. 2.1.

<sup>114</sup> HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (*Heiploeg I*), r.o. 2.3.2.

<sup>115</sup> HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (*Heiploeg I*), r.o. 2.3.3.

<sup>116</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg II*), r.o. 3.9-3.10.

<sup>117</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg II*), r.o. 5.

<sup>118</sup> Zie Verburg, *FIP* 2017/334, inleiding; Schaink, *Tvl* 2017/22, paragraaf 3; Van der Neut, *TRA* 2017/88, paragraaf 6; Van der Pijl 2019/6.4.5.3.

<sup>119</sup> Grapperhaus, *OR* 2017/124.

<sup>120</sup> Zie Van Zanten, 2018/2.4.3; Tollenaar, *Tvl* 2018/6, paragraaf 4-6; Spinath, *MvO* 2017, blz. 253-256; Spinath, *Tvl* 2018/53, paragraaf 3.

te ontslaan op grond van art. 40 Fw. Als art. 7:663 BW van toepassing zou zijn op de pre-pack zouden de werknemers van rechtswege wel overgaan op de verkrijger, maar die is dan alleen verantwoordelijk voor de loonbetaling over de opzegtermijn en voor eventuele oude loonschulden.<sup>121</sup> Volgens het huidige wettelijke systeem is de verkrijger dan niet verplicht de werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden.<sup>122</sup>

De Hoge Raad lijkt zich in het Heiploeg-arrest aan te sluiten bij de visies van de auteurs die wel een toekomst voor de pre-pack voor zich zien. In het Heiploeg-arrest is het voorlopige oordeel van de Hoge Raad dat de pre-pack in deze zaak aangemerkt moet worden als een procedure die op liquidatie was gericht en dat de pre-pack onder het toepassingsbereik van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG valt. De Hoge Raad maakt bij dit voorlopige oordeel onderscheid tussen de casus van Heiploeg en Smallsteps. De Hoge Raad acht het van belang dat de onderhandelingen over de overgang van het Heiploeg-concern, in tegenstelling tot de onderhandelingen over de overgang van Estro, niet plaats hebben gevonden met een gelieerde partij. Daarnaast geeft de Hoge Raad, net als de hiervoor genoemde minder pessimistische auteurs, aan dat de pre-pack niet in volle omvang aan het Hof van Justitie van de Europese Unie is voorgelegd in de Smallstepszaak en dat het oordeel in Smallsteps onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter is gegeven. Volgens de Hoge Raad betekent dat dat de nationale rechter moet beslissen of het Smallsteps-arrest van toepassing is op een aan hem voorgelegd geval of dat sprake is van een andersoortige pre-pack waar het Smallsteps-arrest geen betrekking op heeft.<sup>123</sup> Het verdere verloop van de Heiploeg-zaak moet afgewacht worden voor een definitief oordeel over de toekomst van de pre-pack, en daarmee over de toekomst van de beoogd curator, maar ik sluit me aan bij de auteurs die positief gestemd zijn over de toekomst van de pre-pack. Mijns inziens heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie niet geoordeeld dat de regels van overgang van onderneming altijd van toepassing zijn op de pre-pack. Zelfs als de regels van overgang van onderneming wel van toepassing worden verklaard op alle vormen van de pre-pack in Nederland, heeft de pre-pack wat mij betreft bestaansrecht in Nederland. Het feit dat de curator door de pre-pack een hogere opbrengst voor de onderneming kan verkrijgen, ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, dan zonder een pre-pack het geval zou zijn, zou genoeg reden moeten zijn om de pre-pack te blijven toepassen.

## 3.2 De ontwikkeling van de taak en functie van een beoogd curator

### 3.2.1 Opvattingen in de literatuur

Het startpunt van de ontwikkeling van de pre-packpraktijk in Nederland is het jaar 2011, waarin Tollenaar vanuit het oogpunt van concurrentie tussen insolventierechtssystemen de faillissementsrechters van Nederland vraagt om beoogd curatoren aan te gaan wijzen om op die manier een pre-pack in Nederland mogelijk te maken. Hij acht de mogelijkheid om de pre-packprocedure toe te staan noodzakelijk om te kunnen blijven concurreren met insolventierechtssystemen van andere landen, zoals Engeland.<sup>124</sup> In de eerste jaren wordt de beoogd curator als volgt gezien. Hij wordt gezien als iemand die meekijkt met de vennootschap en suggesties geeft. Dit doet hij vanuit een contractuele relatie met de vennootschap en hij moet zich uitsluitend laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Hij is uitdrukkelijk geen adviseur van

---

<sup>121</sup> Dit is namelijk de financiële verplichting die op de werkgever rust na ontslag. Door de overgang van onderneming is de verkrijger de werkgever geworden.

<sup>122</sup> Tollenaar, *TvI* 2018/6, paragraaf 6; Het Voorontwerp Wet overgang van onderneming wijkt op dit punt af, als het Voorontwerp in werking treedt moet de verkrijger moet volgens art. 7:666-666b BW (nieuw) alle ontslagen werknemers een arbeidsovereenkomst aanbieden; Noordoven, *Bb* 2019/58.

<sup>123</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg II*), r.o. 3.11.3.

<sup>124</sup> Tollenaar, *TvI* 2011/23, paragraaf 1.

de vennootschap. De beoogd curator heeft geen wettelijke bevoegdheden; hij kijkt slechts mee met het verkoopproces, opdat hij hier na benoeming als curator beslissingen over kan nemen. Na de faillietverklaring kan hij de transactie aangaan en als hij tijdens de voorbereidingsfase vermoedt dat hij de transactie niet aangaat, moet hij dit kenbaar maken. De beoogd curator handelt niet als ware hij curator. Hij is niet langer dan enkele weken betrokken bij de vennootschap en dient hierbij niet zichtbaar te zijn voor derden. De handelingen die de beoogd curator verricht, zijn louter gebaseerd op consensus; de toekomstig failliet is in deze fase immers nog volledig beheers- en beschikkingsbevoegd. De rol van de beoogd curator is beperkt en heeft een reactieve aard; hij wordt gezien als een *'fly on the wall'* die passief handelt.<sup>125</sup> In de jaren erna is het beeld van de beoogd curator iets verschoven. Er wordt gevonden dat de beoogd curator een bemiddelende rol toekomt, maar dat hij geen oordeel mag geven over de rechtmatigheid van (rechts)handelingen; het is immers aan de curator om dit te doen. Daarnaast moet hij obstakels voor een doorstart opsporen en wegnemen en hiermee de kans op een succesvolle doorstart en de opbrengst daarvan maximaliseren.<sup>126</sup> Er zijn ook auteurs die een nog actievere rol van de beoogd curator voor zich zien. Zij stellen dat de praktijk niet zit te wachten op een ja-en-nee knikkende beoogd curator. Zij zien geen bezwaar tegen een beoogd curator die actief meedenkt en alles doet dat je van een 'normale' curator bij een doorstart zou verwachten. Zij zien de beoogd curator als duizendpoot of als spin in het web.<sup>127</sup> In 2015 is empirisch en theoretisch onderzoek verricht naar de pre-pack. Uit dit onderzoek is gebleken dat de beoogd curator in een aanzienlijk deel van de gevallen actief heeft gehandeld door het voeren van onderhandelingen en/of het benaderen van potentiële kopers.<sup>128</sup>

### 3.2.2 En toen was er... WCO I

Het Wetsvoorstel WCO I voorziet in een wettelijke basis voor de pre-pack. Het wetsvoorstel is thans aangenomen door de Tweede Kamer en is aanhangig bij de Eerste Kamer.<sup>129</sup> De behandeling van WCO I is begin 2017 opgeschort in afwachting van het Smallsteps-arrest.<sup>130</sup> In augustus 2019 berichtte de minister voor Rechtsbescherming dat de Eerste Kamer de behandeling van het Wetsvoorstel WCO I aanhoudt in afwachting van een wettelijke regeling overgang van onderneming in faillissement.<sup>131</sup>

Het Wetsvoorstel WCO I verschaft in enige mate duidelijkheid over de taak van een beoogd curator. Hij wordt aangewezen met het doel om het faillissement in stilte voor te bereiden, zodat de curator bij aanvang van het faillissement goed beslagen ten ijs komt en direct noodzakelijke beslissingen kan nemen. Het abrupt stilvallen van de onderneming wordt hierdoor voorkomen, waardoor de kans op een doorstart, een hogere boedelopbrengst en behoud van werkgelegenheid wordt vergroot.<sup>132</sup> Uit de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel WCO I blijkt dat de beoogd curator zich laat informeren over de onderneming door de toekomstig failliet en in dat kader onder andere de boekhouding en overige relevante financiële informatie bestudeert. Hij brengt het personeelsbestand in kaart en onderzoekt de oorzaken en gevolgen van het aanstaande faillissement. De beoogd curator is geen toezichthouder en hoeft niet alle transacties en (rechts)handelingen van de toekomstig failliet goed te keuren. Wat hij wel moet doen, is kritisch meekijken met het verkoopproces

---

<sup>125</sup> Jongepier & Hoogenboezem, *FIP* 2013/6, p. 196; Loesberg, *TOP* 2013/1, p. 30; Tollenaar, *TvI* 2011/23, paragraaf 6.4; Verstijlen 2014, p. 45; Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 204-205; Beke & Wolterman, *TvI* 2012/31, paragraaf 3.

<sup>126</sup> Tideman, *FIP* 2013/7, p. 236.

<sup>127</sup> Schreurs, *FIP* 2013/8, p. 271-272; Verstijlen deelt deze mening zie Verstijlen, *NJB* 2014/803.

<sup>128</sup> Hurenkamp, *TvI* 2015/20, paragraaf 4.1.

<sup>129</sup> Wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (*Kamerstukken* 2015/16, 34218, A).

<sup>130</sup> Polak & Pannevis 2017, p. 500.

<sup>131</sup> Brief van de minister van Rechtsbescherming van 27 augustus 2019 (*Kamerstukken* 2018/19, 33695 nr. 18).

<sup>132</sup> Nota naar aanleiding van verslag (*Kamerstukken II* 2015/16, 34218, nr. 6), p. 1.

van de onderneming. De beoogd curator moet het verkoopproces van de onderneming van de toekomstig failliet kritisch beoordelen: hij moet erop toezien dat het proces integer is en dat actief wordt gezocht naar potentiële kopers. Om dit te kunnen doen, moet de beoogd curator weten welke partijen in de markt potentiële kopers zijn en wat een reële verkoopprijs is.<sup>133</sup> Daarnaast wijst hij de toekomstig failliet erop als hij beslissingen neemt waardoor de belangen die de beoogd curator behartigt in het gedrang komen.<sup>134</sup> Als de toekomstig failliet zijn koers daarop niet verandert, moet de beoogd curator stappen ondernemen. De beoogd curator gaat ook na welke effecten de doorstart heeft voor de gezamenlijke schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen. De beoogd curator mag een (nog) actievere rol spelen in het voorbereidingstraject als de toekomstig failliet hierom vraagt, maar hij mag zich niet gedragen als adviseur van de toekomstig failliet. Na afloop van de voorbereidingsfase brengt de beoogd curator een verslag uit waarin hij uiteenzet wat zijn bevindingen over die fase zijn en hoe hij heeft gehandeld.

Om zijn taak uit te kunnen voeren is het van belang dat de beoogd curator onafhankelijk opereert en dat hij beschikt over informatie.<sup>135</sup> De beoogd curator hoeft geen aanwijzingen op te volgen van de toekomstig failliet of van schuldeisers.<sup>136</sup> Hiermee wordt zijn onafhankelijkheid gewaarborgd. Om de positie van de beoogd curator te versterken en zijn onafhankelijkheid te waarborgen, kan de rechtbank voorwaarden verbinden aan zijn aanstelling.<sup>137</sup> Na faillietverklaring moet de curator (dit zal in veel gevallen de voormalig beoogd curator zijn) beslissen of hij akkoord gaat met hetgeen is beslist in de voorbereidingsfase.<sup>138</sup>

Het ultieme machtsmiddel van de beoogd curator is de mogelijkheid om zijn aanstelling door de rechtbank te laten intrekken (art. 366 lid 1 sub a Fw (nieuw)).<sup>139</sup> Tijdens de voorbereidingsfase is de beoogd curator volledig afhankelijk van de wil van de toekomstig failliet: als de toekomstig failliet ergens niet mee akkoord gaat, gebeurt het niet. Na faillietverklaring zijn de rollen omgedraaid en is de wil van de curator wet. De toekomstig failliet doet er daarom verstandig aan om zich in de voorbereidingsfase al coöperatief op te stellen en zich in enige mate te gedragen naar de wil van de beoogd curator.<sup>140</sup>

WCO I maakt tot op zekere hoogte een einde aan de heersende onduidelijkheid over de taak van een beoogd curator in de stille voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement. WCO I geeft de beoogd curator een actieve taak. Hoe actief de taak van de beoogd curator is, hangt (deels) af van de wensen van de toekomstig failliet. Hiermee heeft de minister aansluiting gevonden bij de ontwikkeling in de literatuur en in de praktijk: van een passieve beoogd curator die voornamelijk meekijkt, naar een actieve(re) beoogd curator die een belangrijke rol speelt in het verkooptraject.<sup>141</sup>

De Praktijkregels voor de beoogd curator 2015 (hierna: Praktijkregels 2015) gelden als richtsnoer bij het handelen van de beoogd curator. De Praktijkregels 2015 zijn opgesteld door een werkgroep van INSOLAD.<sup>142</sup> De Praktijkregels 2015 hebben, net als de Praktijkregels 2019<sup>143</sup>, niet de status van wet en hebben geen dwingend karakter. De Praktijkregels 2015 bevatten enkel

---

<sup>133</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3 (MvT), p. 18.*

<sup>134</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3 (MvT), p. 17; hij behartigt de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en de schuldenaar (art. 364 lid 1 Fw (nieuw)).*

<sup>135</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3 (MvT), p. 19.*

<sup>136</sup> Zie art. 364 lid 2 Fw (nieuw).

<sup>137</sup> Denk hierbij aan de verplichting voor de toekomstig failliet om akkoord te gaan met de inschakeling van een marktdeskundige, zie *Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3 (MvT), p. 22.*

<sup>138</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3 (MvT), p. 23.*

<sup>139</sup> Of: zijn functie neer te leggen, zie principe 8 Praktijkregels 2015.

<sup>140</sup> Lennarts 2017/22.2.

<sup>141</sup> Schreurs 2015/19.4.1.

<sup>142</sup> Praktijkregels beoogd curator 2015, aanhef 1.4; INSOLAD is de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten.

<sup>143</sup> Praktijkregels voor curatoren 2019, zie paragraaf 2.2.

richtsnoeren.<sup>144</sup> Volgens principe 2 is de beoogd curator onafhankelijk, integer, objectief en vervult hij zijn rol zorgvuldig, vakkundig en doelmatig. Volgens principe 3 is de beoogd curator geen adviseur en bekleedt hij formeel gezien geen positie binnen de onderneming. Hij laat volgens principe 3.2 zich informeren met het oog op zijn toekomstige rol als curator en hij laat zich leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren en houdt rekening met belangen van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid.<sup>145</sup> De Praktijkregels 2015 verwoorden wat ook in de memorie van toelichting is opgenomen.

De rechtspositie van de beoogd curator is tot op heden nog niet uitgekristalliseerd. Het is vooral duidelijk wat hij *niet* is: hij is geen adviseur, geen toezichthouder en hij bekleedt geen functie binnen de onderneming.<sup>146</sup>

### 3.3 De persoonlijke aansprakelijkheid van een beoogd curator

#### 3.3.1 Periode vóór 4 oktober 2019

Voordat de Hoge Raad zich over de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator had uitgelaten, was reeds veel over de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator geschreven. Het gaat hierbij in ieder geval om aansprakelijkheid pro se. De faillissementsboedel kan immers niet aansprakelijk zijn voor de schade die door een derde wordt geleden als gevolg van een onrechtmatige daad van de beoogd curator (aansprakelijkheid qualitate qua), vanwege het feit dat er nog geen faillissementsboedel is op het moment dat de beoogd curator zijn handelingen verricht.<sup>147</sup> Melissen schrijft dat de Maclou-norm voor de beoogd curator niet geldt, omdat hij enkel observator van de onderneming is.<sup>148</sup> Tollenaar vraagt zich af of de feitelijke en beperkte rol van de beoogd curator, toepassing van de Maclou-norm rechtvaardigt. Daarnaast past de Maclou-norm volgens hem niet, omdat deze norm is toegesneden op de taak van een curator en er nog (te) weinig duidelijkheid bestaat over de taak van een curator. Volgens Tollenaar is het algemene leerstuk van aansprakelijkheid bij nalaten passender.<sup>149</sup> Verstijlen noemt ook de Maclou-norm. Volgens hem zegt deze norm op zich niet zo veel en gaat het om de uitwerking ervan. De uitwerking bij de beoogd curator zal verschillen van die van de curator. In sommige gevallen kan het ook zijn dat de aansprakelijkheid van een curator (deels) voortkomt uit de manier waarop hij zijn taken uitvoerde toen hij nog beoogd curator was. De aansprakelijkheid van de curator en beoogd curator lopen dan als het ware in elkaar over. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als de beoogd curator 'zit te slapen' en vervolgens benoemd als curator verkeerde beslissingen neemt.<sup>150</sup> Van Dal, Nuijten en Van Tilburg sluiten ook aan bij de Maclou-norm. Zij stellen dat de norm niet strenger of milder moet worden toegepast bij een beoogd curator. De beoogd curator heeft weliswaar minder taken en bevoegdheden dan een curator in faillissement, maar hij behartigt de belangen van schuldeisers die in de stille voorbereidingsfase niet voor hun eigen belangen op kunnen komen. Dit maakt dat de beoogd curator een grote verantwoordelijkheid heeft.<sup>151</sup> De voornoemde auteurs stellen dat de beoogd curator er daarnaast op moet toezien dat de toekomstig

---

<sup>144</sup> Praktijkregels beoogd curator 2015, aanhef 1.1.

<sup>145</sup> Zie ook Frima, *OR* 2015/48.

<sup>146</sup> Verstijlen, *NJB* 2014/803.

<sup>147</sup> Lennarts 2017/22.4.

<sup>148</sup> Beke & Wolterman, *Tvl* 2012/31, paragraaf 3.

<sup>149</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 206.

<sup>150</sup> Verstijlen, *NJB* 2014/803; Jongepier & Hoogenboezem en Verhoeven delen deze mening, zie Jongepier & Hoogenboezem, *FIP* 2013/6, paragraaf 9 en Verhoeven, *TAV* 2016/31.

<sup>151</sup> Van Dal, Nuijten & Van Tilburg 2016/II.5.4.1.

failliet de Beklamel-norm<sup>152</sup> niet schendt.<sup>153</sup> Lennarts noemt de Maclou-norm en de beoogd curator 'geen natural fit'. Zij voert hiertoe aan dat de beoogd curator geen bevoegdheden heeft ten aanzien van het vermogen van de toekomstig failliet, omdat de toekomstig failliet zelf nog volledig beheers- en beschikkingsbevoegd is. Het bestuur van de toekomstig failliet is tijdens de stille voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement verantwoordelijk voor beslissingen die het vermogen van de toekomstig failliet raken. Lennarts stelt dat de Maclou-norm aansluit bij de curator die onder tijdsdruk een boedel moet afwikkelen. De beoogd curator hoeft geen boedel af te wikkelen en er is wel sprake van tijdsdruk, maar beslissingen die het vermogen van de toekomstig failliet raken worden nog genomen door het bestuur van de toekomstig failliet. Daarom acht Lennarts de Maclou-norm niet passend voor beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator.<sup>154</sup>

### 3.3.2 HR 4 oktober 2019

Uit de vorige paragraaf blijkt dat auteurs hebben nagedacht over hoe omgegaan zou moeten worden met de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator. Tot 4 oktober 2019 had de Hoge Raad zich hier niet over uitgelaten, waardoor nog onduidelijk was hoe de Hoge Raad de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator zou beoordelen. Op 4 oktober 2019 wees de Hoge Raad twee arresten over de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator.<sup>155</sup> De zaken hangen met elkaar samen. De feiten van beide zaken verschillen, maar het oordeel van de Hoge Raad is in beide zaken gelijklopend. De feiten van beide zaken komen grotendeels overeen. De zaken gaan over het Ruwaard van Puttenziekenhuis. Eiser<sup>156</sup> is medisch specialist voor urologie. Hij oefende zijn praktijk sinds 1991 uit in het Ruwaard van Puttenziekenhuis. Het Ruwaard van Puttenziekenhuis is op 24 juni 2013 failliet verklaard. Aan het faillissement is een pre-pack voorafgegaan. Op 24 juni 2013 hebben de curatoren overeenstemming bereikt met het Spijkenisse Medisch Centrum B.V. (hierna: SMC) i.o. over een doorstart. Eiser heeft een arbeidsovereenkomst aangeboden gekregen bij het SMC voor de duur van zes maanden. Na afloop van deze overeenkomst is eiser geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden.<sup>157</sup> Eiser vordert dat curatoren persoonlijk worden veroordeeld tot betaling van ruim € 1,7 miljoen wegens onrechtmatig handelen tijdens de pre-pack en daarna.<sup>158</sup> Het hof oordeelt dat de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator de Maclou-norm is. In onderhavig geval hebben de curatoren niet in strijd met deze norm gehandeld.<sup>159</sup>

Advocaat-generaal Rank-Berenschot stelt in haar conclusie dat de bijzondere kenmerken van de taak van de curator in belangrijke mate ook gelden voor de taak van de beoogd curator. De beoogd curator treedt, net als de curator, niet op als beoefenaar van het beroep van advocaat en de beoogd curator heeft geen contractuele betrekking met degenen (de gezamenlijke schuldeisers) wier belangen hem zijn toevertrouwd. Ook de beoogd curator moet uiteenlopende en soms tegenstrijdige belangen

---

<sup>152</sup> Bestuurdersaansprakelijkheid wegens bieden van geen verhaal aan schuldeisers volgens HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AB9521 (*Beklamel*).

<sup>153</sup> Verstijlen, *NJB* 2014/803; Jongepier & Hoogenboezem, *FIP* 2013/6, paragraaf 9; Verhoeven, *TAV* 2016/31; Van Dal, Nuijten & Van Tilburg 2016/II.5.4.2.

<sup>154</sup> Lennarts 2017/22.4.

<sup>155</sup> HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494.

<sup>156</sup> In het kader van de omvang van dit onderzoek worden slechts de feiten van HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492 (die zoals gezegd grotendeels overeenkomen met de feiten uit HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494) weergegeven.

<sup>157</sup> HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, r.o. 2.1.

<sup>158</sup> HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, r.o. 2.2.

<sup>159</sup> HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, r.o. 2.4.2-2.4.3.

behartigen, waaronder belangen van maatschappelijke aard en hij staat hierbij vaak onder tijdsdruk.<sup>160</sup> Het ligt volgens de advocaat-generaal voor de hand om voor de aansprakelijkheid van de beoogd curator aan te sluiten bij de Maclou-norm, omdat de beoogd curator en de curator dienen te handelen vanuit hetzelfde perspectief. Ook op het moment dat de curator tevens beoogd curator is geweest, dient de beoordeling van diens persoonlijke aansprakelijkheid te geschieden aan de hand van de Maclou-norm. Het feit dat de curator eerder betrokken is geweest als beoogd curator, is wel een omstandigheid die moet worden betrokken bij de concrete toepassing van de Maclou-norm.<sup>161</sup> De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Hoge Raad oordeelt dat de positie en taken van een beoogd curator worden bepaald door de opdracht van de rechter die de beoogd curator aanwijst en door de aanwijzingen van de beoogd rechter-commissaris. Daarnaast komt betekenis toe aan de Praktijkregels. De werkzaamheden van de beoogd curator dienen ter voorbereiding van een voortvarende en efficiënte afwikkeling van het aanstaande faillissement. De beoogd curator moet zich laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en daarbij tevens rekening moet houden met maatschappelijke belangen, zoals werkgelegenheid.<sup>162</sup> De Hoge Raad oordeelt dat voor de beoordeling van het handelen van een beoogd curator aansluiting moet worden gezocht bij de Maclou-norm.<sup>163</sup> De beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator dient te geschieden aan de hand van de Maclou-norm, ook als hij voorafgaand aan het faillissement als beoogd curator van de schuldenaar is opgetreden. In een dergelijk geval komt betekenis toe aan hetgeen de curator in de fase voorafgaand aan het faillissement als curator heeft gedaan of nagelaten.<sup>164</sup> De Hoge Raad oordeelt in lijn met de conclusie van de advocaat-generaal en verwerpt het cassatieberoep, waarmee de curatoren niet aansprakelijk zijn gehouden voor hun handelen tijdens en voorafgaand aan het faillissement.<sup>165</sup>

In de literatuur is het arrest positief ontvangen. Mulder, Verstijlen en Karapetian noemen in hun annotaties alle drie dat de Hoge Raad de voor de hand liggende beslissing heeft genomen door de Maclou-norm van toepassing te verklaren op de beoordeling van persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator.<sup>166</sup> Mulder stelt dat de beoogd curator niet snel gebonden zal zijn aan regels<sup>167</sup>, omdat er weinig specifieke regels zijn waar de beoogd curator zich aan dient te houden wegens het gebrek aan een wettelijke regeling van de pre-pack. Enkel de opdracht van de rechtbank en de aanwijzing(en) van de beoogd rechter-commissaris kunnen kwalificeren als regels. Hoe specifieker de aanwijzing van de beoogd rechter-commissaris, hoe groter de kans is dat de beoogd curator aansprakelijk wordt gehouden als hij in strijd met deze aanwijzing handelt.<sup>168</sup> Verstijlen noemt in zijn annotatie een verschil tussen de beoogd curator en de curator. Zo schrijft de wet voor wat de taak van de curator is, terwijl dat voor de beoogd curator niet het geval is. De taak van de beoogd curator wordt bepaald door de rechtbank die hem aanwijst en kan verder ingevuld worden door de aanwijzing(en)

---

<sup>160</sup> Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2019:557, bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492 en Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2019:558, bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, overweging 2.24.

<sup>161</sup> Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2019:557, bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492 en Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2019:558, bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, overweging 2.29.

<sup>162</sup> HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, r.o. 3.2.2.

<sup>163</sup> HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, r.o. 3.2.3.

<sup>164</sup> HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, r.o. 3.2.4.

<sup>165</sup> HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, r.o. 4.

<sup>166</sup> Mulder, *JOR* 2019/269, overweging 7; Verstijlen, *NJ* 2019/461, overweging 9; Karapetian, *TvI* 2020/18, paragraaf 1.

<sup>167</sup> Zoals besproken in paragraaf 2.3.2.

<sup>168</sup> Mulder, *JOR* 2019/269, overweging 8.

van de beoogd rechter-commissaris.<sup>169</sup> Daarnaast stelt hij dat de overeenkomst die in de praktijk wordt gesloten tussen de toekomstig failliet en de beoogd curator in het arrest schittert door afwezigheid. Volgens Verstijlen is de overeenkomst van enig belang voor de positie van de beoogd curator, al is het maar vanwege het feit dat de salariëring van de beoogd curator in deze overeenkomst wordt geregeld.<sup>170</sup> Dat Verstijlen het eens is met het feit dat voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator aansluiting wordt gezocht bij de Maclou-norm verrast niet; hij pleitte immers in 2014 al voor toepassing van de Maclou-norm.<sup>171</sup> Karapetian noemt in haar annotatie dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat voor de invulling van de positie en taken van de beoogd curator betekenis toekomt aan de Praktijkregels 2015. Volgens haar krijgen de Praktijkregels 2015 hiermee een explicietere plaats bij de invulling van de positie en het takenpakket van de beoogd curator dan op dit moment geldt voor de Praktijkregels 2019 voor curatoren, omdat de laatste nog niet zijn aangemerkt als nadere invulling van de zorgvuldigheidsnorm door (lagere) rechtspraak.<sup>172</sup> Ze stelt voorts dat niet uit het arrest blijkt of bij de aansprakelijkheid van de beoogd curator terughoudendheid voorstaat, maar dat dit wel voortvloeit uit de Maclou-norm. Hetzelfde geldt voor het vereiste dat de beoogd curator een persoonlijk verwijt moet worden kunnen gemaakt. Karapetian concludeert dat aannemelijk is dat de Hoge Raad de aansprakelijkheid van de beoogd curator terughoudend toetst en dat de beoogd curator een persoonlijk verwijt moet worden kunnen gemaakt van zijn handelen.<sup>173</sup>

### 3.4 Conclusie

Over de taak van de beoogd curator is veel geschreven. Langzaamaan is de visie over de taak van de beoogd curator verschoven van een passieve *'fly on the wall'* naar een actieve 'spin in het web'. Er wordt gevonden dat de beoogd curator een bemiddelende rol toekomt en dat hij obstakels voor een doorstart moet opsporen en wegnemen om hiermee de kans op een succesvolle doorstart en de opbrengst hiervan te maximaliseren. Uit onderzoek is gebleken dat de beoogd curator zich in veel gevallen actief opstelt door het voeren van onderhandelingen en/of het benaderen van potentiële kopers. WCO I geeft de beoogd curator een actieve rol tijdens de pre-pack. De Praktijkregels 2015 geven de beoogd curator een richtsnoer bij zijn handelen. De Hoge Raad heeft op 4 oktober 2019 geoordeeld dat de positie en taken van een beoogd curator worden bepaald door de opdracht van de rechter die de beoogd curator aanwijst en door aanwijzingen van de beoogd rechter-commissaris. Voordat de Hoge Raad zich uit had gelaten over de persoonlijke aansprakelijkheid van een beoogd curator, was de heersende opvatting in de literatuur dat het beste aansluiting kon worden gezocht bij de Maclou-norm. In het arrest van 4 oktober 2019 oordeelde Hoge Raad in zijn arrest, in overeenstemming met de opvatting in de literatuur, dat de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van een beoogd curator de Maclou-norm is.

---

<sup>169</sup> Verstijlen, *NJ* 2019/461, overweging 5; hij is overigens kritisch op het feit dat beoogd rechter-commissarissen aanwijzingen geven, omdat rechter-commissarissen geen instructiebevoegdheid hebben en het Wetsvoorstel WCO I ook niet voorziet in een instructiebevoegdheid van de beoogd rechter-commissaris.

<sup>170</sup> Verstijlen, *NJ* 2019/461, overweging 8.

<sup>171</sup> Verstijlen, *NJ* 2019/461, overweging 9; Verstijlen, *NJB* 2014/803.

<sup>172</sup> Karapetian, *TvJ* 2020/18, paragraaf 3.1.

<sup>173</sup> Karapetian, *TvJ* 2020/18, paragraaf 3.2.



## 4 Interne rechtsvergelijking curator en beoogd curator

In dit hoofdstuk staat de interne rechtsvergelijking tussen de curator en de beoogd curator centraal. In voorgaande hoofdstukken zijn de taak, functie en maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid voor zowel de curator als de beoogd curator besproken. De uitkomsten van die hoofdstukken worden in dit hoofdstuk met elkaar vergeleken. Vervolgens volgt een betoog over de verhouding tussen de rechtsvergelijking en het arrest van 4 oktober 2019.

### 4.1 Vergelijking van de taak en functie van een curator en een beoogd curator

Het eerste verschil tussen de curator en de beoogd curator is de fase van (of voor) het faillissement waarin wordt geopereerd. De taak van de curator vangt aan op het moment van faillietverklaring (art. 14 Fw). De beoogd curator opereert juist in de fase voorafgaand aan het faillissement. Zijn taak begint na informele aanwijzing door de rechtbank op verzoek van de toekomstig failliet.

Het tweede verschil is dat de strekking van de werkzaamheden gericht is op een ander doel. De beoogd curator houdt zich in de periode voorafgaand aan het faillissement vaak bezig met het voorbereiden van een doorstart.<sup>174</sup> Hij bereidt de doorstart in stilte voor met het doel de doorstart na de faillietverklaring zo efficiënt mogelijk te laten verlopen. De curator wikkelt het faillissement af door middel van beheer en vereffening van de failliete boedel (art. 68 Fw).

Het derde verschil tussen beiden is het al dan niet onder toezicht staan van de rechter-commissaris. De curator staat bij het afwickelen van de faillissementsboedel onder toezicht van de rechter-commissaris (art. 64 Fw). De beoogd curator staat niet officieel onder toezicht van een rechter-commissaris.<sup>175</sup> De rechtbank wijst bij aanwijzing van de beoogd curator wel een beoogd rechter-commissaris aan, die later in zijn hoedanigheid van rechter-commissaris tijdens het faillissement toestemming moet geven voor de voorafgaand aan het faillissement voorbereide doorstart. Op die manier is de beoogd rechter-commissaris op informele wijze betrokken tijdens de pre-pack.

Het vierde verschil tussen beiden is het al dan niet hebben van wettelijke bevoegdheden. De curator kan bij het uitvoeren van zijn taak gebruikmaken van een groot aantal wettelijke bevoegdheden.<sup>176</sup> De beoogd curator heeft vanwege het gebrek aan een wettelijke regeling geen wettelijke bevoegdheden.<sup>177</sup> Wel komt voor de beoogd curator betekenis toe aan de Praktijkregels 2015.

Het vijfde verschil ziet op de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de (toekomstig) failliet. De curator neemt het beheer over de vennootschap over en hij wordt volledig beschikkingsbevoegd. De gefailleerde verliest zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheid door de faillietverklaring (art. 23 Fw). Daaruit volgt dat de toekomstig failliet gedurende de pre-pack, als het faillissement nog niet is uitgesproken, zelf nog beheers- en beschikkingsbevoegd is. De beoogd curator kan niet handelen tegen de wil van de toekomstig failliet in. Dit maakt dat de beoogd curator afhankelijk is van de wil van de toekomstig failliet, waar de gefailleerde afhankelijk is van de wil van de curator.

Het zesde verschil is de openbaarheid van het faillissement en het gebrek aan openbaarheid van de pre-pack. Faillissementen worden daags na de faillietverklaring gepubliceerd in de Staatscourant, waardoor voor alle betrokkenen duidelijk is, of kan zijn, dat de vennootschap failliet verklaard is. Bij de pre-pack ligt dat anders. De rechtbank die de beoogd curator heeft aangewezen, de aangewezen

---

<sup>174</sup> Een stille bewindvoerder kan ook aangewezen worden om de schuldenaar te begeleiden bij zijn omgang met schuldeisers en om regelingen te treffen voor zijn schulden, zie Faber 2008, p. 601.

<sup>175</sup> Dit wijzigt als het Wetsvoorstel WCO I in werking treedt, zie art. 365 lid 2 Fw (nieuw).

<sup>176</sup> Zoals besproken in hoofdstuk 2.

<sup>177</sup> Ook als het Wetsvoorstel WCO I in werking treedt, heeft de beoogd curator geen wettelijke bevoegdheden.

beoogd curator en de aangewezen beoogd rechter-commissaris en (het bestuur van) de toekomstig failliet zijn op de hoogte van het naderende faillissement en het onderzoek naar een mogelijke doorstart. Verder zijn schuldeisers en andere stakeholders alleen van de pre-pack op de hoogte als zij door de toekomstig failliet geïnformeerd worden. Hierdoor kunnen schuldeisers tijdens de voorbereidingsfase niet op dezelfde wijze voor hun belangen opkomen als tijdens het faillissement.<sup>178</sup> De curator behartigt de belangen van de gezamenlijke schuldeisers onder toezicht oog van de schuldeisers, terwijl de beoogd curator de belangen moet behartigen zonder dat de schuldeisers op de hoogte zijn van het naderende faillissement.<sup>179</sup>

De beoogd curator speelt een belangrijke rol in de behartiging van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>180</sup> De curator en de beoogd curator moeten zich beiden laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en belangen van maatschappelijke aard.<sup>181</sup> De curator en de beoogd curator moeten bij hun handelen wel dezelfde grondbeginselen in acht nemen: objectiviteit, onafhankelijkheid en integriteit.<sup>182</sup>

De Faillissementswet schrijft nauwkeurig voor wat de taken van een curator zijn en welke bevoegdheden hij heeft om zijn taken uit te voeren. De wet vereist een zeer actieve houding bij de afwikkeling van het faillissement. Hoewel van de beoogd curator een minder actieve opstelling wordt verlangd, zien we dat met de verdere ontwikkeling van de pre-pack ook een steeds actievere opstelling van de beoogd curator wordt verlangd.

	<b>Curator</b>	<b>Beoogd curator</b>
<b>Fase faillissement</b>	Vanaf faillietverklaring (art. 14 Fw)	Voorafgaand aan faillietverklaring
<b>Doel strekking werkzaamheden</b>	Beheer en vereffening failliete boedel (art. 68)	Vorbereiden doorstart
<b>Toezicht</b>	Toezicht r-c (art. 64 Fw)	Geen officieel toezicht, wel betrokkenheid beoogd r-c
<b>Wettelijke bevoegdheden</b>	Wel	Geen
<b>Beheers- en beschikkingsbevoegdheid</b>	Curator beheers- en beschikkingsbevoegd	Toekomstig failliet beheers- en beschikkingsbevoegd
<b>Openbaarheid</b>	Curator handelt openbaar; faillissement is openbaar	Beoogd curator handelt niet in het openbaar
<b>Behartigen belangen schuldeisers</b>	Schuldeisers kunnen opkomen voor hun eigen belangen	Beoogd curator moet belangen van schuldeisers behartigen zonder dat zij op de hoogte zijn van het naderende faillissement

**Figuur 1.** Verschillen in taak en functie van de curator en de beoogd curator

<sup>178</sup> In een faillissement kunnen schuldeisers opkomen tegen elke handeling van de curator (art. 69 Fw) en de belangen van schuldeisers kunnen worden behartigd door een schuldeiserscommissie (art. 74 en 75 Fw).

<sup>179</sup> Zie voetnoot 178; deze wettelijke bepalingen gelden niet voor de beoogd curator.

<sup>180</sup> Volgens principe 3.2 Praktijkregels beoogd curator 2015 laat de beoogd curator zich leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren.

<sup>181</sup> Volgens respectievelijk HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801, r.o. 4.2.5 en principe 3.2 Praktijkregels beoogd curator 2015.

<sup>182</sup> Zie principe 1.1 Praktijkregels voor curatoren 2019 en principe 2 Praktijkregels beoogd curator 2015.

## 4.2 Vergelijking van de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van een curator en een beoogd curator

Voor zowel de curator als de beoogd curator geldt dat de Hoge Raad de maatstaf waaraan de eventuele persoonlijke aansprakelijkheid wordt getoetst, heeft vastgesteld in arrest(en). De maatstaf voor de curator is uitgekristalliseerd in uitgebreide jurisprudentie en voor de beoogd curator heeft de Hoge Raad voor het eerst een maatstaf geformuleerd in het arrest van 4 oktober 2019 en heeft daarbij aansluiting gezocht bij de norm die geldt voor de curator.<sup>183</sup> De maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator is voor het eerst vastgesteld in het Maclou-arrest.<sup>184</sup> De curator moet bij zijn handelen de volgende zorgvuldigheidsnorm in acht nemen: '(...) de 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.'<sup>185</sup> De zorgvuldigheidsnorm die de Hoge Raad voor het handelen van een beoogd curator heeft vastgesteld is zo goed als gelijklopend.<sup>186</sup>

Het volgende arrest waarin is geoordeeld over de persoonlijke aansprakelijkheid is het arrest *Prakke/Gips*. Uit dit arrest volgt dat de curator bij zijn handelen een grote mate van vrijheid toekomt, voor zover hij niet gebonden is aan regels. De Hoge Raad heeft in dit arrest ook geoordeeld dat de zorgvuldigheidsnorm uit *Maclou* terughoudend moet worden getoetst: de curator moet een persoonlijk verwijt kunnen worden gemaakt van zijn handelen.<sup>187</sup> In het arrest van 4 oktober 2019 oordeelt de Hoge Raad niet expliciet dat de rechtsregel uit *Prakke/Gips*<sup>188</sup> ook geldt voor de beoogd curator. In een voetnoot verwijst de Hoge Raad wel naar het arrest, maar het is niet duidelijk of de Hoge Raad met de verwijzing die rechtsregel van toepassing acht op het handelen van de beoogd curator.<sup>189</sup> Er is mijns inziens echter geen reden om aan te nemen dat de rechtsregel uit *Prakke/Gips* niet geldt voor de beoogd curator. De opdracht van de rechtbank of een aanwijzing van de beoogd curator kan namelijk zo specifiek zijn dat die aangemerkt moet worden als regel, waarbij schending van die regel persoonlijke aansprakelijkheid voor geleden schade rechtvaardigt. Daarnaast heeft het hof in tweede aanleg overwogen dat de omstandigheid dat de rechtbank het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers en het beperken van maatschappelijke schade als doel van de pre-pack heeft aangemerkt, een specifieke regel is.<sup>190</sup> Tegen deze overweging is geen cassatieberoep ingesteld, waardoor de Hoge Raad niet in is gegaan op deze overweging. Daardoor is niet duidelijk of de Hoge Raad van oordeel is dat de overweging al dan niet gebaseerd is op een onjuiste rechtsopvatting van het hof.

De volgende arresten waarin de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator verder is uitgewerkt, zijn de arresten *Rabobank/Verdonk q.q.* en HR 11 november 2018.<sup>191</sup> In beide arresten ging het om schending van een regel. In het arrest *Rabobank/Verdonk q.q.* had de curator de regels uit

---

<sup>183</sup> HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*); HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65 (*Prakke/Gips*); HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199 (*Rabobank/Verdonk q.q.*); HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494.

<sup>184</sup> HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*).

<sup>185</sup> HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*), r.o. 3.6.

<sup>186</sup> HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494; vervang 'curator' door 'beoogd curator'.

<sup>187</sup> HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65 (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.2-3.4.3.

<sup>188</sup> Zie voor een uitgebreide uiteenzetting over dit arrest en de verhouding tussen *Maclou* en gebondenheid aan regels paragraaf 2.3.2.

<sup>189</sup> HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492; HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494., voetnoot 4.

<sup>190</sup> Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3386, *JOR* 2018/80, m.nt. D.M. van Geel, r.o. 2.9; Van Geel vindt de formulering van het Hof zo ruim, dat het volgens hem geen specifieke regel kan betreffen, zie zijn annotatie bij dit arrest, paragraaf 2.

<sup>191</sup> HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199 (*Rabobank/Verdonk q.q.*); HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067.

Ontvanger/Hamm q.q. omtrent de inning van stil verpande vorderingen geschonden.<sup>192</sup> In het arrest van 11 november 2018 werd een voortdurende verplichting tot nalaten aangemerkt als regel.<sup>193</sup> De Hoge Raad oordeelde in beide arresten dat voor zover de curator gebonden is aan regels, zoals bedoeld in Prakke/Gips, hem geen beleidsvrijheid toekomt.<sup>194</sup> Zowel de rechtbank als het hof als de Hoge Raad hebben de arresten Rabobank/Verdonk q.q. en HR 11 november 2018 niet genoemd in de procedure die heeft geleid tot het arrest van 4 oktober 2019. Door het wezenlijke verschil in de positie van de beoogd curator ten opzichte van de positie van de curator, is de beoogd curator niet in de positie om een dergelijke contractuele bepaling wel of niet na te komen of om regels omtrent de inning van stil verpande vorderingen te schenden. De toekomstig failliet is in de periode voorafgaand aan het faillissement immers zelf nog verantwoordelijk voor het nakomen van contractuele verplichtingen en de beoogd curator is niet bevoegd tot het innen van stil verpande vorderingen. Het is daarom begrijpelijk dat de rechtsregels uit de voornoemde arresten door de Hoge Raad niet van toepassing zijn verklaard op de beoogd curator.

Waar de beoogd curator en de curator voor moeten waken is dat de Beklamel-norm<sup>195</sup> niet wordt geschonden door de bestuurder van de (toekomstig) failliet. Deze norm ziet op bestuurdersaansprakelijkheid wegens het aangaan van een overeenkomst, indien redelijkerwijze te voorzien is dat de vennootschap niet aan haar verplichtingen uit die overeenkomst kan voldoen en geen verhaal biedt. Als de bestuurder bij het aangaan van een overeenkomst weet of behoort te begrijpen dat de vordering onbetaald blijft en onverhaalbaar blijkt en de schuldeiser van de vennootschap als gevolg van zijn handelen schade lijdt, kan de bestuurder persoonlijke aansprakelijk gehouden worden.<sup>196</sup> Schending van deze norm werkt verschillend voor de beoogd curator en de curator. De curator kan de onderneming voortzetten en verbintenissen aangaan. Hij gaat daarmee op de stoel van de bestuurder zitten.<sup>197</sup> De curator die de onderneming voortzet en in dat kader ongedekte boedelschulden aangaat, kan persoonlijk aansprakelijk zijn voor de schade die de schuldeiser dientengevolge lijdt. De curator handelt in dat geval namelijk in strijd met de Maclou-norm.<sup>198</sup> Schending van de Beklamel-norm kan niet op dezelfde wijze werken voor de beoogd curator, omdat hij in die hoedanigheid geen verbintenissen namens de toekomstig failliet aan kan gaan. De toekomstig failliet is immers zelf nog beheers- en beschikkingsbevoegd.<sup>199</sup> De heersende opvatting in de literatuur is dat de beoogd curator wel de taak heeft om te voorkomen dat deze norm in de voorbereidingsfase door het bestuur van de toekomstig failliet geschonden wordt.<sup>200</sup> Het is aan de beoogd curator erop te letten dat het bestuur van de toekomstig failliet de Beklamel-norm niet schendt en het bestuur erop aan te spreken als het de norm lijkt te gaan schenden. Meer dan dat kan hij, wegens het gebrek aan wettelijke bevoegdheden, niet doen. Als hij het echter nalaat om het bestuur hierop aan te spreken, loopt hij mijns inziens het risico aansprakelijk te worden gehouden voor de geleden schade.<sup>201</sup> Schending van deze norm speelde overigens niet in het arrest van 4 oktober

---

<sup>192</sup> HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199 (*Rabobank/Verdonk q.q.*), r.o. 3.2.1.

<sup>193</sup> Het betrof een schending van het contractuele verbod op onderhuur van een winkelruimte; HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, r.o. 3.5.3.

<sup>194</sup> HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199 (*Rabobank/Verdonk q.q.*), r.o. 3.3.5; HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, r.o. 3.5.2.

<sup>195</sup> HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AB9521 (*Beklamel*).

<sup>196</sup> Tenzij hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt van de benadeling; HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, r.o. 4.3.

<sup>197</sup> Zie voor meer hierover paragraaf 2.3.3.

<sup>198</sup> Verstijlen 1998, p. 294-298.

<sup>199</sup> Verstijlen, *NJB* 2014/803.

<sup>200</sup> Verstijlen, *NJB* 2014/803; Jongepier & Hoogenboezem, *FIP* 2013/6, paragraaf 9; Verhoeven, *TAV* 2016/31; Van Dal, Nuijten & Van Tilburg 2016/II.5.4.2.

<sup>201</sup> De Kloe, *MvO* 2020, p. 35.

2019, waardoor de Hoge Raad zich nog niet heeft uitgelaten over persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator in het kader van schending van de Beklamel-norm.

#### 4.3 De uitkomst van de rechtsvergelijking in het licht van het arrest van 4 oktober 2019

Dat de Hoge Raad de Maclou-norm als uitgangspunt heeft genomen bij het formuleren voor een maatstaf voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator verrast niet. De Hoge Raad heeft daartoe aangevoerd dat, bij gebreke van een wettelijke regeling, de taken en positie van de beoogd curator in eerste plaats worden bepaald door de opdracht van de rechter die de beoogd curator aanwijst en door eventuele aanwijzingen van de beoogd curator en dat daarbij betekenis toekomt aan de Praktijkregels 2015. Daarnaast oordeelt de Hoge Raad dat van belang is dat de werkzaamheden van de beoogd curator dienen ter voorbereiding van een voortvarende en efficiënte afwikkeling van het op de pre-pack volgende faillissement. Hieruit volgt dat de beoogd curator zich net als de curator moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en daarbij rekening moet houden met maatschappelijke belangen. Het ligt volgens de Hoge Raad in lijn met het voorgaande om voor beoordeling van persoonlijke aansprakelijkheid aansluiting te zoeken bij de Maclou-norm.

Het oordeel van de Hoge Raad is mijns inziens het voor de hand liggende oordeel. Hoewel de taak van de curator verschilt van die van de beoogd curator, verrichten zij hun werkzaamheden beiden ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en moeten ze rekening houden met belangen van maatschappelijke aard. Ze handelen dus vanuit hetzelfde perspectief. Het ligt dan voor de hand om de wijze waarop ze dat hebben gedaan langs dezelfde lat te leggen. Bovendien staat de taak van de beoogd curator in belangrijke mate in het teken van zijn te verwachten rol van curator. Zo oordeelde de Hoge Raad: '(...) dat de werkzaamheden van de beoogd curator dienen ter voorbereiding van een voortvarende en efficiënte afwikkeling van het op de pre-pack volgende faillissement'. In het licht daarvan zou het niet logisch zijn als het handelen van de beoogd curator, dat dient ter voorbereiding van zijn taak als curator, langs een andere maatstaf beoordeeld zou worden. Daarnaast is toepassing van de Maclou-norm logisch, gelet op de ontwikkeling van de rol van de beoogd curator van wie met de verdere ontwikkeling van de pre-pack een steeds actievere opstelling wordt verwacht.

Het maakt hierbij niet uit dat de concrete invulling van de taak van de beoogd curator en diens positie verschillen van die van de curator. Bij toepassing van de Maclou-norm is voldoende ruimte om de verschillen tussen beiden tot hun recht te laten komen. De open norm van Maclou zegt immers niet veel over de toepassing van de norm in een concreet geval; of een (beoogd) curator aansprakelijk gehouden wordt, hangt af van de omstandigheden van het geval. De verschillen kunnen, geformuleerd als gezichtspunten, gebruikt worden bij toepassing van de Maclou-norm op het handelen van een beoogd curator in een concreet geval.<sup>202</sup>

Het eerste gezichtspunt dat geformuleerd kan worden ziet op de wettelijke bevoegdheden. Hoewel de curator en de beoogd curator dezelfde belangen in acht moeten nemen bij hun handelen, is de manier waarop ze dit kunnen, of moeten, doen verschillend. Het brede scala aan wettelijke bevoegdheden dat de curator voor handen heeft, heeft de beoogd curator niet. De beoogd curator kan niet aansprakelijk worden gehouden voor gebrekkig gebruik van zijn wettelijke bevoegdheden, omdat hij die niet heeft. De Praktijkregels 2015 geven wel enkele richtsnoeren omtrent de taakuitoefening van de beoogd curator. Het in strijd met richtsnoeren uit de Praktijkregels 2015

---

<sup>202</sup> Het maakt voor de gezichtspunten uit deze paragraaf niet uit of de beoogd curator en de curator dezelfde natuurlijke persoon zijn of dat het verschillende personen zijn.

handelen kan een relevante omstandigheid zijn bij de invulling van de Maclou-norm.<sup>203</sup> Denk hierbij bijvoorbeeld aan de bepalingen over concurrentievervalsing en marktverkenning (principe 5 Praktijkregels 2015).

Het tweede gezichtspunt is het gebrek aan beheers- en beschikkingsbevoegd van de beoogd curator ten aanzien van de toekomstig failliet. De curator is volledig beheers- en beschikkingsbevoegd en neemt daardoor de regie over de gefailleerde over van het bestuur. Dat zorgt ervoor dat hij beslissingen over het vermogen van de gefailleerde kan nemen, die gunstig zijn voor de gezamenlijke schuldeisers. Als de curator hierin tekort schiet, kan dat een omstandigheid zijn die zijn persoonlijke aansprakelijkheid rechtvaardigt. De beoogd curator verkeert in een andere positie. De toekomstig failliet is nog beheers- en beschikkingsbevoegd. De beoogd curator is daardoor niet in de gelegenheid beslissingen te nemen die het vermogen van de toekomstig failliet raken; het bestuur van de toekomstig failliet is nog bevoegd om te dit te doen. Het kan de beoogd curator vanzelfsprekend niet kwalijk genomen worden dat hij weinig mogelijkheden tot ingrijpen heeft. Wat hem wel kwalijk genomen kan worden, is als hij opmerkt dat de toekomstig failliet handelt in strijd met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en daar geen actie op onderneemt.<sup>204</sup> Als de beoogd curator bezwaren heeft tegen de gang van zaken binnen de onderneming van de toekomstig failliet of als de toekomstig failliet niet instemt met de door de beoogd curator gegeven aanwijzingen, kan de beoogd curator zijn bezwaren uitspreken of zijn functie neerleggen.<sup>205</sup>

Het derde gezichtspunt ziet op de mate van betrokkenheid van de beoogd rechter-commissaris. De curator staat, in tegenstelling tot de beoogd curator, onder toezicht van een rechter-commissaris (art. 64 Fw). De curator heeft aan de rechter-commissaris een sparringpartner die hem kan ondersteunen bij het nemen van beslissingen. Daar komt bij dat de curator voor ingrijpende beslissingen, zoals de verkoop van bedrijfsonderdelen, machtiging nodig heeft van de rechter-commissaris (art. 68 lid 3 Fw). Handelt de curator in strijd met een machtiging van de rechter-commissaris, dan kan dat persoonlijke aansprakelijkheid voor geleden schade rechtvaardigen. Voor de beoogd curator geldt iets dat erop lijkt, doch verschillend is. Tijdens de voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement staat de beoogd curator niet onder toezicht. Ook mist hij de bevoegdheid om ingrijpende beslissingen te nemen. Wel kan de beoogd rechter-commissaris aanwijzingen geven aan de beoogd curator. Legt de beoogd curator deze aanwijzingen naast zich neer, kan dit ofwel schending van een regel in de zin van Prakke/Gips zijn (indien de aanwijzing specifiek genoeg is) ofwel een omstandigheid zijn die meegenomen moet worden bij de invulling van de Maclou-norm. Onthoudt de beoogd rechter-commissaris zich van een aanwijzing, is ook dat een omstandigheid die mee kan spelen bij de invulling van de Maclou-norm.

Het vierde gezichtspunt ziet op (het gebrek aan) transparantie en (het gebrek aan) betrokkenheid van schuldeisers tijdens de voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement. De voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement is, in tegenstelling tot het faillissement, niet openbaar. Dat wil zeggen dat de schuldeisers – tenzij zij betrokken worden bij de voorbereiding van de doorstart – niet op de hoogte zijn van het naderende faillissement. De beoogd curator moet de belangen van de gezamenlijke schuldeisers behartigen in een fase waarin zijzelf niet voor hun belangen op kunnen komen. De schuldeisers moeten erop vertrouwen dat de beoogd curator handelt indien de toekomstig failliet een koers kiest die niet in het belang van de schuldeisers is. Hierdoor rust op de beoogd curator volgens de wetgever een grotere verantwoordelijkheid om ervoor te waken dat de

---

<sup>203</sup> De Hoge Raad benoemt de Praktijkregels 2015 zelf ook in HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:1492 en HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:1494, r.o. 3.2.2.

<sup>204</sup> Hieronder valt wat mij betreft bijvoorbeeld persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator wegens schending van de Beklamel-norm door het bestuur.

<sup>205</sup> Zie voor het neerleggen van zijn functie Praktijkregels 2015 principe 3 en 8; als het Wetsvoorstel WCO I in werking treedt geldt hiervoor art. 366 lid 1 sub a Fw (nieuw).

belangen van de schuldeisers niet worden geschonden dan op de curator tijdens het faillissement.<sup>206</sup> Tijdens het faillissement kunnen schuldeisers immers wel opkomen voor hun eigen belangen.<sup>207</sup> Dit maakt het schenden van de belangen van de schuldeisers een belangrijke omstandigheid die mee moet wegen bij invulling van de Maclou-norm.<sup>208</sup>

#### 4.4 Conclusie

De curator en de beoogd curator verschillen van elkaar op een aantal punten. Allereerst opereren ze in een verschillende fase van (of voor) het faillissement. De curator staat onder toezicht van een rechter-commissaris, de beoogd curator niet. De beoogd curator heeft geen wettelijke bevoegdheden, terwijl de curator een breed scala aan bevoegdheden heeft. Tijdens de voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement is het bestuur nog beheers- en beschikkingsbevoegd. De curator is beheers- en beschikkingsbevoegd vanaf het moment van faillietverklaring. De schuldeisers kunnen in de voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement niet voor hun belangen opkomen, terwijl zij dat tijdens het faillissement wel kunnen. De belangen die de (beoogd) curator dient te behartigen zijn voor zowel de curator als de beoogd curator gelijk. Beide moeten de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en maatschappelijke belangen behartigen. Ook moeten zij bij hun handelen dezelfde grondbeginselen in acht nemen. Dit rechtvaardigt volgens de Hoge Raad een gelijke zorgvuldigheidsnorm bij de toetsing van het handelen van de curator en de beoogd curator. Hoewel de zorgvuldigheidsnormen gelijk zijn, rechtvaardigen de verschillen tussen de curator en de beoogd curator mijns inziens een verschillende toepassing. Gezichtspunten die in volgende zaken gebruikt kunnen worden voor beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van een beoogd curator in een concreet geval zijn het gebrek aan wettelijke bevoegdheden, het gebrek aan beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de beoogd curator, de mate van betrokkenheid van de beoogd rechter-commissaris en het gebrek aan transparantie in combinatie met het gebrek aan betrokkenheid van schuldeisers.

---

<sup>206</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3 (MvT), p. 7.

<sup>207</sup> Bijvoorbeeld via art. 69 Fw.

<sup>208</sup> Zie ook Van Dal, Nuijten, Van Tilburg 2016/II.5.4.1.

## 5 Engeland

De pre-pack die in de praktijk ontstaan is in Nederland, is geïnspireerd door de Engelse pre-pack. De Nederlandse en Engelse pre-pack vertonen veel gelijkenissen met elkaar. Dit hoofdstuk bespreekt de Engelse pre-pack en beschouwt vervolgens of de Nederlandse rechtspraak iets kan leren van de Engelse rechtspraak.

### 5.1 Insolventieprocedures in Engeland

In Engeland bestaan verschillende formele insolventieprocedures. De Nederlandse Faillissementswet bevat drie insolventieprocedures: het faillissement (titel 1 Fw), surséance van betaling (titel 2 Fw) en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (titel 3 Fw). Engeland kent vijf insolventieprocedures: *liquidation*, *administration*, *receivership*, *company voluntary arrangement* en *scheme of arrangements*.<sup>209</sup> *Liquidation* en *administration* zijn beide *collective insolvency procedures* en ze zijn samen vergelijkbaar met het Nederlandse faillissement. De overige Engelse insolventieprocedures laat ik daarom buiten beschouwing.

*Liquidation* is het proces waarbij de activiteiten van de vennootschap worden beëindigd en de vennootschap wordt ontbonden.<sup>210</sup> De *liquidator* neemt de beheers- en beschikkingsbevoegdheid over van het bestuur van de vennootschap die *in liquidation* is. De *liquidator* liquideert de activa van de vennootschap.<sup>211</sup> Hij doet dit veelal stukje bij beetje; de onderneming wordt bij *liquidation* vaak niet als geheel verkocht.<sup>212</sup> De opbrengst hiervan wordt onder de schuldeisers verdeeld. *Liquidation* geschiedt in het belang van de schuldeisers en met name in het belang van de schuldeisers zonder zekerheidsrechten, gezien het feit dat schuldeisers met zekerheidsrechten hun rechten kunnen blijven uitvoeren alsof er geen *liquidation* is.<sup>213</sup> In zoverre lijkt de *liquidation* op het Nederlandse faillissement. De *liquidation* komt voor in twee vormen: *voluntary* (vrijwillige) *liquidation* en *compulsory* (gedwongen) *liquidation*. Een *voluntary liquidation* komt voort uit een besluit van de aandeelhouders van de vennootschap. Bij *compulsory liquidation* beveelt de rechtbank dat de vennootschap geliquideerd wordt. In de meeste gevallen beveelt de rechtbank dit op verzoek van een crediteur, maar het verzoek kan tevens afkomstig zijn van een aandeelhouder of bestuurder.<sup>214</sup>

*Administration* is het proces waarbij de vennootschap onder controle van een *administrator* wordt geplaatst. De *administrator* streeft een van de volgende doelen na: "a) *rescuing the company as a going concern*, b) *achieving a better result for the company's creditors as a whole than would be likely if the company were wound up (without first being in administration)*, c) *realising property in order to make a distribution to one or more secured or preferential creditors*."<sup>215</sup> De doelen staan in hiërarchische volgorde; dat wil zeggen dat de *administrator* eerst moet onderzoeken of optie a) mogelijk is, als dat niet mogelijk is, onderzoekt hij optie b) en als optie b) niet mogelijk is, onderzoekt hij optie c).<sup>216</sup> De *administrator* neemt het beheer over de vennootschap over en kan de vennootschap, de onderneming en/of activa verkopen indien de *administrator* dat nodig acht om een van de hiervoor genoemde doelen te realiseren.<sup>217</sup> Hij dient eerst te onderzoeken of de vennootschap gered kan worden (doel a), daarna kan hij onderzoeken of de verkoop van de onderneming een optie is om doel

<sup>209</sup> Beale & Keddle 2018, p. 9.

<sup>210</sup> Jarvis & Sidle, *International Financial Law Review* 2018/37, p. 143.

<sup>211</sup> Beale & Keddle 2018, p. 8.

<sup>212</sup> Jarvis & Sidle, *International Financial Law Review* 2018/37, p. 143.

<sup>213</sup> Beale & Keddle 2018, p. 10.

<sup>214</sup> Beale & Keddle 2018, p. 10.

<sup>215</sup> Art. 3 lid 1, Schedule 16, Enterprise Act 2002.

<sup>216</sup> Art. 3 lid 3 en 4, Schedule 16, Enterprise Act 2002.

<sup>217</sup> Beale & Keddle 2018, p. 11.



b) of c) te realiseren. De vennootschap kan op verschillende manieren *in administration* raken: door middel van een bevel van de rechtbank op verzoek van de vennootschap of een of meerdere bestuurders<sup>218</sup>, door de vennootschap of bestuurders zelf<sup>219</sup> en door crediteuren<sup>220</sup>. Als de vennootschap of crediteur de *administrator* benoemt (dit wordt een *out-of-court appointment* genoemd<sup>221</sup>), moet de benoemer de rechtbank hiervan op de hoogte stellen via een *notice of appointment*. Hierin moet onder andere vermeld worden wie de *administrator* is, dat de *administrator* akkoord gaat met zijn benoeming en dat de *administrator* redelijkerwijze verwacht dat een van de doelen van de *administration* behaald kunnen worden (art. 18 en 29, Schedule 16, Enterprise Act 2002). De *administration* vangt aan op het moment dat de voorwaarden uit artikelen 18 en 29 vervuld zijn, zie artikelen 19 en 31, Schedule 16, Enterprise Act 2002. De rechtbank is bij een *out-of-court appointment* dus wel op de hoogte van de *administration*, maar speelt geen rol in de benoeming. Alleen *qualified insolvency practitioners* (gekwalficeerde insolventiefunctionarissen) kunnen benoemd worden als *administrator*.<sup>222</sup> Anders dan bij *liquidation* worden bij de *administration* ook schuldeisers met zekerheidsrechten gebonden aan het proces.<sup>223</sup>

In de Nederlandse Faillissementswet wordt geen onderscheid gemaakt tussen *administration* en *liquidation*; het verschil tussen de procedures is daarom lastig te duiden. Het gevolg van het Nederlandse faillissement is dat de vennootschap ophoudt te bestaan (art. 2:19 lid 1 sub c of lid 6 BW). Bij *administration* hoeft dat niet het geval te zijn; uitgangspunt is zelfs dat de vennootschap voort blijft bestaan (doel a van de *administration*). *Administration* heeft als doel de vennootschap te helpen schulden af te lossen om op die manier de vennootschap of onderneming te redden, terwijl bij *liquidation* de activa worden verkocht en de vennootschap vervolgens wordt ontbonden. Bij *administration* en *voluntary liquidation* is het mogelijk om respectievelijk de *administrator* en de *liquidator* buiten de rechtbank om te benoemen. De vennootschap gaat dan in *administration* of in *liquidation* zonder tussenkomst van de rechter. Voor het faillissement is altijd tussenkomst van een rechter vereist (art. 1 Fw). De Nederlandse wet slechts een insolventiefunctionaris: de curator. Het Engelse stelsel kent voor beide procedures verschillende personen: de *liquidator* en de *administrator*. Er is ook een verschil in de positie van schuldeisers. Voor separatisten geldt zowel in geval van faillissement als *liquidation* dat zij hun rechten kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement of *liquidation* is.<sup>224</sup> Bij *administration* zijn ook separatisten gebonden aan de *administration*.<sup>225</sup>

## 5.2 Pre-pack in Engeland

De term 'pre-pack' is een afkorting van 'pre-packaged administration'. Hoewel de 'pre-packaged liquidation' ook bestaat, is de pre-pack zoals hij bekend is geworden in de praktijk in Engeland onderdeel van de *administration*.<sup>226</sup> Onder de Insolvency Act 1986 kwam de pre-pack in de praktijk nog niet zo vaak voor. Pas toen het door de Enterprise Act 2002 mogelijk werd om zonder tussenkomst van een rechter *in administration* te gaan, won de pre-pack in Engeland aan populariteit en werd het

---

<sup>218</sup> Art 10-13, Schedule 16, Enterprise Act 2002.

<sup>219</sup> Art. 22-34, Schedule 16, Enterprise Act 2002.

<sup>220</sup> Het moet gaan om een specifieke categorie crediteuren, namelijk *holders of a qualifying floating charge*, zie art. 14-21, schedule 16, Enterprise Act 2002.

<sup>221</sup> Beale & Keddle 2018, p. 90.

<sup>222</sup> Beale & Keddle 2018, p. 92.

<sup>223</sup> Beale & Keddle 2018, p. 11.

<sup>224</sup> Zie resp. art. 57 Fw en Beale & Keddle 2018, p. 10.

<sup>225</sup> Beale & Keddle 2018, p. 11.

<sup>226</sup> Hyde & White, *Law and Financial Markets Review* 2009/3, p. 134; in het vervolg doel ik met 'pre-pack' dus op de *pre-packaged administration*.

vaker toegepast.<sup>227</sup> De Nederlandse pre-pack is geïnspireerd door de Engelse pre-pack. Net als in Nederland wordt in Engeland bij een pre-pack de verkoop van de onderneming met behulp van de toekomstige *administrator* voorbereid voordat de vennootschap *in administration* gaat. De voorafgaand aan de *administration* voorbereide verkoop van de onderneming wordt vervolgens gerealiseerd vlak na het moment dat de vennootschap *in administration* gaat. Een van de opvallendste verschillen tussen de Nederlandse en de Engelse pre-pack is de manier waarop de beoogde curator of *administrator* benoemd wordt. De beoogde curator wordt aangewezen door de rechtbank, terwijl de (toekomstige) *administrator* vaak niet door de rechtbank wordt aangewezen, maar door (het bestuur van de) vennootschap zelf of door crediteuren.<sup>228</sup> Doordat de vennootschap of crediteuren de *administrator* zelf kunnen benoemen, kunnen ze hem ook voor zijn benoeming betrekken bij de vennootschap. Net als in Nederland, is de pre-pack in Engeland niet wettelijk geregeld. De Enterprise Act 2002 regelt wel de *administration*<sup>229</sup>, maar zegt niets over de pre-pack. De rechter heeft in Engeland in een aantal uitspraken geoordeeld dat de pre-pack desondanks toelaatbaar is en dat de *administrator* geen toestemming van een rechter of crediteuren nodig heeft voor de (voorafgaand aan de *administration* voorbereide) verkoop van de onderneming.<sup>230</sup> De pre-pack hoeft niet goedgekeurd te worden door alle klassen van schuldeisers en de rechtbank hoeft de werkzaamheden van de *administrator* niet goed te keuren voor- of nadat de verkoop van de onderneming gerealiseerd is.<sup>231</sup> De onderneming<sup>232</sup> blijft na de pre-pack voor een groot deel intact, maar is verlost van schulden.<sup>233</sup> Net zoals in Nederland is een van de gedachten achter de pre-pack in Engeland dat een *administration* die (of in Nederland: een faillissement dat) niet gepre-packt is de waarde van de onderneming en/of activa drukt.<sup>234</sup> De onderneming van de vennootschap wordt in Engeland vaak verkocht aan het zittende management. Als voorafgaand aan de *administration* overeenstemming is bereikt over de verkoop van de onderneming wordt de vennootschap *in administration* geplaatst. De *administrator* draagt vervolgens de onderneming over aan het management. De problemen die komen kijken bij de pre-pack zijn onder andere gebrekkige prijsvorming door onvoldoende marketing, gebrek aan rechten voor concurrente schuldeisers in vergelijking met de rechten van separatisten, onvoldoende transparantie en gebrek aan verantwoording en het feit dat het management een soort 'tweede kans' krijgt terwijl (vooral concurrente) schuldeisers hun vordering verliezen.<sup>235</sup> Een ander probleem dat de Engelse pre-pack kent, is de schijn van belangenverstremming. Het bestuur of de schuldeisers betrekken de *administrator* bij de vennootschap. Als de vennootschap vervolgens *in administration* gaat, wordt de *administrator* benoemd door een van hen. Dit zorgt voor de schijn dat de *administrator* de overeenkomst tot verkoop van de onderneming minder kritisch zal beoordelen of onevenredig veel rekening zal houden met de belangen van de crediteur door wie hij benoemd is.<sup>236</sup> Gezien het feit dat de (beoogde) curator in Nederland door de rechtbank wordt aangewezen of benoemd, heeft de

---

<sup>227</sup> Walton, *International Insolvency Review* 2009/18, p. 86.

<sup>228</sup> Art. 14-34 Schedule 16 Enterprise Act 2002, zie ook paragraaf 5.1.

<sup>229</sup> Zie paragraaf 5.1.

<sup>230</sup> Zie High Court (Engeland) 6 maart 2007, EWHC 2067 (Ch) (*DKLL Solicitors*); High Court (Engeland) 15 mei 2009, EWHC 904 (Ch) (*Kaylay Vending Ltd*); High Court (Engeland) 26 november 2009, EWHC 3199 (Ch) (*Re Hellas Telecommunications (Luxemburg) II SCA*).

<sup>231</sup> High Court (Engeland) 8 november 1999, BCC 956 (*Re T&D Industries Plc*); High Court (Engeland) 27 april 2004, EWHC 932 (Ch) (*Transbus International Ltd*).

<sup>232</sup> Daarmee bedoel ik niet de vennootschap, maar de *company's business*, waaronder de activa en bedrijfsactiviteiten, zie Walton, *International Insolvency Review* 2009/18, p. 86.

<sup>233</sup> Walton, *International Insolvency Review* 2009/18, p. 85.

<sup>234</sup> Hyde & White, *Law and Financial Markets Review* 2009/3, p. 135; hetzelfde geldt voor een *liquidation*.

<sup>235</sup> Hyde & White, *Law and Financial Markets Review* 2009/3, p. 137; zie ook Frisby, *Law and Financial Markets Review* 2009/3.

<sup>236</sup> Davies, *Recovery* 2006/Summer, p. 17; Barnett, *Credit Management* 2013/May, p. 21.

(beoogd) curator een onafhankelijke positie. Een van de opvallendste verschillen tussen de Nederlandse en de Engelse pre-pack is, zoals hierboven uiteengezet, de manier waarop de beoogd curator of *administrator* benoemd wordt. Een ander belangrijk verschil is het van toepassing zijn van de regels van overgang van onderneming. Als de regels van overgang van onderneming van toepassing zijn, gaan alle werknemers van de vervreemder mee over naar de verkrijger met behoud van arbeidsvoorwaarden (art. 7:663 BW). In Engeland heeft de rechter al voordat de pre-pack in Nederland bestond, geoordeeld dat de regels van overgang van onderneming van toepassing zijn op de pre-pack, omdat de pre-pack niet op liquidatie is gericht.<sup>237</sup> In Nederland was een voordeel van de pre-pack voorheen dat de regels van overgang van onderneming niet van toepassing werden geacht op de pre-pack. Het is na Smallsteps en Heiploeg niet duidelijk of de regels van overgang van onderneming altijd of slechts in sommige gevallen van toepassing zijn op de pre-pack. Wat de Engelse rechtspraak wel laat zien, is dat het van toepassing zijn van de regels van overgang van onderneming op de pre-pack geen doodsteek hoeft te zijn voor de pre-pack in Nederland.<sup>238</sup> Bijna elf jaar na de uitspraak van de Engelse rechter dat de regels van overgang van onderneming van toepassing zijn op de pre-pack, wordt de pre-pack in Engeland nog altijd toegepast.<sup>239</sup> De Engelse rechtspraak laat daarmee zien dat de pre-pack ook als de regels van overgang van onderneming wél van toepassing zijn een nuttig reorganisatiemiddel is, anders zou de pre-pack daar immers niet meer toegepast worden.

### 5.3 De proposed administrator

In Nederland wordt scherp onderscheid gemaakt tussen de ‘curator’ en de ‘beoogd curator’ om aan te duiden welk van de twee betrokken is in de fase van of voorafgaand aan het faillissement. In Engeland wordt dit onderscheid minder scherp gemaakt. Hoewel in sommige literatuur de term ‘*proposed administrator*’<sup>240</sup> wordt gebruikt voor het equivalent van de beoogd curator, wordt dat onderscheid in veel literatuur niet gemaakt.<sup>241</sup> In die literatuur wordt voor zowel de curator als de beoogd curator gesproken over de *administrator*.<sup>242</sup> In het kader van de leesbaarheid van dit onderzoek gebruik ik in het vervolg de term ‘*proposed administrator*’ als ik het heb over het equivalent van de beoogd curator.

De *proposed administrator* wordt in een vroeg stadium betrokken bij de vennootschap. Hoe vroeg en hoe lang hij precies betrokken wordt, hangt af van degene die hem bij de vennootschap betreft. Degenen die hem bij de vennootschap kunnen betrekken, zijn dezelfde als die de vennootschap *in administration* kunnen plaatsen: het bestuur of de vennootschap met of zonder bevel van de rechtbank en crediteuren.<sup>243</sup> De *proposed administrator* wordt in de meeste gevallen betrokken op het moment dat zorgwekkende prognoses worden gedaan over de toekomst van de vennootschap en is vaak eerder betrokken dan in Nederland gebruikelijk is voor de beoogd curator.<sup>244</sup> In Nederland is het uitgangspunt dat de beoogd curator voor veertien dagen aangewezen wordt. Deze termijn kan verlengd worden op verzoek van de schuldenaar met een door de rechtbank te bepalen termijn. In het

---

<sup>237</sup> Court of Appeal (Engeland) 30 juli 2009, EWCA Civ 1094 (*Oakland v Wellswood*).

<sup>238</sup> Zie paragraaf 3.1, sommige auteurs zijn van mening dat de pre-pack niet of nauwelijks toegepast zal worden als de regels van overgang van onderneming van toepassing worden verklaard op de pre-pack, omdat een groot voordeel van de pre-pack is dat deze regels niet van toepassing zijn.

<sup>239</sup> Kastrinou & Vullings, *International Insolvency Review* 2018/27, p. 336.

<sup>240</sup> Beale & Keddie 2018, p. 125.

<sup>241</sup> De reden daarvoor is mij overigens onduidelijk.

<sup>242</sup> Zie Kastrinou & Vullings, *International Insolvency Review* 2018/27; Walton, *International Insolvency Review* 2009/18; Xie, *International Insolvency Review* 2012/21; Hyde & White, *Law and Financial Markets Review* 2009/3.

<sup>243</sup> Zie paragraaf 5.1.

<sup>244</sup> Xie, *International Insolvency Review* 2012/21, p. 91.

Wetsvoorstel WCO I wordt de beoogd curator in beginsel als curator benoemd als hij in de drie maanden voorafgaand aan het faillissementsverzoek als beoogd curator is aangewezen.<sup>245</sup>

De *proposed administrator* bereidt de verkoop van de onderneming voor en onderhandelt over de voorwaarden van de verkoop. Na zijn benoeming als *administrator* beslist hij over de verkoop van de onderneming.<sup>246</sup> Engeland kent de '*Insolvency code of ethics*' waar onder andere de beginselen in staan waarnaar een *proposed administrator* moet handelen. De *proposed administrator* moet handelen volgens de beginselen van objectiviteit, integriteit, onafhankelijkheid, vertrouwelijkheid en professionaliteit.<sup>247</sup> Net zoals in Nederland, kan de *proposed administrator* in Engeland niet terugvallen op wettelijke bevoegdheden. Engeland kent wel de '*Statements of Insolvency Practice*' (SIP's) die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse Praktijkregels 2015. Het verschil tussen beide is dat SIP's, in tegenstelling tot de Praktijkregels 2015, wel bindend zijn. SIP 16 gaat over de pre-pack. SIP 16.4 schrijft voor dat de *proposed administrator* zich bij zijn handelen moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en dat hij dit moet kunnen aantonen. Voor een deel komt dit overeen met de belangen die de beoogd curator moet behartigen. De beoogd curator moet echter ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard (principe 3.2 Praktijkregels 2015), terwijl de SIP's niet voorschrijven dat dat ook voor de *proposed administrator* geldt. De *proposed administrator* moet daarnaast duidelijk onderscheid maken tussen de rol van de *administrator* en de rol van de *proposed administrator*. De *proposed administrator* moet tegenover het bestuur en de crediteuren duidelijk maken dat hij de vennootschap van advies voorziet en wat de functie en verantwoordelijkheden van de *administrator* zijn als de vennootschap *in administration* gaat (SIP 16.5). De *proposed administrator* moet daarbij duidelijk maken dat hij de vennootschap en niet het bestuur of crediteuren van advies voorziet (SIP 16.7). De positie van de *proposed administrator* wijkt hiermee af van de positie van de beoogd curator. De beoogd curator is immers geen adviseur van de vennootschap, terwijl de *proposed administrator* dit wel is.<sup>248</sup> Waar de *proposed administrator* ook op moet letten, is de mogelijke aansprakelijkheid van degene die namens de vennootschap nieuwe schulden aangaat in de periode waarin de *proposed administrator* betrokken is, terwijl er geen goede reden is om aan te nemen dat de vennootschap deze schulden zal kunnen betalen (SIP 16.8). Dit is vergelijkbaar met de Nederlandse Beklamel-norm.<sup>249</sup> De *proposed administrator* moet daarnaast gedetailleerd verslag bijhouden van de reden dat gekozen is voor de pre-pack en welke alternatieven zijn overwogen (SIP 16.10) en hij moet de vennootschap adviseren de waardering van de onderneming te laten uitvoeren door professionele, onafhankelijke partijen (SIP 16.11). Als de *proposed administrator* uitgaat van een andere waardering van de onderneming, moet hij als *administrator* uitleggen waarom de waardering niet is uitgevoerd door een professionele, onafhankelijke partij en waarom hij het eens was met die waardering (SIP 16.12). Ook in Nederland moet de beoogd curator erop toezien dat de schuldenaar een onafhankelijk waarderingsrapport inwint (principe 5.2 Praktijkregels 2015). De *administrator* moet na zijn aanwijzing een gedetailleerd verslag uitbrengen aan de crediteuren waarin de keuze voor een pre-pack en de rechtvaardiging hiervan wordt uitgelegd. Het verslag bevat de reden om voor een pre-pack te kiezen en alle overwogen alternatieven, om te laten zien dat is gehandeld in het belang van de crediteuren (SIP 16.16). In Nederland geldt voor de curator een gelijksoortige bepaling (principe 9.1 Praktijkregels beoogd curator 2015). Het voorgaande illustreert dat de taak van de *proposed administrator* en de *administrator* in elkaar over kunnen lopen. Ten slotte moet de *proposed administrator* de onderneming van de vennootschap conform de Appendix van SIP 16 in de markt brengen. Dit moet op een zo breed mogelijke manier worden gedaan, opdat een zo groot mogelijke groep van potentiële

---

<sup>245</sup> Art. 363 lid 3 (nieuw) Fw en art. 14a (nieuw) Fw.

<sup>246</sup> Beale & Keddle 2018, p. 125.

<sup>247</sup> Deze code geldt voor alle *insolvency practitioners*, dus bijvoorbeeld ook voor de *administrator*.

<sup>248</sup> Zie paragraaf 3.3.

<sup>249</sup> Zie paragraaf 3.4.

kopers op de hoogte raakt van het aanbod. Dit kan bijvoorbeeld door gebruik te maken van internet of andere communicatiemiddelen. De beoogd curator in Nederland heeft dezelfde taak toebedeeld gekregen (principe 5.2 Praktijkregels 2015).

#### 5.4 Aansprakelijkheid van een (proposed) administrator

Zoals hiervoor besproken, behoeft de pre-pack in Engeland geen voorafgaande toestemming van de rechter of van crediteuren.<sup>250</sup> In Nederland heeft de curator voor de verkoop van de onderneming wel voorafgaande toestemming nodig van de rechter-commissaris (art. 68 lid 3 Fw). Het feit dat in Engeland geen toestemming is vereist voor de pre-pack, zorgt ervoor dat de vraag naar de legaliteit van de pre-pack vervat is in de aansprakelijkheid van de *proposed administrator* achteraf. Uit de literatuur en rechtspraak is gebleken dat de *proposed administrator* aansprakelijk kan worden gehouden voor geleden schade in het geval dat hij de plicht schenden om voor een redelijke opbrengst te zorgen en als hij *plainly wrongful* handelt bij het nemen van commerciële beslissingen.<sup>251</sup>

##### 5.4.1 Common law: de plicht om ervoor te zorgen dat een redelijke prijs wordt behaald

Een van de aspecten waar de *proposed administrator*, net als de *administrator*, bij uitstek voor moet zorgen, is dat de transactie een redelijke opbrengst heeft. Als de *proposed administrator* akkoord gaat met een lagere opbrengst dan wat redelijkerwijze haalbaar is, verzuimt hij zijn plicht om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen.<sup>252</sup> De *proposed administrator* is verplicht om ervoor te zorgen dat potentiële kopers op de hoogte zijn van dat de onderneming verkocht wordt en hij moet potentiële kopers aanmoedigen om een zo hoog mogelijke prijs te bieden.<sup>253</sup> Hij moet handelen als een insolventiefunctionaris met normale bekwaamheid: hij moet handelen naar de *standards of a professional insolvency practitioner with ordinary skills*.<sup>254</sup> Het is overigens niet gemakkelijk om de rechtbank ervan te overtuigen dat de (*proposed*) *administrator* in strijd met zijn plicht tot het behalen van redelijke opbrengst heeft gehandeld: er moet sprake zijn van substantieel bewijs dat de onderneming tegen onderwaarde is verkocht. Veronderstelde onderwaarde kan namelijk ook het gevolg zijn van verschillende opvattingen uit waarderingsrapporten.<sup>255</sup> Concluderend stel ik dat de rechtbank een *proposed administrator* alleen aansprakelijk zal houden voor geleden schade indien sprake is van substantieel bewijs dat de onderneming tegen onderwaarde is verkocht omdat er een hoger bod was of had kunnen zijn.

##### 5.4.2 Commerciële beslissingen

In de zaak DKLL Solicitors<sup>256</sup> was aansprakelijkheid van de *proposed administrator* aan de orde. In deze zaak ging het om de *administration* van advocatenkantoor DKLL Solicitors. DKLL Solicitors werd gedreven in de vorm van een *partnership* tussen de heer Lawson en Lewis. De *partnership* is insolvent; er zijn schulden voor meer dan £2,4 miljoen, waaronder een schuld van £1,7 miljoen aan Her Majesty's

---

<sup>250</sup> Zie High Court (Engeland) 6 maart 2007, EWHC 2067 (Ch) (*DKLL Solicitors*); High Court (Engeland) 15 mei 2009, EWHC 904 (Ch) (*Kaylay Vending Ltd*); High Court (Engeland) 26 november 2009, EWHC 3199 (Ch) (*Re Hellas Telecommunications (Luxemburg) II SCA*).

<sup>251</sup> Ook de *administrator* kan aansprakelijk worden gehouden in het geval dat hij de onderneming tegen een te lage prijs verkoopt en als hij *plainly wrongful* handelt. In het kader van de leesbaarheid en het onderwerp van deze paragraaf, noem ik hierna alleen de *proposed administrator*.

<sup>252</sup> High Court (Engeland) 1990, BCLC 760 (*Re Charnley Davies Ltd no. 2*); Xie 2016, hoofdstuk 3.

<sup>253</sup> High Court (Engeland) 16 december 2004, EWHC 2947 (Ch) (*British American Racing (Holdings) Ltd*), r.o. 49.

<sup>254</sup> Namelijk bij 'the standards of a professional insolvency practitioner of ordinary skills' volgens High Court (Engeland) 1990, BCLC 760 (*Re Charnley Davies Ltd no. 2*).

<sup>255</sup> High Court (Engeland) 1990, BCLC 760 (*Re Charnley Davies Ltd no. 2*).

<sup>256</sup> High Court (Engeland) 6 maart 2007, EWHC 2067 (Ch) (*DKLL Solicitors*).

Revenue and Customs bestaande uit belastingschulden en nationale verzekeringsschulden. Het doel van de *administration* is de *proposed administrators* in staat stellen de onderneming van de *partnership* onmiddellijk te verkopen aan een nieuw opgerichte *limited liability partnership*, Drummonds Kirkwood LLP voor een bedrag van £400.000,-. Her Majesty's Revenue and Customs heeft zich verzet tegen de aanvraag van de *administration*, omdat zij een verzoek tot *liquidation* heeft ingediend tegen zowel de *partnership* als Lawson en Lewis.<sup>257</sup> De rechter onderzoekt eerst of aan art. 11, Schedule 16, Enterprise Act 2002 is voldaan, aangezien de rechter alleen dan een bevel tot *administration* kan geven.<sup>258</sup> De vereisten zijn dat de *partnership* niet in staat is schulden te betalen en dat het bevel tot *administration* in de redelijke mate van waarschijnlijkheid ervoor zorgt dat een van doelen van *administration* wordt behaald. Dat de *partnership* niet in staat is de schulden te betalen, staat niet ter discussie. Het tweede vereiste staat wel ter discussie. De rechtbank oordeelt dat het niet mogelijk is om te voldoen aan het eerste doel<sup>259</sup> van de *administration*.<sup>260</sup> Aan het tweede vereiste is voldaan als de verkoop van de onderneming voor een bedrag van £400.000,- een beter resultaat geeft voor de gezamenlijke schuldeisers dan als de vennootschap geliquideerd wordt zonder voorafgaande *administration*. De heer Lawson heeft verklaard, na overleg met en advies van de *proposed administrators*, dat de stand van zaken is dat bij *liquidation* slechts een opbrengst wordt verwacht van £105.000,- (tegenover de £400.000 uit de pre-pack) en dat de *liquidation* ervoor zorgt dat extra preferente vorderingen van werknemers ter waarde van £44.000,- moeten worden voldaan.<sup>261</sup> Her Majesty's Revenue and Customs was het oneens met deze stand van zaken en stelde dat de activa van de onderneming meer waard was dan £400.000,-.<sup>262</sup> Een van de *proposed administrators* verklaart vervolgens dat naar zijn oordeel de pre-pack zorgt voor een beter resultaat voor de gezamenlijke schuldeisers dan wanneer de *partnership* geliquideerd zou worden zonder voorafgaande *administration*. Volgens hem is in dit specifieke geval zeker dat, omdat de *liquidation* al is verzocht door Her Majesty's Revenue and Customs, de *partnership* haar lopende zaken over moet dragen, hetgeen ervoor zorgt dat veel '*fee earners*' de *partnership* zullen verlaten. De overdracht van lopende zaken en het feit dat veel *fee earners* de *partnership* zullen verlaten zorgt voor een aanzienlijke vermindering van de goodwill. Hij concludeert daaruit dat een opbrengst van £400.000,- een beter resultaat oplevert voor de crediteuren en andere stakeholders dan het geval zou zijn als de *partnership* geliquideerd zou worden.<sup>263</sup> Het gerecht oordeelt vervolgens dat veel waarde wordt gehecht aan de expertise en de ervaring van de onafhankelijke *proposed administrators*, ook al is het uiteindelijk aan het gerecht om te oordelen of voldaan is aan de voorwaarden. Het gerecht oordeelt voorts dat er geen bewijs is dat de onderneming meer waard is dan £400.000,-.<sup>264</sup>

Het oordeel uit DKLL Solicitors werd herhaald in de zaak Four Private Investment Funds. Daaraan werd toegevoegd dat de *proposed administrator* een grote mate van vrijheid heeft in de manier waarop hij zijn werkzaamheden uitoefent, zo lang dat maar resulteert in het behalen van een van de

---

<sup>257</sup> High Court (Engeland) 6 maart 2007, EWHC 2067 (Ch) (*DKLL Solicitors*), r.o. 1-5.

<sup>258</sup> Zoals besproken in paragraaf 5.1 is tussenkomst van de rechter niet altijd vereist. De *administrator* kan ook benoemd worden door het bestuur of schuldeisers. In deze zaak ging het echter niet om een *out-of-court appointment*, maar hebben de partners, Lawson & Lewis, de rechtbank verzocht een *administrator* te benoemen. In dat geval moet voldaan worden aan de vereisten van art. 11 Schedule 16 Enterprise Act 2002.

<sup>259</sup> Art. 3 lid 1 sub a Schedule 16 Enterprise Act 2002: '*rescuing the company as a going concern.*'

<sup>260</sup> De rechtbank legt overigens niet uit waarom niet aan het eerste vereiste voldaan kan worden, zie High Court (Engeland) 6 maart 2007, EWHC 2067 (Ch) (*DKLL Solicitors*), r.o. 7.

<sup>261</sup> Art. 3 lid 1 sub b Schedule 16 Enterprise Act 2002: '*achieving a better result for the company's creditors as a whole than would be likely if the company were wound up without first being in administration.*'; High Court (Engeland) 6 maart 2007, EWHC 2067 (Ch) (*DKLL Solicitors*), r.o. 6-7.

<sup>262</sup> High Court (Engeland) 6 maart 2007, EWHC 2067 (Ch) (*DKLL Solicitors*), r.o. 8.

<sup>263</sup> High Court (Engeland) 6 maart 2007, EWHC 2067 (Ch) (*DKLL Solicitors*), r.o. 9.

<sup>264</sup> High Court (Engeland) 6 maart 2007, EWHC 2067 (Ch) (*DKLL Solicitors*), r.o. 10.

doelen van de *administration*. Het gerecht weerhoudt zich van een oordeel over de commerciële beslissing van de *proposed administrator*, zo lang hij niet '*plainly wrongful*' handelt.<sup>265</sup> Het lijkt erop dat de Engelse rechter niet geneigd is de commerciële beslissingen van een *proposed administrator* in twijfel te trekken, ook niet als om *administration* is verzocht door middel van een bevel van de rechtbank.<sup>266</sup> Hieruit volgt dat de *proposed administrator* veel handelingsvrijheid heeft en de rechter zeer terughoudend toetst. Tot op heden is mij geen zaak bekend waarbij de rechter minder terughoudend heeft getoetst.

Uit het voorgaande blijkt dat een Engelse rechter niet snel de commerciële beslissing van een *proposed administrator* in twijfel zal trekken. Crediteuren zullen daardoor niet snel een zaak aanhangig maken. Niet alleen zijn de kosten voor een procedure hoog, maar er is ook sprake van informatie-asymmetrie waardoor een succesvolle uitkomst van de zaak onwaarschijnlijk lijkt.<sup>267</sup>

## 5.5 Kan Nederland iets leren van Engeland?

Uit het voorgaande blijkt dat de Engelse rechtspraktijk veel gelijkenissen vertoont met de Nederlandse rechtspraktijk. Voor beide procedures geldt dat hoewel het geen wettelijke procedures betreffen, rechters wel meewerken aan de pre-pack, zij het op andere wijze. In Nederland werkt de rechtbank mee aan de pre-pack door een beoogd curator aan te wijzen. In Engeland werkt de rechtbank eraan mee door de figuur van pre-pack toe te staan. De vennootschap of de crediteuren kunnen de *proposed administrator* zelf bij de vennootschap betrekken en hem later als *administrator* benoemen. In Nederland wijst de rechtbank een beoogd curator aan en het is ook aan de rechtbank om hem later eventueel als curator te benoemen. Verder wordt de taak van de beoogd curator niet geregeld via de wet, maar door middel van alternatieve regelgeving. Dat geldt ook voor de taak van de *proposed administrator*. De inhoud van de Engelse en Nederlandse regelgeving komt grotendeels overeen. De beoogd curator en *proposed administrator* moeten zich allebei laten leiden door de belangen van schuldeisers, zij moeten er allebei voor zorgen dat de onderneming op dusdanige wijze in de markt wordt gebracht dat geïnteresseerde partijen op de hoogte zijn van de voorgenomen verkoop en zij moeten er allebei voor zorgen dat de waarde van de onderneming wordt vastgesteld middels een onafhankelijk waarderingsrapport.<sup>268</sup>

Een verschil is dat de *proposed administrator*, in tegenstelling tot de beoogd curator, wordt gezien als adviseur van de vennootschap. Dit hangt samen met het feit dat de *proposed administrator* benoemd kan worden door de vennootschap (of crediteuren) zonder tussenkomst van de rechter. Ik denk niet dat dit iets is dat we in Nederland over zouden moeten nemen. Door de aanwijzing door de rechtbank, is de schijn van afhankelijkheid en belangenverstremgeling aanzienlijk kleiner. Een van de kernwaarden die de beoogd curator zowel in Nederland als in Engeland moet nastreven is onafhankelijkheid en mijn inziens wordt dat in het Nederlandse systeem beter gewaarborgd. De beoogd curator is voor zijn benoeming niet afhankelijk van de vennootschap (of crediteuren), maar van de rechtbank, waardoor de kans dat hij naar de pijpen van de vennootschap (of crediteuren) gaat dansen, kleiner is dan in het Engelse stelsel.<sup>269</sup>

Op het gebied van persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator kan Nederland niet veel van Engeland leren. De Engelse rechter hecht veel waarde aan de mening van de *proposed administrator* en trekt zijn commerciële beslissing niet snel in twijfel. De beoogd curator komt ook een grote mate van vrijheid toe bij zijn handelen. Hierdoor lijkt het alsof de Nederlandse rechter een

---

<sup>265</sup> High Court (Engeland) 24 november 2008, EWHC 2869 (Ch) (*Four Private Investment Funds*), r.o. 47-48.

<sup>266</sup> Finch, *Journal of Corporate Law Studies* 2011/11, p. 10.

<sup>267</sup> Xie 2016, hoofdstuk 3.

<sup>268</sup> Zie paragraaf 5.3.

<sup>269</sup> Dit wordt in Engeland gezien als reëel gevaar, zie Davies, *Recovery* 2006/Summer, p. 17; Barnett, *Credit Management* 2013/May, p. 21.

gelijksoortige koers vaart als de Engelse rechter. Zoals uiteengezet in paragraaf 4.2 kan de beoogd curator echter gebonden zijn aan regels, waardoor hem geen of minder handelingsvrijheid toekomt. Zijn handelen wordt op deze manier begrensd.<sup>270</sup> In het Engelse stelsel lijkt nauwelijks sprake te zijn van een begrenzing van die vrijheid.<sup>271</sup> Als het aanhangig maken van een zaak tegen een beoogd curator bij voorbaat kansloos lijkt te zijn, is de kans groter dat crediteuren geen zaak aanhangig zullen maken. Als geen zaken tegen *proposed administrators* aanhangig worden gemaakt, zullen eventuele misstanden, zoals de verkoop van de onderneming tegen een te lage prijs of als de *proposed administrator* zich bij zijn handelen heeft laten beïnvloeden door het bestuur van de vennootschap of crediteuren<sup>272</sup>, minder snel aan het licht komen. In Nederland is het uitgangspunt ook dat de beoogd curator veel handelingsvrijheid heeft. De handelingsvrijheid is echter wel in enige mate begrensd door Prakke/Gips. Doordat de handelingsvrijheid van de beoogd curator begrensd wordt, is er voor de Nederlandse rechter meer ruimte<sup>273</sup> om een beoogd curator aansprakelijk te houden voor geleden schade dan in Engeland het geval is. Hierdoor is het voor crediteuren of andere belanghebbenden niet zo goed als onmogelijk om een beoogd curator persoonlijk aansprakelijk te laten houden voor geleden schade.

Wat Nederland wel van Engeland kan leren, is dat het voor een geslaagde pre-pack nodig kan zijn dat de beoogd curator voor langere periode betrokken is bij de vennootschap. Het is gebruikelijk dat de beoogd curator voor veertien dagen betrokken is bij de vennootschap, terwijl de *proposed administrator* in Engeland soms wel vier tot zes maanden bij de vennootschap betrokken is. In Nederland is voor veertien dagen gekozen, omdat de toekomstige failliet in de voorbereidingsfase nog steeds aan al zijn verplichtingen moet kunnen voldoen. Het salaris van de beoogd curator komt er in de stille voorbereidingsfase nog als verplichting bij. De termijn kan overigens wel door de rechtbank verlengd worden, indien de verlenging meerwaarde heeft en als dat in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is.<sup>274</sup> De Engelse rechtspraak laat zien dat het vaak nuttig zal of kan zijn om de termijn te verlengen.

De Engelse rechtspraak laat ten slotte zien dat de pre-pack ook een nuttig reorganisatiemiddel kan zijn als de regels van overgang van onderneming wél van toepassing zijn op de pre-pack. De pre-pack werd in Nederland gezien als een makkelijk reorganisatiemiddel om de onderneming voort te zetten met minder werknemers en de uitspraak Smallsteps zorgde voor wisselende gedachten over de toekomst van de pre-pack. Hoewel de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Heiploeg afgewacht moet worden voor een definitief oordeel over het wel of niet van toepassing zijn van de regels van overgang van onderneming op de pre-pack, laat de Engelse rechtspraak zien dat het geen doodsteek voor de pre-pack – en daarmee voor het bestaan van de beoogd curator – hoeft te zijn als deze regels wel van toepassing worden verklaard.

## 5.6 Conclusie

Het Engelse recht kent twee formele insolventieprocedures: de *liquidation* en de *administration*. De pre-pack maakt onderdeel uit van de *administration*. Net als in Nederland, is de pre-pack in Engeland niet wettelijk geregeld. De Engelse rechter heeft desondanks geoordeeld dat de pre-pack wel

---

<sup>270</sup> Zie paragraaf 4.2, waarin ik aanneem dat de rechtsregel uit Prakke/Gips ook van toepassing is op de beoogd curator.

<sup>271</sup> Zie paragraaf 5.4; alleen als de *proposed administrator* 'plainly wrongful' heeft gehandeld zal de Engelse rechter oordelen over de commerciële beslissing.

<sup>272</sup> Afhankelijk van door wie hij is benoemd.

<sup>273</sup> Ik zeg hiermee niet dat de beoogd curator in Nederland snel persoonlijk aansprakelijk gehouden zal worden: enkel dat hij sneller persoonlijk aansprakelijk gehouden kan worden dan in Engeland.

<sup>274</sup> Ook in het geval dat Wetsvoorstel WCO I in werking treedt blijft aanwijzing voor veertien dagen het uitgangspunt, art. 363 lid 3 (nieuw) Fw; zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3 (MvT), p. 49.



toelaatbaar is en dat de pre-pack niet vooraf goedgekeurd hoeft te worden door de rechtbank of door schuldeisers. Een probleem dat de Engelse pre-pack kent, is de schijn van belangenverstrengeling vanwege het feit dat de *administrator* aangewezen wordt door de vennootschap of door crediteuren. Op de Engelse pre-pack zijn de regels van overgang van onderneming van toepassing en de *proposed administrator* is over het algemeen langer betrokken bij de vennootschap. De taken die de *proposed administrator* heeft en de grondbeginselen die hij moet naleven komen grotendeels overeen met hetgeen voor de beoogd curator geldt. De Engelse rechter trekt het oordeel van de *proposed administrator* niet snel in twijfel en zal alleen iets vinden van zijn oordeel als hij '*plainly wrong*' is. Hoewel de beoogd curator in Nederland ook veel vrijheid heeft, is zijn vrijheid wel tot op zekere hoogte begrensd. Wat Nederland van de Engelse rechtspraktijk kan leren, is dat de pre-pack ook een nuttig reorganisatiemiddel kan zijn als de regels van overgang wel onderneming wél van toepassing zijn.

## 6 Conclusie

Bij een pre-pack wordt de doorstart voorafgaand aan het faillissement voorbereid, met het doel de doorstart, als het faillissement eenmaal in uitgesproken, efficiënt te laten verlopen. De functionaris die de pre-pack begeleidt, is de beoogd curator. De functionaris die zich bezighoudt met het beheer en de vereffening van de boedel tijdens het faillissement, is de curator. Op 4 oktober 2019 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin de norm voor persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator uiteen is gezet. Dit onderzoek heeft onderzocht in hoeverre het arrest aansluit bij de ontwikkeling van de taak en de functie van een beoogd curator in vergelijking met de taak, functie en persoonlijke aansprakelijkheid van een curator en of Nederland daarbij iets kan leren van de Engelse rechtspraak.

Uit het tweede hoofdstuk van dit onderzoek is gebleken dat de curator belast is met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. De curator heeft een breed scala aan wettelijke bevoegdheden om zijn kerntaak, beheer en vereffening van de failliete boedel, uit te voeren. Bij het uitoefenen van zijn taak komt de curator een grote mate van vrijheid toe. Hij handelt niet voor zichzelf, maar in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Bij het nemen van beslissingen moet hij ook belangen van maatschappelijke aard meewegen. Hij moet bij het nemen van beslissingen steeds alle betrokken – soms tegenstrijdige – tegen elkaar afwegen. Van de curator wordt een zeer actieve houding in het faillissement verwacht. De moeilijke positie waarin een curator soms – onder tijdsdruk – beslissingen moet nemen, zorgt ervoor dat niet altijd alle bij het faillissement betrokken partijen het eens zijn met die beslissingen. Deze partijen menen soms dat zij schade hebben geleden en vinden dat de curator persoonlijk aansprakelijk is voor de geleden schade. De Hoge Raad heeft de zorgvuldigheidsnorm waaraan een curator moet voldoen geformuleerd in het Maclou-arrest: 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. In het arrest Prakke/Gips voegde de Hoge Raad hieraan toe dat de curator bij het uitoefenen van zijn taak een grote mate van vrijheid heeft, voor zover hij niet gebonden is aan regels. De zorgvuldigheidsnorm dient terughoudend getoetst te worden en de curator moet een persoonlijk verwijt kunnen worden gemaakt. Als de curator wel gebonden is aan regels, heeft hij geen beleidsvrijheid. Dat oordeelde de Hoge Raad in het arrest Rabobank/Verdonk q.q. en in het arrest van 11 november 2018. Onduidelijk is of de Maclou-norm als overkoepelende norm gezien moet worden, waarbij afhankelijk van schending van een regel, de norm meer of minder terughoudend getoetst moet worden of dat de Maclou-norm alleen toegepast moet worden ingeval de curator een ruime mate van vrijheid toekomt en losgezien moet worden van het geval waarin de curator een regel schendt. Voor de praktijk zal dit overigens niet veel uitmaken, omdat een curator die een regel schendt, niet handelt zoals in redelijkheid verwacht mag worden van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzicht verricht en hem zal daarvan in de regel een persoonlijk verwijt kunnen worden gemaakt.

Voordat de positie van de beoogd curator is besproken, is in het derde hoofdstuk van dit onderzoek eerst stilgestaan bij de pre-pack. Zonder pre-pack is er immers geen rol weggelegd voor de beoogd curator. Zoals hiervoor besproken is de pre-pack een voorafgaand aan het faillissement voorbereide doorstart. De pre-pack is momenteel nog niet verankerd in de wet. Desondanks werkt de meerderheid van de rechtbanken mee aan verzoeken om een beoogd curator aan te wijzen. Het Wetsvoorstel WCO I scheidt een wettelijke basis voor de pre-pack. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft zich in het Smallsteps-arrest uitgelaten over de pre-pack en oordeelde dat de pre-pack in die zaak niet voldoet aan de voorwaarden van art. 5 lid 1 richtlijn 2001/23. Veel auteurs vrezen dat er daardoor geen toekomst voor de pre-pack is. Andere auteurs zien een rooskleuriger toekomstbeeld voor de pre-pack. Zij zijn van mening dat de pre-pack in sommige gevallen wel kan voldoen aan de voorwaarden van art. 5 lid 1 richtlijn 2001/23. Mijns inziens heeft het Hof van Justitie van de Europese

Unie niet geoordeeld dat de regels van overgang van onderneming altijd van toepassing zijn op de pre-pack. Zelfs als de regels van overgang van onderneming wel van toepassing worden verklaard op alle vormen van de pre-pack in Nederland, heeft de pre-pack wat mij betreft bestaansrecht in Nederland. Het feit dat de curator door de pre-pack een hogere opbrengst voor de onderneming kan verkrijgen, ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, dan zonder een pre-pack het geval zou zijn, zou genoeg redenen moeten zijn om de pre-pack te blijven toepassen. Over de taak van de beoogd curator is veel geschreven. Langzaam is de visie over de taak van de beoogd curator verschoven van een passieve 'fly on the wall' naar een actieve 'spin in het web'. Wetsvoorstel WCO I geeft de beoogd curator een actieve(re) rol tijdens de pre-pack. Voor de beoogd curator gelden de Praktijkregels 2015, waarin onder andere staat dat de beoogd curator, net als de curator, zich bij zijn handelen moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en belangen van maatschappelijke aard. De Hoge Raad heeft op 4 oktober 2019 geoordeeld dat de positie en taken van een beoogd curator worden bepaald door de opdracht van de rechter die de beoogd curator aanwijst en door aanwijzingen van de beoogd rechter-commissaris. Voordat de Hoge Raad zich uit had gelaten over de persoonlijke aansprakelijkheid van een beoogd curator, was de heersende opvatting in de literatuur dat het beste aansluiting kon worden gezocht bij de Maclou-norm. In het arrest van 4 oktober 2019 oordeelde Hoge Raad in zijn arrest dat de maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid van een beoogd curator de Maclou-norm is.

In hoofdstuk 4 zijn de curator en de beoogd curator met elkaar vergeleken. De vergelijking laat zien dat de curator en de beoogd curator op een aantal punten van elkaar verschillen. Allereerst opereren ze in een verschillende fase van het faillissement. De curator staat wel onder toezicht van een rechter-commissaris, de beoogd curator niet. De beoogd curator heeft geen wettelijke bevoegdheden, terwijl de curator een breed scala aan bevoegdheden heeft. Tijdens de voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement is het bestuur nog beheers- en beschikkingsbevoegd. De curator is beheers- en beschikkingsbevoegd vanaf het moment van faillietverklaring. De schuldeisers kunnen in de voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement niet voor hun belangen opkomen, terwijl zij dat tijdens het faillissement wel kunnen. De belangen die de (beoogd) curator dient te behartigen zijn echter voor zowel de curator als de beoogd curator gelijk. Ook moeten zij bij hun handelen dezelfde grondbeginselen in acht nemen. Dit rechtvaardigt volgens de Hoge Raad een gelijke zorgvuldigheidsnorm bij de toetsing van het handelen van de curator en de beoogd curator.

Ten slotte is in hoofdstuk 5 het Engelse recht onderzocht. Het Engelse recht kent twee formele insolventieprocedures: de *liquidation* en de *administration*. De pre-pack maakt onderdeel uit van de *administration*. Net als in Nederland, is de pre-pack in Engeland niet wettelijk geregeld. De Engelse rechter heeft desondanks geoordeeld dat de pre-pack wel toelaatbaar is en dat de pre-pack niet vooraf goedgekeurd hoeft te worden door de rechtbank of door schuldeisers. Een probleem dat de Engelse pre-pack kent, is de schijn van belangenverstremming vanwege het feit dat de *administrator* aangewezen kan worden door de vennootschap of door crediteuren. Op de Engelse pre-pack zijn de regels van overgang van onderneming van toepassing en de *proposed administrator* is over het algemeen langer betrokken bij de vennootschap. De taken die de *proposed administrator* heeft en de grondbeginselen die hij moet naleven komen grotendeels overeen met hetgeen voor de beoogd curator geldt. De Engelse rechter trekt het oordeel van de *proposed administrator* niet snel in twijfel en zal alleen iets vinden van zijn oordeel als hij 'plainly wrong' is. Hoewel de beoogd curator in Nederland ook veel vrijheid heeft, is zijn vrijheid wel tot op zekere hoogte begrensd. Wat Nederland van de Engelse rechtspraktijk kan leren, is dat de pre-pack ook een nuttig reorganisatiemiddel kan zijn als de regels van overgang van onderneming wél van toepassing zijn.

Concluderend luidt het antwoord op de onderzoeksvraag als volgt. Het arrest van 4 oktober 2019, waarin de Maclou-norm van toepassing is verklaard op de beoogd curator, sluit in beginsel goed

aan bij de ontwikkeling van de taak en functie van de beoogd curator. De verschillen tussen de curator en de beoogd curator nopen tot een verschillende invulling of toepassing van de Maclou-norm in een concreet geval. De Maclou-norm is een dusdanig open norm, dat ruimte is voor het wat mij betreft gerechtvaardigde verschil in benadering. Volgende rechtszaken zullen moeten uitwijzen hoe gerechten omgaan met deze verschillen. Wat Nederland van Engeland kan leren, is dat het van toepassing zijn van de regels van overgang van onderneming niet afdoet aan het nut van de pre-pack. Verder is het mijns inziens van belang dat een gelijksoortige terughoudendheid bij toepassing van de Maclou-norm wordt betracht als in het Engelse systeem, zij het dat voorkomen moet worden dat een procedure tegen een beoogd curator bij voorbaat kansloos is.

Mijn aanbeveling naar aanleiding van dit onderzoek luidt dat de volgende gezichtspunten worden gebruikt bij de invulling van de Maclou-norm in een concreet geval:

- ❖ Gebrek aan wettelijke bevoegdheden. Bij de invulling van de Maclou-norm is het feit dat de beoogd curator geen wettelijke bevoegdheden heeft, een relevante omstandigheid. De beoogd curator kan niet aansprakelijk worden gehouden voor gebrekking gebruik van zijn wettelijke bevoegdheden, omdat hij die niet heeft. De beoogd curator moet er wel op letten dat hij de richtsnoeren uit de Praktijkgeregels 2015 naleeft. Hoewel deze richtsnoeren niet de status van wet hebben en daarmee niet bindend zijn, kan het in strijd handelen met de Praktijkgeregels 2015 (bijvoorbeeld het in strijd handelen met de principes over concurrentievervalsing en marktverkenning) wel een relevante omstandigheid zijn bij invulling van de Maclou-norm.
- ❖ Het gebrek aan beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de beoogd curator ten aanzien van de toekomstig failliet. De beoogd curator is, in tegenstelling tot de curator, niet beheers- en beschikkingsbevoegd. De beoogd curator is daardoor niet in de gelegenheid beslissingen te nemen die het vermogen van de toekomstig failliet raken; het bestuur van de toekomstig failliet is nog bevoegd om te dit te doen. Het kan de beoogd curator vanzelfsprekend niet kwalijk genomen worden dat hij weinig mogelijkheden tot ingrijpen heeft. Wat hem wel kwalijk genomen kan worden, is als hij opmerkt dat de toekomstig failliet handelt in strijd met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en daar geen actie op onderneemt. Als de beoogd curator bezwaren heeft tegen de gang van zaken binnen de onderneming van de toekomstig failliet of als de toekomstig failliet niet instemt met de door de beoogd curator gegeven aanwijzingen, kan de beoogd curator zijn bezwaren uitspreken of zijn functie neerleggen. Doet hij dit niet, dan is dat een relevante omstandigheid bij invulling van de Maclou-norm.
- ❖ De mate van betrokkenheid van de rechter-commissaris. Tijdens de voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement staat de beoogd curator niet onder toezicht. Ook mist hij de bevoegdheid om ingrijpende beslissingen te nemen. Wel kan de beoogd rechter-commissaris aanwijzingen geven aan de beoogd curator. Legt de beoogd curator deze aanwijzingen naast zich neer, kan dit ofwel schending van een regel in de zin van Prakte/Gips zijn (indien de aanwijzing specifiek genoeg is) ofwel een omstandigheid zijn die meegenomen moet worden bij de invulling van de Maclou-norm. Onthoudt de beoogd rechter-commissaris zich van een aanwijzing, is ook dat een omstandigheid die mee kan spelen bij de invulling van de Maclou-norm.
- ❖ Gebrek aan transparantie en betrokkenheid van schuldeisers. De voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement is niet openbaar. Dat wil zeggen dat de schuldeisers – tenzij zij betrokken worden bij de voorbereiding van de doorstart – niet op de hoogte zijn van het naderende faillissement. De beoogd curator moet de belangen van de gezamenlijke schuldeisers behartigen in een fase waarin zichzelf niet voor hun belangen op kunnen komen. De schuldeisers moeten erop vertrouwen dat de beoogd curator handelt indien de toekomstig failliet een koers kiest die niet in het belang van de schuldeisers is. Hierdoor rust op de beoogd

curator volgens de wetgever een grotere verantwoordelijkheid om ervoor te waken dat de belangen van de schuldeisers niet worden geschonden dan op de curator tijdens het faillissement. Dit maakt het schenden van de belangen van de schuldeisers een belangrijke omstandigheid die mee moet wegen bij invulling van de Maclou-norm.

## Literatuurlijst

### Boeken & wetenschappelijke artikelen

#### **Assink, AA 2016/11**

B.F. Assink, 'Curator- en bestuurdersaansprakelijkheid in juxtapositie', *AA* 2016/11, p. 855-866.

#### **Barnett, Credit Management 2013/May**

R. Barnett, 'Unwrapping the pre-pack', *Credit Management* 2013/May, p. 20-22.

#### **Beale & Keddie 2018**

S. Beale & P. Keddie, *Insolvency and Restructuring Manual*, London: Bloomsbury Professional 2018.

#### **Beke & Wolterman, Tvl 2012/31**

K. Beke & P. Wolterman, 'Verslag seminar "De Nederlandse pre-pack – ready for take off?" d.d. 11 april te Amsterdam', *Tvl* 2012/31, afl. 6.

#### **Van Dal, Nuijten & Van Tilburg 2016/II.5.4.1**

H.J.M. van Dal, D.J.C. Nuijten & F.A. van Tilburg, 'Maatstaf voor aansprakelijkheid', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 134), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

#### **Van Dal, Nuijten & Van Tilburg 2016/II.5.4.2**

H.J.M. van Dal, D.J.C. Nuijten & F.A. van Tilburg, 'De beoogd curator en de Beklamel-norm', in: M. Holtzer, A.F.J.A. Leijten & D. Oranje (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2015-2016* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 134), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

#### **Davies, Recovery 2006/Summer**

S. Davies, 'Pre-pack – he who pays the piper calls the tune', *Recovery* 2006/Summer.

#### **Finch, Journal of Corporate Law Studies 2011/11**

V. Finch, 'Pre-Packaged Administrations and the Construction of Propriety', *Journal of Corporate Law Studies* 2011/11, issue 1, p. 1-31.

#### **Faber 2008**

N.E.D. Faber e.a., *De bewindvoerder, een octopus* (Onderneming & Recht deel 44), Deventer: Kluwer 2008.

#### **Van der Feltz I 1896**

G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling, deel I*, Haarlem 1896; heruitgegeven in: S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet* (Onderneming & Recht deel 2-I), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

#### **Frima, OR 2015/48**

J.C.A.T. Frima, 'INSOLAD Praktijkregels voor de beoogd curator', *OR* 2015/48, afl. 7.

**Frisby, *Law and Financial Markets Review* 2009/3**

S. Frisby, 'The second-chance culture and beyond: some observations on the pre-pack contribution', *Law and Financial Markets Review* 2009/3, p. 242-247.

**Van Geel, *FIP* 2017/54**

D.M. van Geel, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator; het lustrum van Prakke/Gips', *FIP* 2017/54, afl. 1.

**Van Geel, *FIP* 2020/134**

D.M. van Geel, 'De stille bewindvoerder persoonlijk aansprakelijk', *FIP* 2020/134, afl. 3, p. 44-49.

**Grapperhaus, *OR* 2017/124**

F. Grapperhaus, 'De prepack-vlinder die een rups bleef', *OR* 2017/124, afl. 15.

**Van Hees, *Tvl* 2004/45**

A. van Hees, 'Het doel van het faillissement en de taak van de curator', *Tvl* 2004/45, afl. 5.

**Hermans 2019**

R.M. Hermans, 'Insolad Praktijkregels voor Curatoren', in: M.A. Broeders, P.W. Schreurs & F. Feenstra (red.), *De curator en de failliet. Insolad Jaarboek 2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Hinrichs, *FD* 10 juni 2020**

J. Hinrichs, 'Oeso voorspelt diepste recessie in meer dan een eeuw', *FD* 10 juni 2020.

**Hummelen, *Tvl* 2015/2**

J.M. Hummelen, 'Het verkoopproces in een pre-packaged activatransactie', *Tvl* 2015/2, afl. 1.

**Hurenkamp, *Tvl* 2015/20**

J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *Tvl* 2015/20, afl. 2.

**Huydecoper, *Tvl* 2013/5**

J.L.R.A. Huydecoper, 'Pre pack liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?', *Tvl* 2013/5, afl. 1.

**Hox, *Tvl* 2018/42**

L. Hox, 'Het oorzakenonderzoek in faillissement – curator, are you seeing the bigger picture?', *Tvl* 2018/42, afl. 6.

**Hyde & White, *Law and Financial Markets Review* 2009/3**

M. Hyde & I. White, 'Pre-Pack Administrations: Unwrapped', *Law and Financial Markets Review* 2009/3, aflevering 2, p. 134-138.

**Jansen, *FIP* 2019/86**

J.B.A. Jansen, 'De onderverhurende curator', *FIP* 2019/86, afl. 2, p. 37-40.

**Jarvis & Sidle, *International Financial Law Review* 2018/37**

R. Jarvis & P. Sidle, 'Corporate Insolvency & Reorganisation Report 2018', *International Financial Law Review* 2018/37, aflevering 5, p. 142-145.

**Jongepier & Hoogenboezem, *FIP* 2013/6**

W.J.P. Jongepier & K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *FIP* 2013/6, p. 194-201.

**Karapetian, *Tvl* 2020/18**

A. Karapetian, annotatie bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, *Tvl* 2020/18.

**Kastrinou & Vullings, *International Insolvency Review* 2018/27**

A. Kastrinou & S. Vullings, "'No Evil is Without Good": A Comparative Analysis of Pre-pack Sales in the UK and the Netherlands', *International Insolvency Review* 2018/27, aflevering 3, p. 320-339.

**De Kloe 2019**

H.J. de Kloe, 'Toetsingskader verlenen machtiging en gebruikmaken van binnentredingsbevoegdheid', in: M.A. Broeders, P.W. Schreurs & F. Feenstra (red.), *De curator en de failliet. Insolad Jaarboek 2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**De Kloe, *MvO* 2020, p. 31-37**

H.J. de Kloe, 'Aansprakelijkheid van de (beoogd) curator verduidelijkt', *MvO* 2020/6, p. 31-37.

**Kroeze, Timmerman & Wezeman 2017**

M.J. Kroeze, L. Timmerman, J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Lennarts 2017/22.1**

M.L. Lennarts, 'Beoogd curator bij pre-pack (Inleiding)', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Lennarts 2017/22.2**

M.L. Lennarts, 'Beoogd curator bij pre-pack', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Lennarts 2017/22.4**

M.L. Lennarts, 'Maclou en de beoogd curator: geen natural fit', in: B.F. Assink e.a. (red.), *De vele gezichten van Maarten Kroeze's 'bange bestuurders'* (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 104), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Leupen & Betlem, *FD* 30 maart 2020**

J. Leupen & R. Betlem, 'Kredietverzekeraars zetten zich schrap voor golf van faillissementen', *FD* 30 maart 2020.

**Loesberg, *TOP* 2013/1**

E. Loesberg, 'Heiligt het doel de middelen? Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht', *TOP* 2013/1, p. 29-31.



**Messelink & Van den Bosch 2017**

K.A. Messelink & R. van den Bosch, *Juridisch handboek intensief beheer. Beheer van bancaire kredieten van klanten met financiële problemen* (Recht & Praktijk, nr. InsR10), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Mulder, Tvl 2019/5**

R. Mulder, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator: oppassen geblazen, steeds meer 'regels'! Een overzicht van de stand van zaken', *Tvl* 2019/5, afl. 1.

**Mulder, JOR 2019/269**

R. Mulder, annotatie bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, *JOR* 2019/269, p. 3440-3441.

**Van der Neut, TRA 2017/88**

N.M.Q. van der Neut, 'Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?', *TRA* 2017/88, afl. 11.

**Van Nielen, Tvl 2013/13**

W.J.B. van Nielen, 'Middelen van een curator bij faillissementsfraude', *Tvl* 2013/13, afl. 2.

**Noordoven, Bb 2019/58**

T.L.C.W. Noordoven, 'Wet overgang van onderneming in faillissement: een zegen of doodsteek voor de doorstart na faillissement?', *Bb* 2019/58, afl. 17.

**Van Oers 2020**

M.H.M. van Oers, *De doorstart van een BV bij insolventie* (Fiscale Monografieën nr. 121), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

**Van der Pijl 2019**

J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever* (Monografieën Sociaal Recht nr. 75) (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Polak & Pannevis 2017**

N.J. Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Schaink, Tvl 2017/22**

P.R.W. Schaink, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps', *Tvl* 2017/22, afl. 4.

**Schreurs, FIP 2013/8**

Ph. W. Schreurs, 'Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk?', *FIP* 2013/8, p. 270-272.

**Tideman 2015**

B.J. Tideman, 'Achtergrond en doel van de postblokkade', in: Ph. W. Schreurs e.a. (red.), *De Gereedschapskist van de Curator. Insolad Jaarboek*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

**Van Schilfgaarde/Winter, Wezeman & Schoonbrood 2017**

P. van Schilfgaarde/J.W. Winter, J.B. Wezeman & J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Segenhout, FD 8 september 2016**

J. Segenhout, 'Heiploeg verliest beroep tegen kartelboete van € 27 mln', *FD* 8 september 2016.

**Slump, NOS 10 juni 2020**

I.R. Slump, 'Twintig procent ondernemers in de problemen, meer rechters nodig voor faillissementen', *NOS* 10 juni 2020 (op 17 juni 2020 online geraadpleegd via <https://nos.nl/nieuwsuur/artikel/2336820-twintig-procent-ondernemers-in-de-problemen-meer-rechters-nodig-voor-faillissementen.html>).

**Spinath, TOP 2010/5**

I. Spinath, 'De aansprakelijkheid van de curator – een leidraad', *TOP* 2010/5.

**Spinath, MvO 2017, p. 253-256**

I. Spinath, 'De beperkte reikwijdte van het Smallsteps-arrest', *MvO* 2017/10&11, p. 253-256.

**Spinath, Tvl 2018/53**

I. Spinath, 'Niet wrijven in de vlek. Reactie op J.M.W. Pool, 'De eerste toepassingen van Smallsteps in Nederland, Noot bij Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (Tuunte) en Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (Bogra), *Tvl* 2018/39'', *Tvl* 2018/53, afl. 7.

**Spruitenburg 2018**

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

**Tideman, FIP 2013/7**

B.J. Tideman, 'Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland, geef ons de pre-pack+', *FIP* 2013/7, p. 234-237.

**Tollenaar, Tvl 2011/23**

N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tvl* 2011/23, afl. 4.

**Tollenaar, FIP 2013/6**

N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013/6, p. 202-213.

**Tollenaar, Tvl 2018/6**

N.W.A. Tollenaar, 'De implicaties van Estro voor de pre-pack en WCO I', *Tvl* 2018/6, afl. 1.

**Verburg, FIP 2017/334**

L.G. Verburg, 'Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft', *FIP* 2017/334, afl. 6.

**Verhoeven, TAV 2016/31**

M.H.S. Verhoeven, 'De aansprakelijkheid van de (beoogd) curator', *TAV* 2016/31, afl. 1.

**Verstijlen 1998**

F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1998.

**Verstijlen 2014**

F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack', in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014.

**Verstijlen, *NJB* 2014/803**

F.M.J. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands. De beoogde "beoogd curator"', *NJB* 2014/803, afl. 16.

**Verstijlen, *NJ* 2016/187**

F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 16 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, *NJ* 2016/187.

**Verstijlen, *NJ* 2018/464**

F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, *NJ* 2018/464.

**Verstijlen, *NJ* 2019/461**

F.M.J. Verstijlen, annotatie bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494, *NJ* 2019/461.

**Vriesendorp 1997**

R.D. Vriesendorp, 'Doorstarten en onbehoorlijk bestuur', in: R.J. van Galen, J.R. Glasz & J.C. van Oven (red.), *Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht (Insolad Jaarboek 1997)*, Deventer: Kluwer 1997.

**Walton, *International Insolvency Review* 2009/18**

P. Walton, 'Pre-packin' in the UK', *International Insolvency Review* 2009/18, p. 85-108.

**Wessels 2020**

B. Wessels, *Insolventierecht: Bestuur en beheer na faillietverklaring (Wessels Insolventierecht nr. IV)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

**Xie, *International Insolvency Review* 2012/21**

B. Xie, 'Role of Insolvency Practitioners in the UK Pre-pack Administrations: Challenges and Control', *International Insolvency Review* 2012/21, p. 95-103.

**Xie 2016**

B. Xie, *Comparative Insolvency Law, The Pre-pack Approach in Corporate Rescue*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2016 (geraadpleegd via eBook, waardoor paginanummers niet zichtbaar waren).

**Van Zanten, *Tvl* 2015/35**

M.R. van Zanten, 'De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web', *Tvl* 2015/35, afl. 4.

**Van Zanten, *FIP* 2015/5**

M.R. van Zanten, 'De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk', *FIP* 2015/5.

**Van Zanten 2018**

M.R. van Zanten, 'De post-Smallsteps pre-packpraktijk in Nederland', in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph. W. Schreurs (red.), *De Curator en het Personeel (Insolad Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

**Van Zanten 2012**

T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (Recht en Praktijk, nr. InsR3), Deventer, Kluwer 2012.

## Wet- en regelgeving

Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (*PbEU* 2001, L 82).

*Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3 (MvT).

*Kamerstukken II* 2015/16, 34218, nr. 6 (NV II).

Wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I (*Kamerstukken* 2015/16, 34218, A).

Brief van de minister van Rechtsbescherming van 27 augustus 2019 (*Kamerstukken* 2018/19, 33695 nr. 18).

## Jurisprudentielijst

### Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (*Smallsteps*).

### Hoge Raad

HR 27 augustus 1937, *NJ* 1938/9.

HR 14 januari 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AG4521 (*Peeters/Gatzen*).

HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AB9521 (*Beklamel*).

HR 23 december 1994, *NJ* 1996/628.

HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon II*).

HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou*).

HR 10 januari 1997, *NJ* 1997/360.

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

HR 2 maart 2007, *NJ* 2007/240.

HR 20 juni 2008, *NJ* 2009/21.

HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861 (*Hamm q.q./ABN AMRO*).

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

HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (*Koot beheer/Tideman q.q.*).

HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2627, m.nt. P. van Schilfgaarde.

HR 30 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:166.

HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199 (*Rabobank/Verdonk q.q.*).

HR 11 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492 (*Ruwaard van Puttenziekenhuis*).

Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2019:557, bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492.

HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494 (*Ruwaard van Puttenziekenhuis*).

Concl. A-G E.B. Rank-Berenschot, ECLI:NL:PHR:2019:558, bij HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1494.

HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (*Heiploeg I*).

HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:801.

HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg II*).

Concl. A-G B.F. Assink, ECLI:NL:PHR:2020:136, bij HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1078.

### Gerechtshoven

Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2015, *JOR* 2016/74.

Hof Den Haag 28 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3386, *JOR* 2018/80, m.nt. D.M. van Geel.

Hof Arnhem-Leeuwarden 30 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1922.

Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7950.

### Rechtbanken

Rb. Midden-Nederland 11 december 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:7252.

Rb. Gelderland 18 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2211.

Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954

Rb. Amsterdam 31 december 2019, *Stcrt.* 2020, 1598.

Rb. Noord-Nederland 7 januari 2020, *Stcrt.* 2020, 2359.

Rb. Amsterdam 23 januari 2020, *Stcrt.* 2020, 5533.

Rb. Gelderland 6 mei 2020, *Stcrt.* 2020, 25554

#### Accountantskamer

Ak. 21 januari 2019, 18/276, 18/277.

#### Court of Appeal (Engeland)

Court of Appeal (Engeland) 30 juli 2009, EWCA Civ 1094 (*Oakland v Wellswood*).

#### High Court (Engeland)

High Court (Engeland) 1990, BCLC 760 (*Re Charnley Davies Ltd no. 2*).

High Court (Engeland) 8 november 1999, BCC 956 (*Re T&D Industries Plc*).

High Court (Engeland) 27 april 2004, EWHC 932 (Ch) (*Transbus International Ltd*).

High Court (Engeland) 16 december 2004, EWHC 2947 (Ch) (*British American Racing (Holdings) Ltd*).

High Court (Engeland) 6 maart 2007, EWHC 2067 (Ch) (*DKLL Solicitors*).

High Court (Engeland) 24 november 2008, EWHC 2869 (Ch) (*Four Private Investment Funds*).

High Court (Engeland) 15 mei 2009, EWHC 904 (Ch) (*Kaylay Vending Ltd*).

High Court (Engeland) 18 juni 2009, EWHC 1745 (Ch) (*Clydesdale Financial Services Limited*), r.o. 30.

High Court (Engeland) 26 november 2009, EWHC 3199 (Ch) (*Re Hellas Telecommunications (Luxemburg) II SCA*).

High Court (Engeland) 8 februari 2018, EWHC 186 (Ch).