

marktpartij uit concurrentieoverwegingen. De tegenstem van Atradius is een tegenstem zonder navolgbare zakelijke grondslag: men vindt het te weinig en dan maar liever helemaal niets. De bewindvoerders schatten de kans dat in geval van faillissement aan de concurrente crediteuren enige uitkering kan worden gedaan op nihil. Ter vergadering is daar door de bewindvoerder nog aan toegevoegd dat zij Draka vanaf de voorlopige verlening van de surseance in de markt hebben gezet, een groot aantal (investerings)bedrijven hebben aangeschreven en met 8 of 9 partijen gesprekken hebben gevoerd, maar dat geen van deze partijen belangstelling heeft, waarbij niet heeft geholpen dat Renolit zich niet heeft verbonden tot een voortzetting van de huurovereenkomst. De bewindvoerders schatten in dat dit akkoord het maximaal haalbare is.

9. De rechter-commissaris stelt voorop dat zij op basis van hetgeen door de bewindvoerders is gesteld tot uitgangspunt neemt dat het alternatief een faillissement is. In geval van faillissement kan volgens de bewindvoerders aan de concurrente schuldeisers geen uitkering worden gedaan. Echter, het standpunt van PGB, dat zij in geval van faillissement veel beter af is omdat zij in dat geval via het UWV een uitkering van 100% ontvangt, is niet weersproken. Dat standpunt komt de rechter-commissaris, gelet op artikel 64 lid 1 onder c WW, ook niet onaannemelijk voor. Voorts is van belang dat Renolit, PGB en Atradius maar liefst een bedrag van € 3.189.554,25 en daarmee 43% van de totale (concurrente) schuldenlast vertegenwoordigen, hetgeen maakt dat aan hun tegenstem niet zonder meer voorbij gegaan kan worden. Daarbij wordt ook nog de hoogte van het percentage dat is aangeboden, 10%, in ogenschouw genomen. Tot slot valt niet in te zien dat het gestelde belang van Renolit, beëindiging van de huurovereenkomst met een financieel onzekere contractspartij, geen belang is dat een crediteur – mede met het oog op de lange termijn – ten grondslag zou mogen leggen aan een weigering. Het voorgaande leidt de rechter-commissaris tot de conclusie dat, hoewel onderkend wordt dat in geval van een faillissement de werkgelegenheid mogelijk op het spel komt te staan, niet gezegd kan worden dat de tegenstemmende schuldeisers in redelijkheid niet tot hun tegenstem hebben kunnen komen.

De beslissing

De rechter-commissaris wijst het verzoek op grond van artikel 268a Fw af.

269

Maatstaf voor persoonlijke aansprakelijkheid beoogd curator

Hoge Raad
4 oktober 2019, nr. 18/00867,
ECLI:NL:HR:2019:1494
(mr. Streefkerk, mr. Polak, mr. Kroeze, mr. Sieburgh, mr. Lock)
(Concl. A-G Rank-Berenschot)
Noot mr. drs. R. Mulder

Pre-pack ziekenhuis. Persoonlijke aansprakelijkheid stille bewindvoerder of stille curator (beoogd curator). Overeenkomstige toepassing Maclou-norm. Betekenis van opdracht en aanwijzingen door rechter of beoogd rechter-commissaris. Betekenis van praktijkregels. Als beoogd curator opgedane kennis van belang bij beoordeling persoonlijke aansprakelijkheid als curator. Verwijzing naar HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJJK (Maclou). Cassatie van Hof Den Haag 28 november 2017, «JOR» 2017/80, m.nt. Van Geel.

[Fw art. 68; BW art. 6:162]

De huidige Faillissementswet voorziet niet in een procedure – in de praktijk aangeduid als “pre-pack” – waarin vóór de faillietverklaring van de schuldenaar in beslotenheid kan worden onderzocht of diens onderneming, of een deel daarvan, na de faillietverklaring kan worden voortgezet, en reeds zoveel mogelijk op voortzetting gerichte voorbereidingen kunnen worden getroffen. Evenmin bevat de huidige Faillissementswet een grondslag voor de benoeming van een stille bewindvoerder of stille curator (hierna gezamenlijk aangeduid als “beoogd curator”) die zich vóór de faillietverklaring op de hoogte stelt van de situatie van de schuldenaar en, zo mogelijk, een voortzetting van diens onderneming na het faillissement voorbereidt. Bij gebreke van een wettelijke regeling worden de positie en de taken van een

beoogd curator in de eerste plaats bepaald door de opdracht van de rechter die de beoogd curator aanwijst, en door de aanwijzingen van die rechter of van een daartoe aangewezen beoogd rechter-commissaris. Daarnaast komt betekenis toe aan de Praktijkregels beoogd curator die zijn opgesteld door de Vereniging Insolventierecht Advocaten Insolad. Ten slotte is van belang dat de werkzaamheden van een beoogd curator dienen ter voorbereiding van een voortvarende en efficiënte afwikkeling van het nog uit te spreken faillissement van de schuldenaar. Een en ander brengt mee dat de beoogd curator – evenals de in art. 68 e.v. Fw bedoelde curator – zich moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en daarbij ook rekening moet houden met maatschappelijke belangen, waaronder het belang van werkgelegenheid. Het strookt met het vorenstaande om voor de beoordeling van het handelen van een beoogd curator, ter beantwoording van de vraag of hij persoonlijk aansprakelijk is, aansluiting te zoeken bij de maatstaf die geldt voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de in art. 68 e.v. Fw bedoelde curator, dat wil zeggen de zogenoemde Maclou-norm (HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJJK). Dit betekent dat in dit verband moet worden onderzocht of de beoogd curator heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende beoogd curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de in art. 68 e.v. Fw bedoelde curator dient steeds te geschieden aan de hand van de Maclou-norm, ook indien hij voorafgaand aan de faillietverklaring als beoogd curator van de schuldenaar is opgetreden. Bij de toepassing van de Maclou-norm komt, in voorkomend geval, betekenis toe aan hetgeen de curator in de fase voorafgaand aan het faillissement als beoogd curator heeft gedaan en nagelaten en aan de kennis die hij in die hoedanigheid heeft verworven.

X BV,

eiseres tot cassatie,
advocaten: mr. B.I. Kraaiapoel en mr. T.V.J. Bill,
tegen

1. A,
2. B,

verweerders in cassatie,

advocaten: mr. T.T. van Zanten en mr. I.M.A. Lintel.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. A-G Rank-Berenschot)

Deze zaak betreft het faillissement van het voorheen door Stichting [A] geëxploiteerde ziekenhuis (hierna: [A]). Eiseres tot cassatie (hierna: [eiseres]¹) is de praktijk-BV van [eiseres], een voorheen aan [A] verbonden medisch specialist. Verweerders in cassatie (hierna: *Curatoren*) zijn in de *pre-pack*periode voorafgaand aan het faillissement stille bewindvoerder geweest en zijn vervolgens bij de faillietverklaring tot curator benoemd. In deze procedure stelt [eiseres] Curatoren *pro se* hoofdelijk aansprakelijk voor de schade die zij stelt te hebben geleden, bestaande in onder meer gedeerde goodwill, gedeerde inkomsten en pensioenschade. De kern van het verwijt aan Curatoren is dat zij zich de belangen van [eiseres] onvoldoende hebben aangetrokken door de wijze waarop zij eerst tijdens de *pre-pack*periode als stille bewindvoerders een doorstarttransactie met Spijkenisse Medisch Centrum i.o. (hierna: *SMC i.o.*) hebben voorbereid en deze vervolgens na de faillietverklaring als curatoren hebben uitgevoerd. Rechtbank en hof hebben de vorderingen jegens Curatoren afgewezen.

In cassatie bestrijdt [eiseres] de aansprakelijkheidsmaatstaf waaraan het hof het handelen van Curatoren heeft getoetst. Verder komt aan de orde of verplichtingen uit de tussen [A] en [eiseres] gesloten toelatingsovereenkomst – die door Curatoren niet gestand is gedaan – “regels” zijn zoals bedoeld in het arrest [...]/[...]. Tenslotte wordt opgekomen tegen het oordeel van het hof dat Curatoren niet *pro se* onrechtmatig hebben gehandeld.

Deze zaak hangt samen met zaak 18/00870, waarin Curatoren door een andere medisch specialist ([betrokkene 2]) op dezelfde gronden worden aangesproken en waarin thans eveneens wordt geconcludeerd. Verder hangt zij samen met de zaken 18/00866 en 18/00869, waarin [eiseres] respectievelijk [betrokkene 2] SMC en andere bij

1 Ook de rechtbank, het hof en eiseres tot cassatie gebruiken de gedefinieerde term “[eiseres]” ter aanduiding van de procespartij [eiseres] B.V. Dit blijkt echter in het lichaam van de stukken in kwestie niet overal consequent te worden doorgevoerd. Soms moet onder “[eiseres]” klaarblijkelijk [eiseres] worden verstaan. Dit is met name het geval in de cassatiestukken zijdens eiseres tot cassatie.

de overname betrokken partijen aanspreekt op grond van onrechtmatige daad dan wel onge-rechtvaardigde verrijking.

1. Feiten en procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan:²

(i) [eiseres] (althans [eiseres] via zijn BV) is vrijgevestigd medisch specialist voor radiologie. [eiseres] oefende de praktijk sinds 1989 uit in [A] op grond van een door [eiseres] in persoon met [A] gesloten toelatingsovereenkomst.³ Sinds 1 januari 1990 voerde [eiseres] de werkzaamheden (voor gezamenlijke rekening) uit in maatschapsverband. In de toelatingsovereenkomst met [A] is onder meer het volgende bepaald:

“Artikel 17 Praktijkoverdracht

(...)

Goodwill

17.2. Tenzij het tegendeel schriftelijk is vastgelegd, heeft de medisch specialist recht op goodwill ten aanzien van de uit hoofde van de onderhavige overeenkomst in het ziekenhuis verrichte werkzaamheden.

Aan de onderhavige overeenkomst kunnen ten aanzien van de goodwill niet meer rechten worden ontleend, dan op het moment van aangaan van de onderhavige overeenkomst bestonden.”

(ii) Vanaf 2012 was, in verband met financiële problemen, de inspanning van [A] gericht op regionale samenwerking met Stichting Maasstad Ziekenhuis (hierna: *het Maasstad*). In dat kader heeft [A] met het Maasstad een intentieverklaring ondertekend, waarin partijen de intentie hebben uitgesproken op alle gebieden die zich aandienen samen te werken.

(iii) Eind 2012 is in samenspraak met de Inspectie voor de Volksgezondheid de afdeling cardiologie van [A] gesloten, waarna de vakgroep cardiologie van het Maasstad samen met Stichting Protestants Christelijk Ziekenhuis Ikazia (hierna: *het Ikazia*) en Stichting het Van Weel-Bethesda Ziekenhuis (hierna: *het Van Weel-Bethesda*) de cardiologische

zorg vanuit [A] op zich heeft genomen. [A] werd (vanaf 1 december 2012) onder verscherpt toezicht gesteld. Op 29 mei 2013 beëindigde de Inspectie voor de Volksgezondheid de verscherpte ondertoezichtstelling.

(iv) Vervolgens is [A] in overleg getreden met het Maasstad, het Ikazia en het Van Weel-Bethesda, alsmede twee zorgverzekeraars, CZ en Achmea. Dit overleg heeft geleid tot een intentieverklaring van 19 december 2012, op basis waarvan de betrokken partijen een toekomst van [A] als satellietziekenhuis nader zouden onderzoeken. De zorgverzekeraars waren met name bij het overleg betrokken in verband met te maken afspraken over zorginkoop en schuldsanering. In de intentieverklaring staat onder meer:

“[A] ziekenhuis heeft, mede als gevolg van recente ontwikkelingen rond cardiologie, een analyse gemaakt van haar huidige en toekomstige mogelijkheden. Deze analyse heeft geleid tot de conclusie dat een zelfstandig ziekenhuis niet langer mogelijk is.

[A] ziekenhuis, nieuwe stijl heeft toekomst als een satellietziekenhuis waarbij de kernfuncties gerealiseerd worden middels samenwerking in de regio. (...)

Tegen deze achtergrond hebben de verzekeraars CZ en Achmea en het Maasstad Ziekenhuis, Ikazia ziekenhuis en Van Weel-Bethesda ziekenhuis de volgende intentie uitgesproken:

– Verzekeraars zijn bereid om met [A] ziekenhuis financiële afspraken te maken (...) om de transitieperiode te overbruggen.

– In de komende maanden vraagt het een gezamenlijke uitwerking van het nieuwe profiel van de locatie Spijkenisse (zorgverzekeraars - ziekenhuizen).

– Verzekeraars zijn in beginsel bereid te contracteren met de overnemende partij van [A] ziekenhuis (...).

– (...)

– Het Maasstad Ziekenhuis, Ikazia ziekenhuis en Van Weel-Bethesda ziekenhuis zijn bereid tot een overname onder condities van [A] ziekenhuis als na onderzoek (inhoudelijk, juridisch en financieel) blijkt dat dit mogelijk en verantwoord is c.q. aan randvoorwaarden is voldaan.”

2 Ontleend aan rov. 2.1-2.2 van het arrest van het Hof Den Haag van 28 november 2017, zaaknummer 200.190.323/01, ECLI:NL:GHDHA:2017:3386. Zie ook rov. 2.1-2.17 van het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 20 januari 2016, zaak-/rolnummer: C/10/459657/HA ZA 14-956, ECLI:NL:RBROT:2016:447.

3 Overgelegd als prod. 9 bij inl. dagv.

(v) Een toekomst voor [A] als satellietziekenhuis bleek eind 2013⁴ niet mogelijk, voornamelijk in verband met gevraagde inspanningen van derde partijen in verband met benodigde schuldsanering bij [A] en benodigde financiële middelen voor een overname.

(vi) [A] is op 24 juni 2013 gefailleerd, met aanstelling van Curatoren als curatoren. Het faillissement is voorafgegaan door een zogenaamde *pre-pack* procedure: het bestuur van [A] heeft op 5 juni 2013 de rechtbank 's-Gravenhage verzocht een stille bewindvoerder aan te wijzen teneinde in relatieve rust en op voortvarende wijze een eventuele doorstart vanuit een faillissement voor te bereiden. De rechtbank heeft het verzoek dezelfde dag gehonoreerd, met de boodschap dat het doel van de *pre-pack* was het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en het beperken van maatschappelijke schade. Vervolgens hebben Curatoren als stille bewindvoerders hun werkzaamheden aangevangen.⁵

(vii) Tijdens de *pre-pack* periode zijn gesprekken gevoerd met twee overnamekandidaten, namelijk het Ikazia, het Maasstad en het Van Weel-Bethesda aan de ene kant en een investeringsonderneming aan de andere kant.

(viii) Op 24 juni 2013 hebben Curatoren overeenstemming bereikt met SMC i.o. over een doorstarttransactie. Een schriftelijke overeenkomst is op 1 juli 2013 door en namens Curatoren en SMC i.o. ondertekend. SMC i.o. is een samenwerkingsverband van het Ikazia, het Maasstad en het Van Weel-Bethesda. Uiteindelijk is het Spijkenisse Medisch Centrum B.V. (hierna: SMC) opgericht op 8 juli 2013. Zorg in Regio Zuid Coöperatief U.A. (hierna: *de Coöperatie*) is enig aandeelhouder van het SMC. De Coöperatie is op 5 juli 2013 opgericht door het Maasstad, het Ikazia en het Van Weel-Bethesda.

(ix) SMC i.o. heeft van Curatoren de “activa” gekocht voor een bedrag van € 6 miljoen. Activa is in de koopovereenkomst gedefinieerd als: immateriële activa, inventaris en voorraad. Immateriële activa is in de koopovereenkomst gedefinieerd als

handelsnamen en domeinnamen van [A], het recht om in de plaats te treden van [A] ter zake van licenties, vergunningen en overeenkomsten waarbij [A] partij is alsmede de (overige) goodwill van [A]. In de overeenkomst is de koopprijs uitgesplitst aldus, dat voor de immateriële activa € 1 wordt betaald, terwijl het restant van de koopsom de koopprijs is voor de inventaris en voorraad. Voorts is in de overeenkomst bepaald:

“6.1. De overdracht van de Activa vindt voor zover mogelijk zowel economisch, feitelijk als juridisch plaats per 24 juni 2013, 00.00 uur. Met ingang van dat tijdstip wordt het voorheen door [A] gedreven ziekenhuis geëxploiteerd voor rekening en risico van Koper en komen alle verdiensten en kosten voor de exploitatie vanaf die datum toe aan Koper en zal koper die verdiensten afrekenen met de medische staf en kosten betalen aan derden waaronder leveranciers.”

Over de overname staat in het faillissementsverslag voorts:

“Hiermee heeft SMC een doorstart van het ziekenhuis bevestigd, in die zin dat het ziekenhuis per faillissementsdatum (24 juni 2013, 0.00 uur) wordt gedreven voor rekening en risico van SMC. (...)

In het kader van de transactie zal SMC aan een groot deel van het personeelsbestand van RPZ dienstverbanden aanbieden. (...) Ook heeft SMC inmiddels aan het grootste gedeelte van de medische staf de aanbieding gedaan om bij SMC in loondienst te treden.”

(x) Op 25 juni 2013 is namens de medische staf van het Maasstad, het Ikazia en het Van Weel Bethesda aan de medisch specialisten van het voormalig [A] geschreven:

“Met de transitie van [A] ziekenhuis naar Spijkenisse Medisch Centrum, hetgeen onder de regie van de 3 ziekenhuizen valt, is de vraag actueel hoe de medische zorg de komende periode zal worden ingevuld.

Het ligt voor de hand de specialisten van het voormalig [A] hiervoor te benaderen, echter het verplicht overnemen van deze specialisten is door de samenwerkende ziekenhuizen altijd als onbespreekbaar aangemerkt.

Voor de overgangssituatie is daarom een commissie ingesteld, bestaande uit de stafvoorzitters van de 3 ziekenhuizen, aangevuld met maatschapsvertegenwoordigers per vakgebied vanuit de 3 ziekenhuizen. Morgen zal een ieder van het

4 Waarschijnlijk is bedoeld eind april 2013 (zie inl. dagv. onder 63).

5 Uit het eerste faillissementsverslag blijkt dat tevens een rechter-commissaris is aangewezen (toev. A-G). Zie prod. 22 bij inl. dagv., p. 4.

voormalige [A] ziekenhuis hier verder per vakgroep van op de hoogte gesteld worden. Gezien de ingrijpende situatie en de persoonlijke consequenties is uw aanwezigheid van groot belang. Niet verschijnen zal door ons ook als een signaal worden opgevat.”

(xi) Aan [eiseres] is op 26 juni 2013 bericht dat SMC c.s. geen gebruik zullen gaan maken van zijn diensten. Dit is op 1 juli 2013 schriftelijk aan [eiseres] bevestigd.

(xii) In een verslag van een personeelsbijeenkomst van 27 juni 2013 staat:

“Tijdens de personeelsbijeenkomst op 27 juni 2013 zijn de medewerkers van [A] geïnformeerd over de laatste stand van zaken rondom de overname. (...) Aan alle medisch specialisten is op dinsdag 25 juni 2013 verteld dat alle contracten met specialisten komen te vervallen. Op vier specialisten na, is aan de medisch specialisten een dienstverband van zes maanden aangeboden om samen te kijken hoe het zorgaanbod in de toekomst verder ontwikkeld kan worden. (...)

Vragen en antwoorden tijdens de bijeenkomst:

(...)

Welke specialisten blijven en welke niet? Er zijn er nu vier per vandaag weggestuurd en ik begreep dat een paar andere later niet meer hier zullen werken. Er zijn vier specialisten per 27 juni niet meer in het [A] werkzaam: (...) en dokter [eiseres] (...). De artsen zijn niet weggestuurd maar hebben er zelf voor gekozen om niet meer te komen. Zij kregen te horen dat de selectiecommissie geen positief advies geeft, de dokters waren zo ontdaan dat ze het niet verantwoord vonden om te werken.”

(xiii) Op 2 juli 2013 hebben Curatoren [eiseres] (en alle andere medisch specialisten van het voormalig [A]) bericht dat zij de lopende overeenkomsten met [A] geen gestand wensen te doen.

(xiv) In juli 2013 ontvingen de medisch specialisten van het Maasstad, het Ikazia en het Van Weel-Bethesda van het bestuur een brief waarin onder meer staat:

“Wij hebben ook een beroep op u gedaan om vanuit uw kennis en kunde een bijdrage te leveren aan de doorstart. De inzet die u daarvoor levert is zowel op de lange termijn als op de korte termijn naar onze opvatting beslist noodzakelijk. Wij spreken onze waardering uit voor de additionele inspanning die u naast de praktijk in het eigen ziekenhuis levert ten behoeve van Spijkenisse Medisch Centrum.

Ons bereiken berichten dat de vrees bestaat dat vanuit de specialisten die voorheen verbonden waren aan [A], een claim neergelegd zal worden bij medisch specialisten die vanuit de drie overnemende ziekenhuizen werkzaam zijn voor Spijkenisse Medisch Centrum. Een dergelijke claim zou bijvoorbeeld betrekking hebben op verloren gegane goodwill en inkomstenderving. De Raden van Bestuur van de overnemende ziekenhuizen hebben bij de planvorming dit punt uitdrukkelijk onder ogen gezien en hebben zich terzake laten adviseren. Op basis daarvan menen wij dat een dergelijke claim geen juridische basis heeft en niet toewijsbaar is.

Dat neemt niet weg dat er dezerzijds begrip is voor het feit dat dergelijke geluiden tot onrust leiden. Om die onrust weg te nemen heeft de Raad van Bestuur besloten u als medisch specialist te vrijwaren voor dergelijke aansprakelijkheden. Die vrijwaring ziet op aanspraken op schadevergoeding in verband met verloren gegane goodwill en inkomstenderving van medisch specialisten die een toelating hadden bij Stichting [A] Ziekenhuis, welke direct of indirect voortvloeiën uit de werkzaamheden die u verricht in Spijkenisse Medisch Centrum of welke werkzaamheden u verricht in het eigen ziekenhuis in verband met de doorstart van Spijkenisse Medisch Centrum.”

(xv) In een document genaamd “Kaders samenwerking maatschappen Spijkenisse Medisch Centrum”, met als ondertitel “Kaders geformuleerd op basis van bijeenkomsten met voorzitters raden van bestuur, voorzitters medische staven en voorzitters van de stafmaatschappen van het Ikazia Ziekenhuis, Maasstad Ziekenhuis en Het Van Weel-Bethesda Ziekenhuis en een afvaardiging van de directie Van het Spijkenisse Medisch Centrum” van 25 september 2013 staat onder meer:

“Inzet Medisch specialisten Spijkenisse

– Maatschappen hebben de vrijheid om te kiezen voor het wel of niet opnemen van de medisch specialisten uit het SMC binnen hun maatschap/coöperatie/in loondienst.

(...)

Voorwaarden samenwerking en transitie mogelijkheden

– De maatschappen dienen tijdig (vóór 18-10-2013) kenbaar te maken of ze voornemens zijn om (een deel van) de medisch specialisten uit het SMC onderdeel te laten uitmaken van één van hun maatschappen (al dan niet in loondienst of als maat).

Dit om ervoor te zorgen dat de medisch specialisten uit het SMC tijdig weten waar ze aan toe zijn. In zoverre dit mogelijk is zal een onderbouwing worden gegeven waarom er wel/geen plaats voor hen is in de toekomst. De voorzitters van de medische staven communiceren de uitkomst aan de medisch specialisten van het SMC.

– Er kan voor gekozen worden om de medisch specialisten uit Spijkenisse een (tijdelijk) dienstverband aan te bieden onder de vlag van het SMC, totdat een meer definitief besluit genomen wordt. (...)

– Minimaliseren van de volgende risico's ten aanzien van Spijkenisse:

Continuïteit van zorg in SMC door wegvallen medisch specialisten.

Relatie met huisartsen als gevolg van niet opnemen van medisch specialisten uit Spijkenisse in de coöperatie.”

(xvi) Momenteel wordt radiologie in het SMC verzorgd door de maatschap radiologie SMC, een samenwerkingsverband tussen de maatschappen radiologie van het Ikazia en het Maasstad.

(xvii) De Maatschap Radiologie Dirksland (hierna: *de Maatschap Dirksland*), de Maatschap Radiologie Ikazia Ziekenhuis Rotterdam (hierna: *de Maatschap Ikazia*), de Maatschap Radiologie Maasstad Ziekenhuis (hierna: *de Maatschap Maasstad*) zijn maatschappen voor radiologie die verbonden zijn aan het Van Weel-Bethesda, het Ikazia en het Maasstad.

1.2. Bij inleidende dagvaarding van 3 september 2014 heeft [eiseres]⁶ SMC, de Maatschap Dirksland, de Maatschap Ikazia, de Maatschap Maasstad, de Coöperatie, het Ikazia, het Maasstad, het Van Weel-Bethesda (hierna gezamenlijk: *SMC c.s.*) en Curatoren gedagvaard voor de rechtbank Rotterdam. Na wijziging van eis heeft zij (onder meer en voor zover thans nog van belang) gevorderd dat de rechtbank, uitvoerbaar bij voorraad,

primair:

gedaagden (waaronder Curatoren) hoofdelijk veroordeelt tot vergoeding van (i) schade ad € 2.895.064, vermeerderd met rente, (ii) reputatie-

schade ad € 25.000, vermeerderd met rente, (iii) bereddingskosten ad € 13.177,68, en (iv) kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid ad € 893,96;

meer subsidiair:

voor recht verklaart dat:

a. SMC, de Coöperatie, het Ikazia, het Maasstad, het Van Weel-Bethesda en Curatoren onrechtmatig hebben gehandeld en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor ontstane schade, op te maken bij staat;

b. de Maatschap Dirksland, de Maatschap Ikazia en de Maatschap Maasstad onrechtmatig profiteren van het onrechtmatig handelen van de onder a. genoemde partijen en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor ontstane schade, op te maken bij staat;

uiterst subsidiair:

voor recht verklaart dat de Maatschap Dirksland, de Maatschap Ikazia, de Maatschap Maasstad, de Coöperatie, het Ikazia, het Maasstad en het Van Weel-Bethesda ongerechtvaardigd zijn verrijkt en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de daardoor ontstane schade, op te maken bij staat; alles met veroordeling van gedaagden in de kosten van de procedure, te vermeerderen met nakosten en wettelijke rente.⁷

1.3. SMC c.s. en Curatoren hebben gemotiveerd verweer gevoerd.

1.4. Bij tussenvonnissen van 24 juni 2015⁸ heeft de rechtbank een comparitie van partijen bevolen. Deze heeft plaatsgevonden op 26 oktober 2015.⁹ Van de comparitie is proces-verbaal opgemaakt.

1.5. Bij tussenvonnissen van 20 januari 2016¹⁰ heeft de rechtbank overwogen, kort weergegeven en voor zover hier van belang, dat de vordering tegen Curatoren bij eindvonnis zal worden afgewezen en dat dit ook geldt voor de overige vorderingen van [eiseres], met uitzondering van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, in welk ver-

⁷ De subsidiaire grondslag (toerekenbare tekortkoming) is in appel prijsgegeven en wordt daarom hier niet vermeld.

⁸ Rb Rotterdam, vonnis van 24 juni 2015, zaaknummer/rolnummer: C/10/459657/HA ZA 14-956.

⁹ Tijdens de comparitie is deze zaak behandeld tezamen met o.m. de bij incidenteel vonnis van 11 maart 2015 gevoegde zaak van [betrokkene 2] tegen SMC c.s. en Curatoren (C/10/459641/HA ZA 14-953).

¹⁰ Rb Rotterdam 20 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:447.

⁶ In feitelijke instanties is de procedure aan de zijde van eiseres mede gevoerd door een andere medisch specialist voor radiologie, tevens maat van [eiseres]. Deze heeft echter geen cassatie ingesteld en blijft daarom hierna verder onvermeld.

band de rechtbank voornemens is een deskundige te benoemen (rov. 4.27).¹¹

De rechtbank heeft partijen toegestaan van het vonnis tussentijds hoger beroep in te stellen (rov. 5.3).

1.6. Bij exploit van 18 april 2016 heeft [eiseres] Curatoren in hoger beroep gedagvaard.¹² Het hoger beroep strekt ertoe dat het hof bij arrest, zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis waarvan beroep zal vernietigen, met uitzondering van rov. 4.11, 4.12, en de eerste volzin van rov. 4.10, en, opnieuw rechtdoende, na wijziging van eis in hoger beroep bij memorie van grieven (onder N) en na eisvermindering bij gelegenheid van pleidooi, zakelijk weergegeven:

primair:

Curatoren, pro se, zal veroordelen om

a) uit hoofde van onrechtmatige daad aan [eiseres] te betalen een bedrag van € 2.549.543, zijnde: – € 308.427 aan gederfde goodwill,

– € 2.155.952 aan gederfde inkomsten, en

– € 85.164 aan bruto pensioenschade;

b) uit hoofde van reputatieschade aan [eiseres] te betalen een bedrag van € 25.000 te vermeerderen met de wettelijke rente;

c) uit hoofde van bereddingskosten aan [eiseres] te betalen een bedrag van € 13.177,68;

d) uit hoofde van kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid aan [eiseres] te betalen een bedrag van € 893,96 (inclusief BTW).

meer subsidiair:

voor recht zal verklaren dat Curatoren pro se onrechtmatig jegens [eiseres] hebben gehandeld en hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle schade die [eiseres] als gevolg daarvan heeft geleden en/of zal lijden;

Curatoren pro se hoofdelijk zal veroordelen tot betaling van de schade die [eiseres] heeft geleden, nader op te maken bij staat, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag der algehele voldoening;

zowel primair als meer subsidiair:

Curatoren pro se hoofdelijk zal veroordelen in de proceskosten, de nakosten daaronder begrepen,

te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van veertien dagen na het in dezen te wijzen arrest tot aan de dag van betaling.¹³

1.7. Curatoren hebben verweer gevoerd met conclusie tot bekrachtiging.

1.8. Partijen hebben hun zaak op 20 juni 2017 doen bepleiten, onder overlegging van pleitaantekeningen. Van de zitting is proces-verbaal opge maakt.¹⁴

1.9. Bij arrest van 28 november 2017¹⁵ heeft het hof de in rov. 4.27 van het vonnis van de rechtbank van 20 januari 2016 gegeven bindende eindbeslissing bekrachtigd, de vordering van [eiseres] afgewezen en [eiseres] veroordeeld in de proceskosten.

1.10. [eiseres] heeft op 27 februari 2018 (en dus tijdig) een procesinleiding bij de Hoge Raad ingediend. Curatoren hebben geconcludeerd tot verwerving van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunt schriftelijk toegelicht.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1. Het cassatiemiddel is gericht tegen rov. 2.8-2.10 van het bestreden arrest, waarin het hof de aansprakelijkheid van Curatoren (pro se) afwijst.

2.2. Het middel valt uiteen in drie onderdelen. *Onderdeel 1* bestrijdt de aansprakelijkheidsmaatstaf waaraan het hof het handelen van Curatoren heeft getoetst. *Onderdeel 2* betreft de vraag in hoeverre voor Curatoren een ruime mate van vrijheid bestond en of de goodwillverplichting uit de toelatingsovereenkomst gesloten tussen [eiseres] en [A] moet worden beschouwd als een “regel” zoals bedoeld in het arrest [...]/[...]. *Onderdeel 3* bestrijdt het oordeel van het hof dat Curatoren niet onrechtmatig hebben gehandeld jegens [eiseres].

Onderdeel 1: maatstaf aansprakelijkheid

2.3. *Onderdeel 1* bestaat uit twee subonderdelen (1a en 1b).

11 Ontleend aan rov. 2.4 van het bestreden arrest van het Hof Den Haag van 28 november 2017.

12 SMC c.s. hebben afzonderlijk hoger beroep ingesteld. Van het arrest van 28 november 2017 in die zaak (200.189.977/01) is cassatieberoep ingesteld onder zaaknr. 18/00866 ([eiseres]/SMC c.s).

13 Ontleend aan rov. 2.5 van het arrest van het Hof Den Haag van 28 november 2017.

14 Tijdens de pleidooizitting is de zaak behandeld gezamenlijk met de zaken 200.189.977/01 (SMC c.s./[eiseres]), 200.189.984/01 (SMC c.s./[betrokkene 2]) en 200.190.063/01 ([betrokkene 2]/Curatoren).

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

Subonderdeel 1a klaagt dat het hof in rov. 2.8 van het bestreden arrest de maatstaf voor aansprakelijkheid van een stille bewindvoerder heeft miskend. Ten onrechte heeft het hof de maatstaf voor (privé)aansprakelijkheid van Curatoren voor hun handelwijze gedurende de *pre-pack*procedure gelijkgesteld aan de Maclou-norm. Het hof heeft miskend dat de (bijzondere) aansprakelijkheidsnorm voor curatoren niet van toepassing is op een stille bewindvoerder die zonder wettelijke basis (en dus zonder wettelijk toezicht¹⁶) handelt. Volgens het middel behoort voor een stille bewindvoerder geen hogere aansprakelijkheidsdrempel te gelden dan in het gewone aansprakelijkheidsrecht¹⁷ en is op het handelen van een stille bewindvoerder de voor *advocaten in het algemeen* geldende zorgvuldigheidsnorm van toepassing. Dit brengt mee dat een stille bewindvoerder (die in contractuele relatie tot de schuldenaar staat¹⁸) ook rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van derden die (voorzienbaar) nadeel dreigen te ondervinden van zijn handelwijze.¹⁹

Subonderdeel 1b klaagt dat voor zover het hof de handelwijze van Curatoren ná hun benoeming tot curatoren van [A] heeft beoordeeld aan de hand van de Maclou-norm, het daarmee heeft blijkgeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd. Ook op het handelen van Curatoren ná de faillietverklaring behoort de Maclou-norm (met zijn hoge mate van bescherming) niet van toepassing te zijn.²⁰ Daartoe wordt aangevoerd dat de handelwijze van een curator die vóór zijn benoeming in hoedanigheid stille bewindvoerder was, wordt ingekleurd door die specifieke omstandigheid. Dit geldt in ieder geval wanneer de handelwijze van de curator voortborduurde op wat hij als stille bewindvoerder in gang heeft gezet. Uit het arrest valt niet af te leiden dat het hof deze relevante omstandigheid heeft meegewogen, aldus subonderdeel 1b.

16 S.t. onder 2.1.7 en 2.1.10 verwijst in dit verband naar HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*FNV/Smallsteps*).

17 Zie s.t. onder 2.1.10.

18 Zie s.t. onder 2.1.10.

19 S.t. onder 2.1.10 verwijst naar HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355, NJ 2017/364 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*[...]/Compaen*).

20 Aldus s.t. onder 2.1.11.

2.4. Onderdeel 1 werpt aldus de vraag op welke aansprakelijkheidsmaatstaf van toepassing is op het handelen van Curatoren (i) als stille bewindvoerder tijdens de *pre-pack*fase vóór het faillissement (onderdeel 1a), respectievelijk (ii) als faillissementscurator tevens voormalig stille bewindvoerder in de periode ná de faillietverklaring (onderdeel 1b).

2.5. Aangezien in de onderhavige procedure (slechts) de *persoonlijke* aansprakelijkheid van Curatoren aan de orde is, zal in het onderstaande eerst worden ingegaan op de Maclou-norm, zoals deze ook door het hof in rov. 2.8 tot uitgangspunt is genomen. Nu deze Maclou-norm is gebaseerd op de bijzondere kenmerken van de taak van de faillissementscurator, zal vervolgens worden ingegaan op de (bijzondere kenmerken van de) positie en taak van de stille bewindvoerder. Daarbij zal ook aandacht worden besteed aan het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I (hierna: WCO I).

Juridisch kader: maatstaf persoonlijke aansprakelijkheid curator (Maclou-norm)

2.6. In het standaardarrest betreffende de persoonlijke aansprakelijkheid van de faillissementscurator – het *Maclou*-arrest²¹ – heeft uw Raad een (van die voor advocaten en vergelijkbare beroepsbeoefenaren afwijkende) specifieke zorgvuldigheidsnorm geformuleerd. Uw Raad overwoog daartoe als volgt:

“3.6. Onderdeel 2.2 stelt de vraag aan de orde welke maatstaf dient te worden gehanteerd bij de beoordeling van de vraag of een faillissementscurator persoonlijk aansprakelijk is jegens derden die nadeel hebben ondervonden van de wijze waarop de curator bij het beheren en vereffenen van de failliete boedel te werk is gegaan.

Onder 2.2.a verdedigt het onderdeel de stelling dat ‘de aan een faillissementscurator (...) te stellen zorgvuldigheidsnorm’ in beginsel gelijk is aan die welke geldt voor advocaten en vergelijkbare beroepsbeoefenaren. Deze stelling kan niet als juist worden aanvaard. Zij miskent vooreerst dat een curator, ook al beoefent hij het beroep van advocaat of een daarmee vergelijkbaar beroep, bij het

21 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn, JOR 1996/48 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (*Maclou/curatoren Van Schuppen*).

vervullen van zijn taak als curator niet optreedt als beoefenaar van dat beroep.

Voorts miskent die stelling dat de curator, anders dan de beoefenaar van een beroep als dat van advocaat, niet in een contractuele betrekking staat tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, alsmede dat hij bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen moet behartigen en bij het nemen van zijn beslissingen — die vaak geen uitstel kunnen lijden — óók rekening behoort te houden met belangen van maatschappelijke aard. Deze bijzondere kenmerken van de taak van de curator brengen mee dat zijn eventuele persoonlijke aansprakelijkheid dient te worden getoetst aan een zorgvuldigheidsnorm die daarop is afgestemd. Deze norm komt hierop neer dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. (...)”

2.7. Daarbij teken ik aan dat deze norm geldt voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels en hem derhalve in beginsel een ruime mate van *beleidsvrijheid* toekomt.

Voor zover de curator wel is gebonden aan regels, heeft hij die beleidsvrijheid niet. Komt hij die regels niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden.²² Zie daarover nader bij de bespreking van subonderdeel 2b.

2.8. In het *Maclou*-arrest wordt de gelding van een *specifieke* zorgvuldigheidsnorm voor de faillissementscurator dus gebaseerd op de volgende bijzondere kenmerken van zijn taak: (i) de curator treedt bij het vervullen van zijn taak als curator niet op als advocaat of ter uitoefening van een daarmee vergelijkbaar beroep, (ii) de curator staat niet in een contractuele betrekking tot degenen wier belangen aan hem in zijn hoedanigheid zijn toevertrouwd, (iii) de curator moet bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrij-

dige belangen behartigen, (iv) zijn beslissingen kunnen vaak geen uitstel lijden, en (v) de curator behoort bij het nemen van zijn beslissingen óók rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard.

2.9. Gelet op deze afstemming van de specifieke zorgvuldigheidsnorm op de bijzondere kenmerken van de taak van de curator, rijst de vraag of de *Maclou*-norm zich leent voor (overeenkomstige) toepassing op het handelen van de stille bewindvoerder. De stille bewindvoerder is immers (nog) geen curator, maar verricht zijn werkzaamheden in voorbereiding op het faillissement en vooruitlopend op zijn curatorschap. In het navolgende zal worden bezien wat de taak van de stille bewindvoerder precies inhoudt.

De stille bewindvoerder en de pre-pack; algemeen

2.10. De figuur van stille bewindvoering is relatief nieuw en heeft zich ontwikkeld in de praktijk. Het gaat daarbij om aanwijzing van een stille bewindvoerder bijvoorbeeld ter realisering van een *pre-pack*, dat wil zeggen een vóór faillissement in beslotenheid voorbereide doorstart van (een deel van) de onderneming die door een activatransactie na de faillietverklaring wordt geëffectueerd.²³ In Nederland vindt de aanwijzing van stille bewindvoerders in het kader van een *pre-pack* plaats sinds 2011.²⁴ Het doel ervan is om de doorstart na de faillietverklaring snel en efficiënt te laten verlopen, zodat schade door discontinuïteit in de be-

23 Dat de (beoogd) curator op verzoek van de rechtbank al vóór het faillissement aan de slag gaat bij de schuldenaar, komt al langer voor. Dit gebeurde voornamelijk bij faillissementen van (zeer) grote ondernemingen. Aldus kon de curator worden ingewerkt en kon hij zich voorbereiden op de ingrijpende gevolgen van het aanstaande faillissement. Voorbeelden zijn de faillissementen van Fokker en Daf. Zie: J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packs en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79.

24 De *pre-pack* is komen overwaaien vanuit de Verenigde Staten en Engeland. Tussen de Amerikaanse en de Engelse *pre-pack* bestaan grote verschillen. Zo is het Amerikaanse *pre-packaged plan* te vergelijken met een vooraf voorbereid akkoord en is de Engelse *pre-pack* een vooraf voorbereide activatransactie. Zie voor een nadere toelichting op de Amerikaanse en de Engelse *pre-pack*, alsmede de verschillen tussen beide figuren: N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *TvI* 2011/23.

22 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *NJ* 2012/515 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2012/65 m.nt. I. Spinath ([...]/[...]), rov. 3.4.2-3.4.3 en HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, *NJ* 2018/464 m.nt. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2019/26 m.nt. A.J. Tekstra, rov. 3.5.2.

drijfsvoering en waardeverlies kan worden voorkomen. Daarnaast kunnen maatschappelijke belangen een rol spelen, waaronder – zoals bij [A] – de continuïteit van zorg of behoud van werkgelegenheid. De meeste rechtbanken verlenen hun medewerking aan stille bewindvoering.

2.11. Stille bewindvoering komt voor in twee varianten: een formele en een informele variant.²⁵

2.12. Bij de *formele* variant benoemt de rechtbank in het kader van de behandeling van de faillissementsaanvraag een deskundige op de voet van art. 194 Rv. Deze deskundige heeft bijvoorbeeld tot taak te onderzoeken of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Daarnaast formuleert de rechtbank veelal vragen over de mogelijkheden om de onderneming te continueren, hetgeen de deskundige ruimte biedt om een doorstart voor of in faillissement te onderzoeken. Indien de bevindingen van de deskundige ertoe leiden dat het faillissement moet worden uitgesproken, benoemt de rechtbank de deskundige als curator en kan hij als curator de vóór faillissement onderzochte doorstart realiseren.

2.13. De meeste rechtbanken passen echter de *informele* variant van stille bewindvoering toe: op verzoek van de schuldenaar laat de rechtbank weten wie zij voornemens is te benoemen als curator (en als rechter-commissaris) indien het faillissement van de betreffende schuldenaar op korte termijn wordt uitgesproken, waarbij eventueel een (beperkte) doel- of taakomschrijving wordt meegegeven. De stille bewindvoerder/toekomstige curator en de toekomstige rechter-commissaris kunnen zich korte tijd (doorgaans veertien dagen) verdiepen in de situatie van de schuldenaar en de doorstart voorbereiden, die zo spoedig mogelijk na de faillietverklaring en hun benoeming als zodanig wordt gerealiseerd.

2.14. Tot op heden bestaat voor de (informele variant van) stille bewindvoering geen wettelijke grondslag. Na de aanwijzing van de stille bewindvoerder blijft de schuldenaar beheers- en beschikkingsbevoegd. De stille bewindvoerder heeft formeel geen rol. Aangezien zijn positie niet wettelijk is vastgelegd, wordt aanbevolen dat de stille bewindvoerder na zijn aanwijzing een overeenkomst

sluit met de schuldenaar.²⁶ Deze overeenkomst kan bepalingen bevatten over de rol, de onafhankelijkheid en de honorering van de stille bewindvoerder, alsmede een geheimhoudingsbeding.²⁷

2.15. De populariteit van de *pre-pack* en stille bewindvoering alsmede de roep uit de praktijk om een wettelijke regeling zijn aanleiding geweest om de *pre-pack* van een wettelijk fundament te voorzien. Nadat een voorontwerp voor de WCO I (het “Voorontwerp”) ter consultatie had voorgelegen, heeft de minister in juni 2015 het wetsvoorstel WCO I ingediend.²⁸

2.16. De voorgestelde regeling sluit grotendeels aan bij de praktijk zoals die zich in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld en biedt de *pre-pack*, ten behoeve van de rechtszekerheid, een uitdrukkelijke grondslag in de wet. Met het wetsvoorstel is beoogd duidelijkheid te bieden over de figuur van de zogenoemde “beoogd curator”²⁹ en diens rol, taken en bevoegdheden, alsmede over de vraag onder welke voorwaarden een aanwijzing van een beoogd curator kan plaatsvinden en hoe het toezicht op het functioneren van de beoogd curator is geregeld.³⁰ Het doel van de aanwijzing van een beoogd curator is om het faillissement onder diens toezicht alvast in stilte voor te bereiden, zodat de curator bij de aanvang van het faillissement goed beslagen ten ijs kan komen en direct in staat is de noodzakelijke maatregelen te nemen. Hiermee kan het abrupt stilvallen van de onderneming

26 M.R. van Zanten, ‘De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web’, TvI 2015/35, p. 231.

27 Zie de “Modelovereenkomst stille bewindvoering” als opgenomen in N.W.A. Tollenaar, ‘Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak’, FIP 2013/6, p. 212.

28 Voorstel van wet tot Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voorzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I), Kamerstukken II 2014/2015, 34 218, nr. 2.

29 Gekozen is voor de term “beoogd curator” in plaats van “stille bewindvoerder”, omdat die laatste term een verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar impliceert waarvan in de voorgestelde regeling geen sprake is. Zie MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 23.

30 MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 1-2.

25 Polak & Pannevis, *Insolventierecht* 2017/26.1.

worden voorkomen en wordt de kans op een doorstart, een hogere boedelopbrengst en behoud van werkgelegenheid vergroot.³¹

2.17. Op dit moment is het wetsvoorstel WCO I in behandeling bij de Eerste Kamer. Naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie van 22 juni 2017 in de zaak *FNV/Smallsteps*³² heeft de behandeling van het wetsvoorstel enige tijd stilgelegen voor het voeren van overleg met vertegenwoordigers vanuit de praktijk. Bij brief van 11 april 2018 heeft de minister de Eerste Kamer verslag gedaan van dit overleg en, gelet op de behoefte die in de praktijk bestaat aan de WCO I, verzocht de behandeling van het wetsvoorstel voort te zetten.³³ Dit verzoek heeft de minister herhaald in zijn brief van 17 januari 2019.³⁴ De vaste commissie heeft echter op 29 januari 2019 besloten de behandeling van het wetsvoorstel aan te houden in afwachting van een nieuwe regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement.³⁵

Taak van de stille bewindvoerder/beoogd curator

2.18. Door het ontbreken van een wettelijke regeling bestaat thans geen eenduidig beleid omtrent de toepassing van de *pre-pack* en is de taak van de stille bewindvoerder niet vastomlijnd. De rechtbanken die een stille bewindvoerder aanwijzen, doen dat (informeel) per brief, waarin zij de schuldenaar berichten dat de stille bewindvoerder meekijkt, zich informeert en laat informeren en dat hij zich daarbij laat leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Diverse rechtbanken benadrukken dat de stille bewindvoerder geen adviseur van de schuldenaar is en een enkele rechtbank geeft aan dat de stille bewindvoerder geen wettelijke taak heeft maar wel, waar nodig, kan adviseren.³⁶

2.19. In 2014 heeft Hurenkamp onderzoek gedaan naar 48 faillissementen die zijn voorafgegaan

door een stille voorbereidingsfase, ofwel de aanwijzing van een stille bewindvoerder. Uit dit onderzoek blijkt dat de aanwijzing in het merendeel van de gevallen is aangewend om onderhandelingen te voeren over een doorstart, en wel met succes. Uit een aanzienlijk deel van de faillissementsverslagen komt het beeld naar voren dat de beoogd curator actief heeft gehandeld tijdens de aanwijzing, door het voeren van onderhandelingen en/of het zelf benaderen van marktpartijen.³⁷

2.20. Over de *pre-pack* en de stille bewindvoerder is veel gepubliceerd.³⁸ In de literatuur bestaan verschillende opvattingen over de rol die de stille bewindvoerder zou moeten vervullen.³⁹ Die opvattingen beslaan een breed spectrum, variërend van een beperkte, informerende rol tot een meer actieve rol waarin de stille bewindvoerder (mee) onderhandelt over een concept-doorstartovereenkomst. De opvatting dat de stille bewindvoerder moet handelen in het belang van de gezamenlijke crediteuren en dat hij géén adviseur is van de schuldenaar, wordt in de literatuur gedeeld.⁴⁰

2.21. De “Praktijkregels beoogd curator” van Insolad⁴¹ zijn opgesteld op basis van wat als “heer-

31 Nota n.a.v. verslag, Kamerstukken II 2015/16, 34 218, nr. 6, p. 1.

32 HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*FNV/Smallsteps*).

33 Brief van de minister, Kamerstukken I 2017/18, 34 218, nr. J.

34 Verslag van een nader schriftelijk overleg, Kamerstukken I 2018/19, 34 218, nr. K.

35 Korte aantekeningen vergadering commissie Justitie en Veiligheid van 29 januari 2019 (34.218/WCO I).

36 M.R. van Zanten, Tvl 2015/35, p. 227.

37 J.R. Hurenkamp, De *pre-pack* in de praktijk, 2014, p. 55; J.R. Hurenkamp, ‘Failliet of fast forward? Een analyse van de *pre-pack* in de praktijk’, Tvl 2015/20, p. 129.

38 Zie o.a. F.M.J. Verstijlen, ‘Reorganisatie van ondernemingen en *pre-pack*’, in: Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod, Preadvis Ver. Handelsrecht 2014, p. 13-65; W.J.P. Jongepier en K.P. Hoogenboezem, ‘Wie is de stille bewindvoerder?’, FIP 2013/6; N.W.A. Tollenaar, ‘Van *pre-pack* naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak’, FIP 2013/6; Ph.W. Schreurs, ‘Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk?’, FIP 2013/8; B.J. Tideman, ‘Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland, geef ons de *pre-pack*!’, FIP 2013/7; J.V. Maduro, ‘Het wetsvoorstel Wet Continuïteit ondernemingen I: de rechtszekerheid gediend?’, FIP 2013/8, en E. Loesberg, ‘Heiligt het doel de middelen? *Pre-pack* in het Nederlandse faillissementsrecht’, TOP 2013/1.

39 Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen uit de in de vorige noot aangehaalde literatuur: M.R. van Zanten, Tvl 2015/35, p. 226-227.

40 Zie o.a. Tollenaar, FIP 2013/6, p. 204; Loesberg, TOP 2013/1, p. 30-31; Verstijlen, Preadvis Ver. Handelsrecht 2014, p. 35.

41 Vereniging Insolventierecht Advocaten Insolad, Praktijkregels beoogd curator, september 2015, te raadple-

sende leer” is te beschouwen en beogen te dienen als richtsnoer waar thans wet noch rechtspraak regels stelt.⁴² Art. 3 Praktijkregels omschrijft de rol van de beoogd curator als volgt:

“3.1. De beoogd curator is niet een adviseur van de schuldenaar en bekleedt geen formele positie binnen de onderneming van de schuldenaar.

3.2. De beoogd curator informeert zich en laat zich informeren met het oog op een eventuele toekomstige rol als bewindvoerder of curator van de schuldenaar. Hij laat zich leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren en houdt daarbij ook rekening met maatschappelijke belangen, waaronder werkgelegenheid. Zo nodig geeft hij met het oog op die belangen suggesties aan de schuldenaar omtrent te verrichten handelingen of een te volgen gedragslijn.

3.3. De beoogd curator handelt uitsluitend met instemming van de schuldenaar. De beoogd curator is echter niet gehouden instructies van de schuldenaar op te volgen. Hij bewaart te allen tijde zijn onafhankelijkheid. Indien de schuldenaar niet instemt met de door de beoogd curator voorgestelde koers of geen gevolg geeft aan de door de beoogd curator gegeven aanwijzingen, kan de beoogd curator zijn functie neerleggen.”

Verder bevatten de Praktijkregels bepalingen omtrent de rol van de beoogd curator bij het onderzoek naar de mogelijkheid van voorzetting van de onderneming (art. 4) of de voorbereiding door de schuldenaar van een doorstart (art. 5).

2.22.1. In het reeds genoemde Voorontwerp had de beoogd curator slechts een observerende rol. Naar aanleiding van in de consultatiefase opgeworpen bezwaren is de beoogd curator in het uiteindelijk gewijzigd wetsvoorstel WCO I⁴³ een actievere rol gegeven. In de voorgestelde nieuwe Titel IV, Eerste Afdeling (“Aanwijzing van een beoogd curator”) bepaalt art. 363 Fw ter zake de voorwaarden voor aanwijzing van een beoogd curator:

“1. Op verzoek van de schuldenaar (...) kan de rechtbank (...) ter voorbereiding van een dreigend faillissement een of meer personen aanwijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aan-

gesteld als curator. De schuldenaar dient bij zijn verzoek ten aanzien van zijn specifieke situatie aannemelijk te maken dat deze voorbereiding meerwaarde heeft. Meerwaarde wordt geacht aanwezig te zijn indien kan worden aangetoond dat de voorbereiding de schade voor de betrokkenen bij het eventuele faillissement in zodanige mate kan beperken of de kans op een verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming na de eventuele faillietverklaring tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid in zodanige mate kan vergroten, dat dit opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt. (...)”

waarna het voorgestelde art. 364 Fw de rol, taken en bevoegdheden van de beoogd curator als volgt uitwerkt:

“1. De beoogd curator wordt ter verwezenlijking van de meerwaarde, bedoeld in artikel 363, eerste lid, tweede zin, die de rechtbank in haar beschikking specifiek vermeldt, betrokken bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement en behartigt daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar.

2. De beoogd curator is niet gehouden tot opvolging van instructies van de schuldenaar, noch van een of meer van diens schuldeisers.

3. De schuldenaar verschaft de beoogd curator gevraagd en ongevraagd en, voor zover aan de orde op de wijze als daarbij is bepaald, alle inlichtingen die de beoogd curator nodig heeft in de uitoefening van zijn rol of waarvan de schuldenaar weet of behoort te begrijpen dat deze in dat kader van belang zijn.

4. Met toestemming van de schuldenaar kan de beoogd curator bij het verkrijgen van inlichtingen derden bevragen of een deskundige vragen onderzoek te verrichten.

5. De beoogd curator deelt de ingevolge het derde en vierde lid verkregen informatie niet met anderen dan de beoogd rechter-commissaris of de rechtbank, dan nadat hij hiertoe toestemming heeft verkregen van de schuldenaar.”

Verder voorziet het voorgestelde art. 365 Fw in de aanwijzing van een beoogd rechter-commissaris, die toezicht houdt op het functioneren van de beoogd curator.

2.22.2. Doordat de rechtbank in haar beschikking steeds expliciet melding moet maken van de door de schuldenaar aangedragen meerwaarde van de

gen op: <https://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>.

42 Insolad Praktijkregels 2015, onder 1.

43 Gewijzigd voorstel van wet, Kamerstukken I 2015/16, 34 218, nr. A.

stille voorbereidingsfase (art. 363 lid 2) wordt het voorbereidingstraject omlind: bij aanvang van de stille voorbereidingsfase zal voor de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris direct duidelijk zijn met het oog waarop het voorbereidingstraject is ingezet en wordt tevens het mandaat van de beoogd curator bepaald (art. 364 lid 1 jo. 363 lid 1, 2e zin).⁴⁴

2.22.3. Voorop staat dat de beoogd curator – net als de faillissementscurator – opkomt voor de belangen van de gezamenlijke crediteuren, maar ook rekening houdt met de belangen van de schuldenaar en belangen van maatschappelijke aard:

“Hij [de beoogd curator – toev. A-G] treedt tijdens de stille voorbereidingsfase op als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (artikel 364, eerste lid). Daarbij houdt de beoogd curator ook rekening met de belangen van de schuldenaar en met belangen van maatschappelijke aard (zoals continuïteit van werkgelegenheid, kennis en productiviteit). Het gezichtspunt van de beoogd curator verschilt in die zin dus niet van die van de curator in faillissement.⁴⁵ Wel rust – vanwege het gebrek aan transparantie in de ‘stille voorbereidingsfase’ – op hem een grotere verantwoordelijkheid dan op de curator in faillissement. Doordat het voorbereidingstraject in stilte plaatsvindt, kunnen de schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement – tenzij zij hierin worden betrokken – hierbij niet zelf voor hun belangen opkomen. Zij moeten erop kunnen vertrouwen dat de beoogd curator dit tijdens de ‘stille voorbereidingsfase’ voor hen doet.”⁴⁶

Onder belangen van “de gezamenlijke schuldeisers” worden onder meer verstaan de belangen van leveranciers, afnemers en werknemers.⁴⁷

2.22.4. Wat betreft de taken van de beoogd curator wordt in de wetsgeschiedenis opgemerkt dat zijn betrokkenheid in de stille voorbereidingsfase

geldt als voorbereidend op zijn toekomstig curatorschap, waarbij hij werkzaamheden verricht die hij normaliter pas na de faillietverklaring zou kunnen uitvoeren. De beoogd curator laat zich informeren, inventariseert (boekhouding en overige financiële gegevens, personeelsbestand, oorzaken van het faillissement) en let op eventuele onregelmatigheden die zouden kunnen duiden op faillissementsfraude of misbruik. Bij wijze van compensatie van het gebrek aan transparantie voor de schuldeisers en andere betrokkenen dient de beoogd curator kritisch mee te kijken met het door de schuldenaar in gang gezette voorbereidingstraject en de schuldenaar erop aan te spreken wanneer de door hem behartigde belangen in het gedrag lijken te komen.

Indien de aanwijzing is verzocht om de kansen op een doorstart uit faillissement te vergroten, dan dient de beoogd curator het verkoopproces kritisch te beoordelen. Dit houdt in dat hij erop toeziet dat dit proces integer is en dat binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding actief wordt gezocht naar potentiële overnamekandidaten. Dit om te voorkomen dat onvoldoende rekening wordt gehouden met de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement en interessante partijen over het hoofd worden gezien. Daartoe moet hij ook zelf te weten komen welke potentiële overnamekandidaten er in de markt zijn en wat een reële koopprijs is. Verder moet hij nagaan wat de effecten van een eventuele doorstart zullen zijn voor de gezamenlijke schuldeisers (waaronder ook werknemers) en andere betrokkenen bij het faillissement. Beoordeeld moet worden of met de voorgestelde doorstart het hoogst haalbare resultaat voor de schuldeisers, waaronder de werknemers, wordt behaald. Indien hem dit gevraagd wordt door de schuldenaar, kan de beoogd curator ook een iets actievere rol spelen, mits hij – in verband met zijn rol als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen – niet de rol op zich neemt van adviseur van de schuldenaar.⁴⁸

2.22.5. De aanwijzing van een beoogd curator brengt geen verandering mee in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. De

44 MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 13 en 52.

45 De MvT verwijst naar HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 m.nt. WMK (*Gerritse q.q./Ontvanger*) en HR 20 maart 1981, NJ 1981/640 (*Veluwse Nutsbedrijven*).

46 MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 17. Zie ook p. 7 en p. 52.

47 Zie o.m. MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 53.

48 MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 18-19; Nota n.a.v. verslag, Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 6, p. 24.

beoogd curator kan dan ook nimmer naar buiten treden of handelingen verrichten betreffende de onderneming zonder instemming van de schuldenaar. Deze moet hem echter toestaan te praten met derden – waaronder deskundigen, mogelijke overnamekandidaten, de betrokken financiers, leveranciers van essentiële goederen en personeel –, zults gelet op het risico van een verzoek van de beoogd curator om ontheffing van zijn aanstelling wegens belemmering in zijn taakuitoefening.⁴⁹

Aansprakelijkheidsnorm voor de stille bewindvoerder/beoogd curator

2.23. Uit de hiervoor geschetste praktijk en de diversiteit van de in de literatuur gehuldigde opvattingen blijkt dat op dit moment een eenduidige taakomschrijving voor de stille bewindvoerder niet kan worden gegeven. Wat daaruit wel kan worden gedistilleerd, is dat diens positie in het algemeen wordt beschouwd als een voorportaal van zijn toekomstig curatorschap, hetgeen meebrengt dat hij, voorsortierend op dat curatorschap, zijn handelen (net als de curator) moet laten leiden door het belang van de gezamenlijke schuldeisers en geen adviseur is van de schuldenaar.

2.24. Tevens volgt daaruit dat de bijzondere kenmerken van de taak van de curator zoals die in het *Maclou*-arrest aan de specifieke zorgvuldigheidsnorm voor de curator ten grondslag zijn gelegd, in belangrijke mate ook gelden voor de taak van de stille bewindvoerder. Net als de curator, treedt de stille bewindvoerder niet op als beoefenaar van het beroep van advocaat of een daarmee vergelijkbaar beroep. De stille bewindvoerder staat voorts niet in een contractuele betrekking met degenen (de gezamenlijke schuldeisers) wier belangen aan hem zijn toevertrouwd. Tot slot moet ook de stille bewindvoerder uiteenlopende, soms tegenstrijdige, belangen behartigen, waaronder belangen van maatschappelijke aard, waarbij ook hij vaak onder tijdsdruk staat.

2.25. In de literatuur wordt dan ook bepleit om voor de aansprakelijkheid van de stille bewindvoerder aan te sluiten bij de *Maclou*-norm. De gedachte is, kort samengevat, dat de nu de rol van de stille bewindvoerder vooruitloopt op – een voorafschaduwing is van – zijn verwacht curatorschap met de bijbehorende verantwoordelijkheden, de zorgvuldigheidsnorm niet anders is dan

die voor de curator zelf.⁵⁰ Deze zou (moeten) inhouden dat de stille bewindvoerder een persoonlijk verwijt moet kunnen worden gemaakt, waarbij net als bij de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in beginsel de nodige terughoudendheid past. Daarbij wordt erop gewezen dat de maatstaf mogelijk milder of strenger moet worden toegepast, omdat de stille bewindvoerder enerzijds minder bevoegdheden heeft dan een curator, maar anderzijds een grotere verantwoordelijkheid heeft voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁵¹ In essentie zou dit neerkomen op een zorgvuldigheidsnorm die inhoudt dat een stille bewindvoerder dient te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende stille bewindvoerder die zijn rol met nauwgezetheid en inzet verricht, ofwel een aangepaste *Maclou*-norm.⁵²

2.26. Zoals hiervoor (onder 2.22.3) werd opgetekend, wordt in de gedachtegang van de wetgever op de beoogd curator in de zin van de voorgestelde WCO I geacht een grotere verantwoordelijkheid te rusten dan op de faillissementscurator, zults onder meer in verband met het besloten karakter van de stille voorbereidingsfase dat meebrengt dat de crediteuren niet voor hun eigen belangen kunnen opkomen en erop moeten kunnen vertrouwen dat de beoogd curator dat voor hen doet.⁵³ Volgens de minister moet (niettemin) voor de beoogd curator dezelfde aansprakelijkheidsmaatstaf gelden als voor de curator:

“Dat er op de beoogd curator een extra verantwoordelijkheid rust, betekent niet dat er voor hem een strikter of ander aansprakelijkheidsregime geldt dan voor de faillissementscurator. Voor de beoogd curator geldt net als voor de faillissementscurator dat hij moet handelen zoals in rede-

50 Verstijlen, Preadvis Ver. Handelsrecht 2014, p. 36-37.

51 H.J.M. van Dal, D.J.C. Nuijten en F.A. van Tilburg, ‘Het spanningsveld bij bestuurdersaansprakelijkheid en aansprakelijkheid van de beoogd curator in de stille voorbereidingsfase’, *TvOB* 2016/4, p. 130-131. Zie ook Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 206-207, die, uitgaande van een lijdelijke en passieve rol van de stille bewindvoerder, aansluiting zoekt bij het algemene leerstuk van aansprakelijkheid voor nalaten c.q. het handelen van een derde.

52 Jongepier en Hoogenboezem, *FIP* 2013/6, p. 199-200.

53 *MvT*, Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 7, 17 en 52.

49 *MvT*, Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 19-20.

lijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.⁵⁴

In het kader van de voorgestelde wettelijke regeling – die geacht wordt aan te sluiten bij de huidige praktijk⁵⁵ – wordt derhalve uitgegaan van overeenkomstige toepasselijkheid van de Maclou-norm op het handelen van de beoogd curator.

2.27. Gelet op het bovenstaande zie ik geen reden om voor de beoordeling van het handelen van de stille bewindvoerder een (geheel) andere norm aan te nemen dan de norm die geldt voor het handelen van de curator. Voor aansluiting bij de aansprakelijkheidsnorm voor een advocaat, zoals het middel betoogt, zie ik geen aanleiding. De taak van de stille bewindvoerder is immers niet te vergelijken met de taak van de advocaat. Als gezegd dient de stille bewindvoerder het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop te stellen, welk belang niet per se overeenkomt met het belang van de schuldenaar (zijn “cliënt”). Verder is het niet aan de schuldenaar om te bepalen wie zijn stille bewindvoerder wordt.

2.28. Het ligt mijns inziens dan ook meer voor de hand om voor de aansprakelijkheid van de stille bewindvoerder aan te sluiten bij de Maclou-norm. Stille bewindvoerder en curator dienen immers te handelen vanuit hetzelfde perspectief. Aangezien wel degelijk verschillen bestaan tussen de taak van de curator en de taak van de stille bewindvoerder, zal de specifieke zorgvuldigheidsnorm moeten worden toegesneden op de positie van de stille bewindvoerder. Deze norm zou mijns inziens aldus moeten luiden dat de stille bewindvoerder moet handelen

“zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende *beoogd curator* (of: *stille bewindvoerder*) die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht”.

Aansprakelijkheidsnorm voor de curator tevens voormalig stille bewindvoerder

2.29. Anders dan het middel bepleit, dient mijns inziens voor de curator die voorafgaand aan zijn benoeming als zodanig tevens stille bewindvoerder/beoogd curator is geweest, niet een andere aansprakelijkheidsnorm te gelden dan voor de curator die niet eerder betrokken is geweest. Ik zou menen dat zijn functioneren als stille bewindvoerder niet de norm zélf bepaalt, maar een omstandigheid is die moet worden betrokken bij de concrete toepassing van de toepasselijke (Maclou-)norm. Indien de tijdens de periode van stille bewindvoering voorbereide activatransactie direct na de faillietverklaring wordt verricht, dient het handelen van de alsdan handelende curator te worden getoetst aan de Maclou-norm. Bij de beoordeling van dit handelen moet dan de kennis worden betrokken die de curator als stille bewindvoerder heeft opgedaan.⁵⁶ Zo is voorstelbaar dat de eerdere betrokkenheid meer voorbereidingstijd heeft opgeleverd en op die grond een lagere drempel voor aansprakelijkheid voor na de benoeming genomen beslissingen meebrengt dan zonder die betrokkenheid het geval zou zijn geweest.⁵⁷

Bespreking van de klachten van onderdeel 1

2.30. Zoals het hof in het licht van de gedingstukken terecht heeft vastgesteld (rov. 2.8, eerste volzin), heeft eiseres tot cassatie zich in feitelijke instanties op de toepasselijkheid van de Maclou-norm beroepen.⁵⁸ Eerst in cassatie betoogt zij dat een andere norm moet worden toegepast (de aansprakelijkheidsnorm voor advocaten). Het gaat hier echter om een geoorloofd novum in cassatie.⁵⁹

2.31. Uit de bespreking van het juridisch kader volgt dat de *subonderdelen 1a en 1b* naar mijn mening beide falen, nu zij berusten op een onjuiste rechtsopvatting. De aansprakelijkheid van Curatoren voor hun handelen in achtereenvolgens (i) de *pre-pack* fase en (ii) de faillissementsperiode

56 Jongepier en Hoogenboezem, FIP 2013/6, p. 199.

57 F.M.J. Verstijlen, ‘Pre-packing in the Netherlands’, NJB 2014/803; Van Dal, Nuijten en Van Tilburg, TvOB 2016/4, p. 131.

58 Zie o.m. Inl. dagv. onder 171-172; MvG onder 81-83; P-v pleidooizitting d.d. 20 juni 2017, p. 2, mr. De Rooij.

59 Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/207.

54 Nota n.a.v. verslag, Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 6, p. 24-25, waarbij wordt verwezen naar het *Maclou*-arrest en het arrest [...]/[...].

55 Zie o.m. MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 1-2 en p. 9.

moet, anders dan het middel betoogt, niet worden beoordeeld aan de hand van de aansprakelijkheidsmaatstaf voor advocaten in het algemeen. Op dit handelen is, zoals het hof met juistheid heeft overwogen, de Maclou-norm van (overeenkomstige) toepassing.

2.32 De motiveringsklacht in subonderdeel 1b dat uit het arrest niet valt af te leiden dat het hof in zijn oordeel rekening heeft gehouden met het feit dat Curatoren voorafgaand aan hun benoeming als curator hebben gefunctioneerd als stille bewindvoerders, faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. In rov. 2.8 heeft het hof immers uitdrukkelijk overwogen dat bij de toepassing van de Maclou-norm rekening moet worden gehouden “met de eigen taakuitoefening van Curatoren als stille bewindvoerders tijdens de prepackprocedure”, waarna het hof in rov. 2.9 daadwerkelijk rekening heeft gehouden met de opgedragen taak en het handelen van Curatoren in de *pre-pack*fase.

Onderdeel 2: Curatoren bindende regels

2.33. *Onderdeel 2* bestaat uit twee subonderdelen (2a en 2b).

2.34. *Subonderdeel 2a* is gericht tegen de volgende overwegingen van het hof in rov. 2.9:

“2.9. De rechtbank heeft in rov. 4.2 van het vonnis waarvan beroep terecht overwogen dat ten tijde van het aanvragen van de prepackprocedure sprake was van een reële faillissementssituatie. Hieruit volgt dat voor Curatoren de ruime mate van vrijheid bestond als bedoeld in de hier geciteerde rechtsoverwegingen van de Hoge Raad.”

Onder het kopje “Miskening begrip regels die (zouden) gelden voor Curatoren” wordt geklaagd dat het hof ten onrechte heeft overwogen dat uit het (enkele) feit dat sprake was van “een reële faillissementssituatie” volgt dat voor Curatoren een ruime mate van vrijheid bestond zoals bedoeld in het arrest [...]/[...]⁶⁰.

2.35. Blijkens de schriftelijke toelichting behelst deze klacht dat het hof *eerst* had behoren te bezien of in het onderhavige geval sprake was van “regels” zoals bedoeld in [...]/[...], voordat het tot de conclusie kon komen dat Curatoren een ruime mate van vrijheid toekwam. Dit zou het hof niet

kenbaar, althans niet op de juiste wijze hebben gedaan.⁶¹

Bovendien zou het oordeel van het hof dat Curatoren niet aan regels gebonden waren *omdat* “ten tijde van het aanvragen van de *pre-pack*procedure sprake was van een reële faillissementssituatie”, onbegrijpelijk zijn. Daartoe wordt aangevoerd dat een reële faillissementssituatie een ingangsvoorwaarde is voor de *pre-pack*procedure en dan ook nietszeggend is waar het gaat om het bepalen van de vraag of een stille bewindvoerder of curator gebonden is aan regels.⁶²

2.36. Aldus toegelicht faalt de rechtsklacht bij gebrek aan feitelijke grondslag. De bestreden overweging moet kennelijk worden gelezen in samenhang met de daarop volgende volzin:

“Als stille bewindvoerder waren Curatoren in zoverre aan regels gebonden dat de rechtbank bij de toewijzing van het verzoek tot de prepackprocedure als doel daarvan had aangemerkt het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en het beperken van maatschappelijke schade.”

Hieruit valt af te leiden dat het hof heeft onderkend dat de in [...]/[...] bedoelde vrijheid wordt bepaald door de mate waarin de (beoogd) curator is gebonden aan regels en dat het hof die (resterende) vrijheid daadwerkelijk heeft vastgesteld.⁶³ Daarmee is ook gegeven dat de motiveringsklacht over het (mogelijk) door het hof gelegde verband tussen de “reële faillissementssituatie” en de (volgens het hof dus: *in beginsel*) bestaande “ruime mate van vrijheid” faalt bij gebrek aan belang.

2.37. *Subonderdeel 2b* klaagt dat het hof heeft miskend dat de verplichtingen omtrent goodwill, zoals die voortvloeien uit onder meer art. 17 lid 2 van de toelatingsovereenkomst van [eiseres] met [A], ook bindend zijn voor Curatoren en dat die verplichting moet worden beschouwd als een “regel” zoals bedoeld in [...]/[...]. Volgens het middel waren Curatoren niet bevoegd om in de onderhavige omstandigheden de verplichtingen uit de toelatingsovereenkomst niet na te komen, in die

61 Zie s.t. onder 2.2.2-2.2.3.

62 Zie s.t. onder 2.2.4.

63 In het arrest [...]/[...] is overwogen: “3.4.2 (...) Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet gebonden is aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe.” Zie ook het citaat in rov. 2.8 van het bestreden arrest.

60 HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2012/65, m.nt. I. Spinath ([...]/[...]).

zin dat zij daarmee de belangen van [eiseres] op ontoelaatbare wijze hebben veronachtzaamd.

2.38. De klacht faalt bij gemis aan feitelijke grondslag, nu de toelatingsovereenkomst met [A] niet is gesloten door [eiseres], maar door [eiseres] in persoon.⁶⁴

2.39. Ook overigens kan de klacht kan niet slagen, nu (art. 17 lid 2 van) de toelatingsovereenkomst geen verplichtingen bevat die moeten worden beschouwd als “regels” zoals bedoeld in [...] waaraan Curatoren gebonden waren in de uitoefening van hun werkzaamheden. Ik licht dit als volgt toe.

2.40. Of sprake is van een “regel” als bedoeld in [...] dient per geval te worden beoordeeld. De jurisprudentie biedt een aantal aanknopingspunten.⁶⁵ Daaruit volgt bijvoorbeeld dat het de curator niet is toegestaan te handelen in strijd met (i) de wet⁶⁶, (ii) aanwijzingen van de rechter-commissaris⁶⁷ en (iii) tot de curator gerichte “regels” uit de jurisprudentie, zoals die betreffende de inning van stil verpande vorderingen⁶⁸ of een ná faillietverklaring verrichte onverschuldigde betaling⁶⁹.

2.41. In een recent arrest van 9 november 2018⁷⁰ lag de vraag voor of ook een contractuele verplichting van de gefailleerde kan worden beschouwd als een “regel” als bedoeld in [...]. In deze procedure werd de curator van de huurder persoonlijk aansprakelijk gehouden voor schade die de verhuurder had geleden omdat de curator

had gehandeld in strijd met een contractueel verbod tot onderhuur. De vraag rees of dit contractuele verbod tot onderhuur als een regel in de zin van [...] kon worden beschouwd. Uw Raad stelde bij het beantwoorden van deze vraag het volgende voorop:

“3.5.2. (...) Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe (zie het hiervoor in 3.5.1 genoemde arrest X./...). Bij het gebruikmaken van die vrijheid geldt de norm van HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou), te weten dat een curator, kort gezegd, behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend.

Voor zover de curator wel is gebonden aan regels, heeft hij de hiervoor genoemde beleidsvrijheid niet. Komt hij die regels niet na, dan zal hij in beginsel op die grond persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen met de belangen van wie hij bij de naleving van die regels rekening diende te houden.”

Vervolgens oordeelde uw Raad met betrekking tot het verbod tot onderhuur als volgt:

“3.5.3. Op zichzelf betoogt onderdeel III terecht dat sprake is van een verplichting die volgt uit een voor de failliet geldende overeenkomst en dat uit zo'n schending op zichzelf nog geen persoonlijke aansprakelijkheid van de curator volgt. Hier is echter sprake van een 'actieve' schending door de curator van een voortdurende verplichting die bestaat uit een nalaten (...). Een zodanige verplichting rust (ook) op de curator in diens hoedanigheid (...) en moet – anders dan het onderdeel betoogt – worden aangemerkt als een tot de curator gerichte 'regel' als bedoeld in het arrest X./...”

2.42. In dit arrest wordt een verbinding gelegd tussen de rechtspraak betreffende (de nakoming van) wederkerige overeenkomsten in faillissement en de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator.

Algemene regel is dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten en niet leidt tot wijziging van de daaruit

64 Zie rov. 2.2 (i) en de toelatingsovereenkomst (overgelegd als prod. 9 bij inl. dagv.).

65 Zie voor een overzicht: R. Mulder, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator: oppassen geblazen, steeds meer “regels”! Een overzicht van de stand van zaken,' Tvl 2019/5.

66 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1922, JOR 2018/137 m.nt. A.J. Tekstra.

67 HR 27 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2793, NJ 1999/685, m.nt. PvS (Komdeur/Nederlandse Antillen).

68 HR 5 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:199, NJ 2016/187 m.nt. F.M.J. Verstijlen (Rabobank/Verdonk q.q.).

69 Hof Den Haag 1 december 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3264, JOR 2016/78 m.nt. D.M. van Geel.

70 HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, NJ 2018/464 m.nt. F.M.J. Verstijlen.

voortvloeiende verbintenissen.⁷¹ In beginsel heeft de curator echter, zoals blijkt uit artikel 37 lid 1 Fw, de mogelijkheid om overeenkomsten niet gestand te doen en de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen. De uit die verbintenissen voortvloeiende vorderingen zijn in dat geval vorderingen die voor indiening in het faillissement in aanmerking komen, eventueel met toepassing van artikel 133 Fw.⁷² De curator heeft slechts de mogelijkheid om verbintenissen “passief” niet na te komen, waarbij het gaat om verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan, zoals een betaling, afgifte van een zaak of vestiging van een recht.⁷³ Het faillissement heeft niet tot gevolg dat de curator ook (“actief”) een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst hem niet toekent.⁷⁴ Voorts geeft de faillissementstoestand de curator niet de bevoegdheid om een door de schuldenaar vóór het faillissement verrichte prestatie (“actief”) ongedaan te maken of een voortdurende prestatie van de schuldenaar die bestaat uit een dulden of nalaten, “actief” te beëindigen⁷⁵ dan wel “actief” te schenden⁷⁶.

In het arrest van 9 november 2018 wordt voor het eerst met zoveel woorden aangegeven dat niet-nakoming door de curator van een hem bindende “regel” in beginsel leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid (rov. 3.5.2⁷⁷; zie echter ook rov. 3.5.4). In dat verband wordt vooropgesteld dat schending door de curator van een verplichting uit een voor de failliet geldende overeenkomst op zichzelf nog geen persoonlijke aansprakelijkheid meebrengt. Een voortdurende verplichting tot een nalaten rust echter (ook) op de curator in zijn hoedanigheid en moet worden aangemerkt als

een tot de curator gerichte “regel” als bedoeld in het arrest [...] [...] (rov. 3.5.3⁷⁸).

2.43. Uit genoemde rechtspraak leid ik af dat contractuele verplichtingen van de gefailleerde ten aanzien waarvan de curator de mogelijkheid heeft deze “passief” niet na te komen (zoals verplichtingen tot betaling of afgifte), geen “regels” zijn in de zin van [...] [...]. Verder blijkt uit die rechtspraak hetgeen de curator *niet* is toegestaan, te weten (i) “actieve” ongedaanmaking van een door de schuldenaar vóór faillissement verrichte prestatie, (ii) “actieve” beëindiging van een voortdurende prestatie van de schuldenaar die bestaat uit een dulden of nalaten en (iii) “actieve” schending van een voortdurende verplichting van de schuldenaar die bestaat uit een dulden of nalaten. In zoverre zou men wellicht zelfs kunnen spreken van een drietal de curator bindende “regels” (tot een niet ongedaan maken etc.) in de zin van [...] [...]. In ieder geval levert volgens uw Raad een uit de overeenkomst met de failliet volgende voortdurende verplichting tot een nalaten (of dulden) een tot de curator gerichte “regel” op, waarvan, zo valt aan te nemen, de (actieve) schending in beginsel tot persoonlijke aansprakelijkheid leidt.⁷⁹

2.44. Of de verplichtingen uit de toelatingsovereenkomst – die door Curatoren niet gestand is gedaan – kwalificeren als “regels” in de zin van [...] [...], hangt erhalve af van de aard en inhoud van deze verplichtingen. [eiseres] heeft onder meer specifiek gewezen op artikel 17.2, dat ik hier opnieuw citeer:

“Artikel 17 Praktijkoverdracht
(...)”

Goodwill

17.2. Tenzij het tegendeel schriftelijk is vastgelegd, heeft de medisch specialist recht op goodwill ten aanzien van de uit hoofde van de onderhavige overeenkomst in het ziekenhuis verrichte werkzaamheden.

Aan de onderhavige overeenkomst kunnen ten aanzien van de goodwill niet meer rechten worden ontleend, dan op het moment van aangaan van de onderhavige overeenkomst bestonden.”

2.45. Uit dit artikel volgt een recht op (vergoeding van) goodwill van de medisch specialist jegens het ziekenhuis. De corresponderende verplichting van het ziekenhuis kwalificeert mijns inziens

71 Van der Feltz I, p. 409.

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

73 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*), rov. 3.6.3.

74 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, NJ 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*), rov. 3.6.4.

75 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424, NJ 2018/290 m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), rov. 3.5.3.

76 HR 9 november 2018, ECLI:NL:HR:2018:2067, NJ 2018/464 m.nt. F.M.J. Verstijlen, rov. 3.4.2.

77 Geciteerd in deze conclusie onder 2.41.

78 Geciteerd hiervoor onder 2.41.

79 Vgl. Mulder, TvI 2019/5, onder 4.1.

niet als een (voortdurende) verplichting die bestaat uit een nalaten, noch als een andere “regel” als bedoeld in [...]/. Curatoren konden deze verplichting van de failliet daarom “passief” niet-nakomen zonder dat zij daardoor in beginsel persoonlijk aansprakelijk werden jegens [eiseres].

2.46. Voor zover het middel uitgaat van het bestaan van andere verplichtingen omtrent goodwill in of buiten de toelatingsovereenkomst⁸⁰, maakt het niet duidelijk om welke verplichtingen het zou gaan.

2.47. Uit het voorgaande volgt dat alle klachten van onderdeel 2 falen.

Onderdeel 3: onrechtmatig handelen door Curatoren jegens [eiseres]

2.48. *Onderdeel 3* keert zich tegen rov. 2.9-2.10, waarin het hof tot het oordeel komt dat Curatoren niet onrechtmatig hebben gehandeld jegens [eiseres]. Het valt uiteen in zes subonderdelen (3a t/m 3f).⁸¹

2.49. Alvorens op de afzonderlijke subonderdelen in te gaan, geef ik eerst een korte samenvatting van de door het hof gevolgde gedachtegang.

In rov. 2.7 geeft het hof het standpunt van [eiseres] weer (i.e. dat Curatoren persoonlijk aansprakelijk zijn nu zij jegens [eiseres] onrechtmatig hebben gehandeld, zowel gedurende de *pre-pack*-periode als daarna, en dat [eiseres] daardoor schade heeft geleden) en stelt het hof vast welke stellingen [eiseres] hieraan ten grondslag legt.

In de daaropvolgende rov. 2.8 zet het hof uiteen aan welke maatstaf het handelen van Curatoren dient te worden getoetst.

In de bestreden rov. 2.9 overweegt het hof vervolgens dat:

(i) de rechtbank (in rov. 4.2 van haar vonnis) terecht heeft overwogen dat ten tijde van het aan-

vragen van de *pre-pack*procedure sprake was van een reële faillissementssituatie;

(ii) daaruit volgt dat voor Curatoren de ruime mate van vrijheid bestond zoals bedoeld in rov. 3.4.2-3.4.3 van het arrest [...]/.;

(iii) Curatoren als stille bewindvoerders in zoverre aan regels waren gebonden dat de rechtbank bij de toewijzing van het verzoek tot de *pre-pack*procedure als doel daarvan had aangemerkt het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en het beperken van de maatschappelijke schade;

(iv) Curatoren stellen dat – binnen het korte tijdsbestek waarin zij hun taak als bewindvoerder moesten uitvoeren – hun was gebleken dat (a) het SMC (i.o.) de hoogste prijs voor de activa van [A] bood en (b) het SMC (i.o.) de (door de rechter-commissaris goedgekeurde) activa-overeenkomst niet was aangegaan indien het zich ertoe had moeten verplichten met alle medisch specialisten van [A] een toelatingsovereenkomst te sluiten;

(v) de rechtbank in rov. 4.5 van haar vonnis terecht als uitgangspunt heeft genomen dat het een partij die na faillissement een doorstart wil realiseren, vrij staat de doorstart vorm te geven op een wijze die haar goedgevindt.

Het hof merkt hierbij op dat [eiseres] dit alles niet heeft weersproken.

In de eveneens bestreden rov. 2.10 overweegt het hof dat in het licht van het voorgaande de stellingen van [eiseres] – die naar de kern genomen inhouden dat Curatoren de positie en belangen van [eiseres] (bewust en/of stelselmatig) hebben genegeerd en veronachtzaamd – niet tot het oordeel kunnen leiden dat Curatoren niet hebben gehandeld zoals in de gegeven omstandigheden in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Het hof overweegt in dit verband in rov. 2.10 nog dat:

(vi) er geen sprake was van enigerlei verplichting van Curatoren tot het betrekken van [eiseres] bij de (doorstart)onderhandelingen met het SMC i.o. of tot het verschaffen van informatie daarover aan [eiseres], waarvan de schending zou leiden tot de persoonlijke aansprakelijkheid van Curatoren jegens [eiseres];

(vii) evenmin voor Curatoren een verplichting bestond ervoor zorg te dragen of erop toe te zien dat [eiseres] een arbeids- of toelatingsovereen-

80 De klacht gaat uit van verplichtingen omtrent goodwill, zoals die voortvloeien uit *onder meer* art. 17 lid 2 van de toelatingsovereenkomst.

81 Met name in dit middelonderdeel manifesteert zich hetgeen reeds in voetnoot 1 van deze conclusie werd opgemerkt: in de kop van haar cassatiestukken handelt eiseres de gedefinieerde term “[eiseres]” ter aanduiding van procespartij [eiseres] B.V. In het lichaam van de stukken blijkt onder “[eiseres]” echter veelal [eiseres] in persoon te moeten worden verstaan. Met die kanttekening zal in deze conclusie bij de weergave van de klachten steeds de daarin gebruikte aanduiding “[eiseres]” worden overgenomen.

komt met het SMC of een (goodwill)vergoeding aangeboden zouden krijgen; (viii) voor zover [eiseres] beoogt dat Curatoren (door de wijze waarop zij de doorstart hebben vorm gegeven) eraan hebben meegewerkt dat de praktijk [eiseres] werd ontnomen en kosteloos werd voortgezet door SMC c.s., zij onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit kan blijken dat Curatoren met dat vooropgezette doel hebben gehandeld; en (ix) [eiseres] evenmin voldoende gemotiveerd heeft gesteld dat Curatoren het onjuiste van de hun verweten gedragingen inzagen of behoorden in te zien, en zij in zoverre ook in haar stelplicht is tekortgeschoten.

Op grond van deze overwegingen oordeelt het hof dat de grieven G tot en met I falen.

2.50. Tegen deze achtergrond bespreek ik de klachten van onderdeel 3.

2.51. *Subonderdeel 3a* klaagt dat het oordeel van het hof in rov. 2.9 en 2.10 op een onjuiste rechtsopvatting berust dan wel onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd.

Onder verwijzing naar het arrest [...]/*Compaen* wordt daartoe aangevoerd dat het hof in rov. 2.9 en 2.10 *ten onrechte niet de vraag heeft beantwoord of Curatoren hun gedragingen mede dienden te laten bepalen door de belangen van [eiseres]*.⁸² Volgens [eiseres] had het hof bij de beantwoording van die vraag alle ter zake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, waaronder: a) de hoedanigheid van partijen, b) de aard en de strekking van de overeenkomst, c) de wijze waarop de belangen van [eiseres] daarbij zijn betrokken, d) de vraag of [eiseres] erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, e) de vraag in hoeverre het voor SMC c.s. bezwaarlijk was om met de belangen van [eiseres] rekening te houden, f) de aard en omvang van het nadeel dat voor [eiseres] dreigde, g) de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich tegen dat risico indekte, en h) de redelijkheid van een aan [eiseres] aangeboden schadeloosstelling.

In het licht van het voorgaande zou het hof een negental in het subonderdeel genoemde stellingen niet kenbaar, dan wel onvoldoende hebben meegewogen.

2.52. Het in subonderdeel 3a aangevoerde arrest [...]/*Compaen*⁸³ gaat over het leerstuk van aansprakelijkheid bij samenhangende rechtsverhoudingen, waarbij de vraag speelt in hoeverre een contractspartij haar gedrag mede moet laten bepalen door de belangen van betrokken derden. In dit arrest is door uw Raad eerst de bestaande rechtspraak bevestigd:

“3.3.2. In de door de rechtbank en het hof bedoelde arresten (HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587; HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496, NJ 2012/59) is het volgende beslist.

Wanneer iemand zich contractueel heeft gebonden, waardoor de contractsverhouding waarbij hij partij is in het rechtsverkeer een schakel is gaan vormen waarmee de belangen van derden, die aan dit verkeer deelnemen, in allerlei vormen kunnen worden verbonden, staat het hem niet onder alle omstandigheden vrij de belangen te verwaarlozen die derden bij de behoorlijke nakoming van het contract kunnen hebben. Indien de belangen van een derde zo nauw zijn betrokken bij de behoorlijke uitvoering van de overeenkomst dat hij schade of ander nadeel kan lijden als een contractant in die uitvoering tekortschiet, kunnen de normen van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, meebrengen dat die contractant deze belangen dient te ontzien door zijn gedrag mede door die belangen te laten bepalen. Bij de beantwoording van de vraag of deze normen dit meebrengen, zal de rechter de terzake dienende omstandigheden van het geval in zijn beoordeling dienen te betrekken, zoals de hoedanigheid van alle betrokken partijen, de aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst, de wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken, de vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was, de vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien, de vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden, de aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt en de vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt, alsmede de redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling.”

82 Vgl. s.t. onder 2.3.1.

83 HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355, NJ 2017/364 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

Vervolgens heeft uw Raad daaraan toegevoegd: “3.3.3. (...) In dat [in rov. 3.3.2 vermelde, toev. A-G] beoordelingskader is bepalend of de aangesproken partij haar verklaringen en gedragingen ter zake van de overeenkomst waarbij zij partij is, mede diende te laten bepalen door de belangen van de betrokken derde, en dus is niet mede vereist dat de aangesproken partij is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst waarbij zij partij is en waarmee de belangen van die derde verbonden zijn.”⁸⁴

2.53. De klachten van subonderdeel 3a falen om verschillende redenen.

2.54. [eiseres] licht in de eerste plaats niet toe bij welke overeenkomst Curatoren contractspartij zouden zijn als in het arrest [...]/*Compaen* bedoeld.

2.55. Eerder heeft zij in subonderdeel 1a, gelezen in samenhang met s.t. onder 2.1.10, onder verwijzing naar het arrest [...]/*Compaen* betoogd dat Curatoren als stille bewindvoerders rekening dienden te houden met de gerechtvaardigde belangen van derden die (voorzienbaar) nadeel dreigen te ondervinden van hun handelwijze, waarbij zij is uitgegaan van een *contractuele verhouding tussen de stille bewindvoerder en de schuldenaar* (zie hiervoor onder 2.3). Daarom zou de Maclou-norm niet van (overeenkomstige) toepassing zijn op het handelen van de stille bewindvoerder. Voor zover subonderdeel 3a bedoelt voort te bouwen op het verworpen subonderdeel 1a, faalt het reeds om die reden.

2.56. Voor zover [eiseres] meent dat Curatoren hun gedragingen mogelijk mede dienden te laten bepalen door de belangen van [eiseres] in hun hoedanigheid van contractanten bij de *activaovereenkomst* met SMC, faalt de klacht evenzeer. Het middel geeft geen vindplaats van de stelling dat het hof tot een onderzoek ter zake gehouden was, noch van stellingen die een feitelijke grondslag bieden voor ambtshalve onderzoek ter zake.

2.57. In de tweede plaats berust de rechtsklacht mijns inziens op een onjuiste rechtsopvatting. Het in [...]/*Compaen* aan de orde zijnde leerstuk is niet van toepassing op een geval als het onderhavige. Curatoren zijn niet aan te merken als “contractan-

ten” op wie de in [...]/*Compaen* geformuleerde regel betrekking heeft. Stille bewindvoerders en curatoren dienen zich immers primair te richten naar het belang van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers, met inachtneming van het doel dat hun door de rechtbank is meegegeven (vgl. het hof in rov. 2.9). Het is aan hun inzicht overgelaten of en op welke wijze zij rekening houden met andere bij de (voorgenomen) afwikkeling van de boedel betrokken (individuele) belangen. De door [eiseres] aangehaalde rechtspraak kan dit in [...]/*Compaen* geformuleerde faillissementsrechtelijke uitgangspunt c.q. beoordelingskader naar mijn mening niet door kruisen.

2.58. Nu de rechtsklacht faalt, geldt dit ook voor de daarop voortbouwende motiveringsklacht.

2.59. Ten overvloede merk ik op dat het hof bij zijn oordeel de in subonderdeel 3a genoemde negen omstandigheden daadwerkelijk heeft meegevoegd, zodat de motiveringsklacht ook in die zin faalt. Dit volgt uit rov. 2.7 (waarin het hof onder (a) tot en met (n) de stellingen van [eiseres] weergeeft) jo. rov. 2.10 (waarin het hof die stellingen samenvat en – onder verwijzing naar zijn oordeel in de voorgaande rechtsoverwegingen – tot het oordeel komt dat deze stellingen niet tot het oordeel kunnen leiden dat Curatoren niet hebben gehandeld zoals in de gegeven omstandigheden in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht).⁸⁵

85 Dit laat zich als volgt uitwerken. I. De stellingen met betrekking tot de (inbreuk op de) bijzondere rechtspositie van [eiseres] en de verplichting van de medisch specialisten tot het continueren van de zorg (subonderdeel 3a, bullits 1, 2, 3, 5, 6 en 7) komen terug in rov. 2.7 onder (a) en (b) (waarin het hof het standpunt van [eiseres] weergeeft dat zijn praktijk (feitelijk) is overgedragen), onder (d) (waarin het hof het standpunt van [eiseres] weergeeft dat Curatoren de belangen van de medisch specialisten hebben veronachtzaamd, terwijl zonder hun medewerking Curatoren de doorstart niet konden realiseren en terwijl de medisch specialisten de grootste schuldeiser in het faillissement zijn), en onder (e) (waarin het standpunt van [eiseres] wordt weergegeven dat Curatoren mede in het kader van de wettelijke verplichtingen die op medisch specialisten rusten, rekening hadden behoren te geven van de bijzondere belangen van [eiseres]). Het hof heeft vervolgens in rov. 2.10 geoordeeld dat de stellingen van [ei-

84 Zie over dit aspect: A.H. Lamers & M.M. van Rossum, Samenhangende rechtsverhoudingen in het overeenkomstenrecht in nader perspectief: de Hoge Raad zet de deur verder open, NTHR 2017/6.

2.60. *Subonderdeel 3b* richt zich, zo begrijp ik, tegen de volgende (door mij) onderstreepte zinsne- de in rov. 2.9 van het hof:

“Curatoren stellen dat – binnen het korte tijdsbe- stek waarin zij hun taak als bewindvoerder moes- ten uitvoeren – hun was gebleken dat het SMC (i.o.) de hoogste prijs voor de activa van [A] bood en dat het SMC (i.o.) de (door de rechter-commis- saris goedgekeurde) activa-overeenkomst niet was aangegaan indien het zich ertoe had moeten ver- plichten met alle medisch specialisten van [A] een toelatingsovereenkomst te sluiten (memorie van antwoord, nrs. 30, 32, 45 en 78).”

[eiseres] gaat uit van een drietal alternatieve lezin- gen van deze overweging.

2.61.1. In de *eerste lezing* (onder 3b (i)) heeft het hof geoordeeld dat het feit dat de rechter-commis- saris toestemming heeft gegeven voor het sluiten van de activa-overeenkomst, maakt dat de transactie daarmee niet onrechtmatig is of kan zijn jegens [eiseres]. Geklaagd wordt dat dit oor- deel blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

2.61.2. Deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, nu een dergelijk oordeel niet in het ar- rest te lezen valt. Zoals uiteengezet in paragraaf 2.49 van deze conclusie, legt het hof verschillende

omstandigheden ten grondslag aan zijn oordeel dat Curatoren niet persoonlijk aansprakelijk zijn jegens [eiseres]. De – door Curatoren gestelde en door [eiseres] niet betwiste – omstandigheid dat Curatoren was gebleken dat het SMC de (door de rechter-commissaris goedgekeurde) activa-over- eenkomst niet was aangegaan indien het zich ertoe had moeten verplichten met alle medisch specialisten van [A] een toelatingsovereenkomst te sluiten, is er daar één van. Het hof oordeelt ech- ter niet dat deze (enkele) toestemming van de rechter-commissaris maakt dat de transactie daarmee niet onrechtmatig is of kan zijn jegens [eiseres].

2.62.1. In de *tweede lezing* (onder 3b (ii)) heeft hof geoordeeld dat de toestemming van de rech- ter-commissaris een relevante omstandigheid is. Volgens de *eerste klacht* van [eiseres] heeft het hof in dat geval zijn oordeel niet voldoende gemoti- veerd, nu de rechter-commissaris niet kenbaar acht heeft geslagen op de belangen van [eiseres] ter zake.

2.62.2. Deze motiveringsklacht faalt reeds omdat geen vindplaatsen worden gegeven voor de stel- ling dat de rechter-commissaris geen acht heeft geslagen op de belangen van [eiseres]. Verder is niet onbegrijpelijk dat het hof de omstandigheid dat de rechter-commissaris de activa-overeen- komst heeft goedgekeurd, heeft meegewogen in zijn (eveneens begrijpelijke) oordeel zoals weer- gegeven in paragraaf 2.49 van deze conclusie, nu Curatoren deze omstandigheid hebben aange- voerd⁸⁶ en [eiseres] deze niet heeft weersproken. De afweging die de rechter-commissaris heeft ge- maakt dan wel had moeten maken bij het (al dan niet) goedkeuren van de activa-overeenkomst lag niet aan het hof voor, zodat het hof daar ook niet op in behoefde te gaan.

2.62.3. Eveneens ten onrechte, zo luidt de *tweede klacht* van [eiseres] (onder 3b (ii)), heeft het hof overwogen dat Curatoren als stille bewindvoer- ders in zoverre aan regels waren gebonden dat de rechtbank bij hun aanwijzing bepaalde doelen heeft geformuleerd. Daartoe wordt aangevoerd dat aanwijzingen van de rechtbank dan wel een rechter-commissaris aan een stille bewindvoerder niet dezelfde status, gelding en/of binding hebben als aanwijzingen van een rechter-commissaris aan

seres], die naar de kern genomen inhouden dat Curatoren zijn positie en belangen (bewust en/of stel- selmatig) hebben genegeerd en veronachtzaamd, niet tot het oordeel kunnen leiden dat Curatoren niet heb- ben gehandeld zoals in de gegeven omstandigheden in redelijkheid mag worden verwacht van een over- voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Het hof heef hiermee op voldoende begrijpelijke wijze op deze stellingen van [eiseres] gerespondeerd. II. De stelling dat Curatoren wisten dat [eiseres] schade zou lijden nu aan hem geen toelatingsovereenkomst of compen- satie zou worden geboden (bullit 4) en de stellingen dat [eiseres] als medisch specialist recht heeft op goodwill (bullit 8 en 9), zijn door het hof eveneens meegewogen in zijn oordeel. Dit blijkt uit de overwe- ging in rov. 2.10: “Evenmin bestond voor Curatoren een verplichting ervoor zorg te dragen of erop toe te zien dat [eiseres] c.s. een arbeids- of toelatingsover- eenkomst met het SMC of een (goodwill)vergoeding aangeboden zouden krijgen.” Met dit oordeel heeft het hof gerespondeerd op deze stellingen en geoordeeld dat deze verplichting er voor Curatoren niet was en deze stellingen daarom ook niet kunnen leiden tot (persoonlijke) aansprakelijkheid van Curatoren.

86 Zie o.a. MvA onder 78.

een (door de rechtbank benoemde, en onder wettelijk toezicht vallende) curator.

2.62.4. Niet valt in te zien welk belang [eiseres] bij deze klacht heeft. Indien de stille bewindvoerders niet aan regels gebonden zouden zijn, zou voor hen immers beleidsvrijheid gelden. Verder wordt niet aannemelijk gemaakt dat Curatoren er in dat geval in zouden zijn geslaagd prestaties ten gunste van [eiseres] te bedingen (het aanbieden van een toelatingsovereenkomst of een goodwillvergoeding). Vast staat immers dat SMC i.o. – de hoogste bieder – de activaovereenkomst niet was aangegaan indien het zich ertoe had moeten verplichten met alle medisch specialisten een toelatingsovereenkomst te sluiten (rov. 2.9, onbestreden).

De klacht faalt verder omdat zij berust op een onjuiste rechtsopvatting. Niet valt in te zien dat door de rechtbank bij de aanwijzing van een stille bewindvoerder opgegeven doelstellingen die corresponderen met algemeen erkende faillissementsrechtelijke uitgangspunten (zoals het primaat van het belang van de boedel c.q. de gezamenlijke schuldeisers) niet bindend zouden zijn voor die stille bewindvoerder. Deze doelstellingen zouden ook zonder instructie van de rechtbank reeds gelden.

2.63.1. In de *derde lezing* (onder 3b (iii)) heeft het hof gemeend dat een dergelijk toezicht na benoeming van curatoren in die hoedanigheid afdoende is om dat gebrek te helen. Volgens de klacht geeft dit oordeel eveneens blijk van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is het onvoldoende gemotiveerd, nu het hof daarbij geen inzicht geeft in zijn gedachtegang.

2.63.2. Deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Noch in de bestreden zinsnede (“de (door de rechter-commissaris goedgekeurde) activa-overeenkomst”) noch elders in het arrest valt te lezen dat het hof heeft gemeend dat (naar ik begrijp:) het toezicht van de rechter-commissaris op de curator na diens benoeming als zodanig afdoende is om een bepaald gebrek te helen. Wat de klacht bedoelt met “gebrek” valt overigens niet uit de klacht af te leiden, waardoor deze klacht niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen. Waarschijnlijk is bedoeld het gebrek aan toezicht op de stille bewindvoerder als zodanig gedurende de *pre-pack*periode. In dat verband merk ik op dat in

dit geval tevens een beoogd rechter-commissaris was aangewezen.⁸⁷

2.64. *Subonderdeel 3c* ziet op de overweging van het hof in rov. 2.9 dat “het een partij die na faillissement een doorstart wil realiseren, vrij staat de doorstart vorm te geven op een wijze die haar goeddunkt.” Het berust op de lezing dat het hof daarmee tot uitdrukking heeft willen brengen dat Curatoren daarmee (dus) niet onrechtmatig (kunnen) hebben gehandeld jegens [eiseres] door deze doorstart op deze wijze vorm te geven. Ge klaagd wordt dat die opvatting in haar algemeenheid onjuist is.

2.65. Deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag. Het hof oordeelt in rov. 2.9 dat de rechtbank (in rov. 4.5 van haar vonnis) terecht tot *uitgangspunt* heeft genomen dat het een partij die na faillissement een doorstart wil realiseren – waarmee de rechtbank het oog heeft op SMC als doorstarter, zie rov. 4.5 –, vrij staat de doorstart vorm te geven op een wijze die haar goeddunkt (hetgeen [eiseres] niet heeft weersproken). Vervolgens is dit één van de omstandigheden die het hof uiteindelijk tot zijn oordeel brengt dat de stellingen van [eiseres] niet tot het oordeel leiden dat Curatoren niet hebben gehandeld zoals in de gegeven omstandigheden in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Het hof heeft hiermee dus, anders dan het subonderdeel betoogt, niet geoordeeld dat Curatoren door dit uitgangspunt (dus) niet onrechtmatig (kunnen) hebben gehandeld jegens [eiseres].

2.66. *Subonderdeel 3d* richt zich tegen de volgende overweging van het hof in rov. 2.10:

“Voor zover [eiseres] c.s. betogen dat Curatoren (door de wijze waarop zij de doorstart hebben vorm gegeven) eraan hebben meegewerkt dat hun praktijk hun werd ontnomen en kosteloos werd voortgezet door SMC c.s., hebben zij onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit kan blijken dat Curatoren met dat vooropgezette doel hebben gehandeld, zoals ook de rechtbank heeft overwogen in rov. 4.2 van het vonnis waarvan beroep.”

Volgens de klacht getuigt dit oordeel van een onjuiste rechtsopvatting, nu een vooropgezet doel niet is vereist voor aansprakelijkheid. Het hof zou

⁸⁷ Zie prod. 22 bij inl. dagv., p. 4 (onder “Eerste verslag”).

hiermee de lat voor aansprakelijkheid te hoog hebben gelegd. Voor aansprakelijkheid zou voldoende zijn dat de schade van [eiseres] voor Curatoren voorzienbaar was; (voorwaardelijk) opzet zou daarvoor niet vereist zijn. In het licht van de vaststaande feiten, onder meer het feit dat Curatoren wisten dat SMC (c.s.) uitdrukkelijk het recht voorbehield om niet alle medisch specialisten over te nemen⁸⁸, was de schade voor Curatoren ook redelijkerwijs voorzienbaar⁸⁹, aldus [eiseres]. 2.67. Ook deze klacht faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag, nu het hof hiermee niet heeft geoordeeld dat (voorwaardelijk) opzet vereist is voor het aannemen van aansprakelijkheid aan de zijde van Curatoren.

In de door het hof genoemde rov. 4.2 van het vonnis van de rechtbank oordeelt de rechtbank dat: “uit de stellingen van [eiseres] c.s. kan worden afgeleid dat hij SMC c.s., Maatschap Dirksland, Maatschap Ikazia en Maatschap Maasstad verwijt onrechtmatig te hebben gehandeld door *doelbewust* aan te sturen op een faillissement van [A], om aldus (onder meer) de praktijk van [eiseres] c.s. kosteloos te kunnen overnemen, en dat hij Curatoren verwijt hieraan te hebben meegewerkt” [onderstreping A-G; cursivering *red.*].

Verderop in dezelfde rechtsoverweging oordeelt de rechtbank:

“[eiseres] c.s. heeft niets concreets naar voren gebracht waaruit zou kunnen worden afgeleid dat sprake was van een *vooropgezet doel* in de door hem bedoelde zin (...)” [onderstreping A-G; cursivering *red.*].

De rechtbank behandelt in deze rechtsoverweging derhalve de stellingen die door [eiseres] naar voren zijn gebracht.⁹⁰

88 Het middel verwijst naar rov. 2.2-x) van het bestreden arrest en inl. dagv. onder 98.

89 Het middel verwijst naar inl. dagv. onder 72, 83 en 116-118.

90 Zie de pleitaantekeningen zijdens [eiseres] d.d. 26 oktober 2015, annex 2, sub 12-13 waarin staat: “Eisers kunnen zich mede daarom niet aan de indruk onttrekken dat de gehele gang van zaken is georkestreerd.” Zie ook het p-v d.d. 26 oktober 2015 waarin op p. 5 namens (o.a.) [eiseres] wordt opgemerkt: “Er is sprake geweest van een winstoogmerk en dit was een goedkope manier om concurrenten uit te schakelen.” Op p. 6 van het p-v wordt hier door SMC c.s. als volgt op gereageerd: “De gedachte dat de doorstartende partij een vooropgezet plan had om Spijkenisse als wingewest te

[eiseres] richt in appel een grief tegen rov. 4.2 (zie MvG onder 256-262). Hierin komt onder meer naar voren dat [eiseres] aanvoert dat SMC c.s. bijzonder was gebaat bij het faillissement van [A] (onder 257), dat de overnemende ziekenhuizen de samenwerking met [A] hebben geïntensiveerd met als uiteindelijke doel [A] in te lijven (onder 258), dat het faillissement van [A] dit mogelijk heeft gemaakt tegen een prijs die vele malen lager was dan bij een reguliere overname (onder 258), dat uit de jaarverslagen van de overnemende ziekenhuizen volgt dat de overnemende ziekenhuizen bijzonder gebaat waren bij het inlijven van [A] door middel van de doorstart (onder 261) en dat door de wijze waarop Curatoren en het SMC de doorstart hebben vormgegeven de verkrijging van de praktijken van de [A]-specialisten een bijzonder prettige bijvangst was waarvoor SMC c.s. geen enkele vergoeding aan deze specialisten heeft betaald (onder 262). Curatoren responderen hierop in hun memorie van antwoord (onder 59-62).

In rov. 2.10 respondeert het hof (slechts) op dit partijdebat. Het hof legt hiermee niet een (onjuiste) maatstaf aan. Dat het hof aan de juiste maatstaf voor (persoonlijke) aansprakelijkheid van de Curatoren heeft getoetst volgt uit rov. 2.8, waarin deze maatstaf wordt vooropgesteld, en rov. 2.10 waarin het hof oordeelt dat niet aan deze maatstaf is voldaan.

2.68. *Subonderdeel 3e* is gericht tegen de volgende overweging van het hof in rov. 2.10:

“Dat Curatoren het onjuiste van de hun verweten gedragingen inzagen of behoorden in te zien, hebben [eiseres] c.s. evenmin voldoende gemotiveerd gesteld. Ook in zoverre zijn zij in hun stelplicht tekort geschoten.”

Geklaagd wordt dat dit oordeel onbegrijpelijk is in het licht van de vaststaande feiten en de door [eiseres] aangevoerde (gemotiveerde) stellingen⁹¹, waaruit het hof had kunnen (en moeten) afleiden dat Curatoren het onjuiste van de hun verweten gedragingen inzagen of behoorden in te zien.

gebruiken, is nogal een beschuldiging. Het gaat hier om een maatschappelijke organisatie die zonder bewijs beschuldigd wordt van het in gevaar brengen van de continuïteit van de ziekenhuiszorg in de nabij gelegen gebieden. (...) Het raakt kant noch wal”.

91 Het middel verwijst naar MvG onder 67-68, 73 en 74.

2.69.1. Deze motiveringsklacht faalt in de eerste plaats bij gebrek aan belang. Nu het hof in rov. 2.10 vaststelt dat de stellingen van [eiseres] niet tot het oordeel kunnen leiden dat Curatoren niet hebben gehandeld zoals in de gegeven omstandigheden in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht, komt het hof niet meer toe aan de daaropvolgende vraag met betrekking tot de persoonlijke aansprakelijkheid van Curatoren, te weten of Curatoren gehandeld hebben terwijl zij het onjuiste van hun handelen inzagen dan wel redelijkerwijs behoorden in te zien. Het oordeel van het hof dat [eiseres] dit laatste onvoldoende gemotiveerd heeft gesteld en dat zij zoverre in haar stelplicht tekort is geschoten, kwalificeert dan ook als een overweging ten overvloede.

2.69.2. De klacht faalt echter (ook) omdat het bestreden oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is. [eiseres] verwijst in haar klacht naar (niet nader gespecificeerde) "vaststaande feiten" en de door [eiseres] aangevoerde feiten in MvG onder 67-68, 73-74, waaruit de gestelde onbegrijpelijkheid zou volgen. In genoemde paragrafen wordt door [eiseres] (kort gezegd) aangevoerd dat:

- verondersteld mag worden dat [A] aan Curatoren kenbaar heeft gemaakt dat (a) de specialisten van [A] een aanzienlijke vordering op [A] hadden, en (b) zonder medewerking van deze specialisten een doorstart bij voorbaat kansloos was geweest;

- op grond van de heersende leer Curatoren oog hadden moeten hebben voor de belangen van de specialisten, en [A] hadden moeten opdragen om met de specialisten te spreken en hen bij de doorstart te betrekken; en

- de specialisten geen normale schuldeiser van [A] zijn.

Dat het hof in deze stellingen van [eiseres] onvoldoende grondslag heeft gevonden voor het oordeel dat Curatoren gehandeld hebben terwijl zij het onjuiste van hun handelen inzagen dan wel redelijkerwijs behoorden in te zien, is (mede gezien 's hofs oordeel in rov. 2.10 dat op Curatoren niet de verplichting rustte om [eiseres] in de onderhandelingen te betrekken of ervoor te zorgen dan wel erop toe te zien dat [eiseres] een arbeids- of toelatingsovereenkomst of een goodwillvergoeding aangeboden zou krijgen) niet onbegrijpelijk.

2.70. Met *subonderdeel 3f* komt [eiseres] op tegen het oordeel van het hof dat – kort gezegd – [eise-

res] niet betrokken hoefde te worden bij onderhandelingen met SMC c.s. en Curatoren geen verplichting hadden ervoor zorg te dragen dat SMC c.s. met [eiseres] in zee zou gaan.

De betreffende overweging van het hof (uit rov. 2.10) haal ik hier aan:

“Er was geen sprake van enigerlei verplichting tot het betrekken van [eiseres] c.s. bij de (doorstart) onderhandelingen met het SMC i.o. of tot het verschaffen van informatie daarover aan [eiseres] c.s., waarvan de schending zou leiden tot de persoonlijke aansprakelijkheid van Curatoren jegens [eiseres] c.s. Evenmin bestond voor Curatoren een verplichting ervoor zorg te dragen of erop toe te zien dat [eiseres] c.s. een arbeids- of toelatingsovereenkomst met het SMC of een (goodwill) vergoeding aangeboden zouden krijgen.”

Met dit oordeel zou het hof miskennen dat in de specifieke omstandigheden van het geval Curatoren en de doorstarter rekening hadden behoren te houden met de gerechtvaardigde belangen van [eiseres] en zij diens belangen hadden behoren te ontzien dan wel hun gedrag mede door die belangen hadden laten te bepalen. 's Hofs motivering schiet tekort als het bedoeld is als (onderdeel van de) weerlegging van de grieven van [eiseres], zo klaagt subonderdeel 3f.

2.71. Ook deze klachten falen. In de eerste plaats lees ik hierin een herhaling van het standpunt in het verworpen subonderdeel 3a (betreffende de beweerdelijke toepasselijkheid van de regel uit het arrest [...]/*Compaen*). Verder heeft het hof, zoals uiteengezet bij de bespreking van subonderdeel 3a, alle door [eiseres] aangevoerde (specifieke) omstandigheden van het geval meegewogen bij zijn oordeel (in rov. 2.9-2.10) dat Curatoren niet persoonlijk aansprakelijk zijn jegens [eiseres]. Indien met subonderdeel 3f wordt geklaagd dat het hof daarnaast nog andere (specifieke) omstandigheden bij zijn oordeel had moeten betrekken, maakt de klacht niet duidelijk welke omstandigheden dat zijn. 's Hofs oordeel – zoals weergegeven in paragraaf 2.49 van deze conclusie – is bovendien niet onbegrijpelijk.

2.72. De slotsom is dat ook alle klachten van onderdeel 3 falen.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

(...; red.)

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten en omstandigheden vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal in 1.1 onder (i)-(xvii). Deze komen, kort samengevat, op het volgende neer.

(i) [eiseres] is de praktijkvennootschap van de vrijgevestigd medisch specialist voor radiologie [betrokkene 1]. [eiseres] oefende de praktijk sinds 1989 uit in het door Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis geëxploiteerde ziekenhuis (hierna worden de stichting en het ziekenhuis beide aangeduid als het Ruwaard van Putten) op grond van een door [betrokkene 1] met het Ruwaard van Putten gesloten toelatingsovereenkomst. Sinds 1 januari 1990 voerde [eiseres] de werkzaamheden (voor gezamenlijke rekening) uit in maatschapsverband. De toelatingsovereenkomst met het Ruwaard van Putten bepaalt onder meer dat de medisch specialist recht heeft op goodwill ten aanzien van de in het ziekenhuis verrichte werkzaamheden.

(ii) In verband met financiële problemen was de inspanning van het Ruwaard van Putten vanaf 2012 gericht op regionale samenwerking met Stichting Maasstad Ziekenhuis (hierna: het Maasstad). In dat kader heeft het Ruwaard van Putten met het Maasstad een intentieverklaring ondertekend, waarin partijen de intentie hebben uitgesproken op alle gebieden die zich aandienen samen te werken.

(iii) Eveneens in 2012 is het Ruwaard van Putten in overleg getreden met het Maasstad, Stichting Protestant Christelijk Ziekenhuis Ikazia (hierna: het Ikazia) en Stichting het Van Weel-Bethesda Ziekenhuis (hierna: het Van Weel-Bethesda) alsmede de zorgverzekeraars CZ en Achmea. Dit overleg heeft geleid tot een intentieverklaring van 19 december 2012, op basis waarvan de betrokken partijen een toekomst van het Ruwaard van Putten als satellietziekenhuis nader zouden onderzoeken. De zorgverzekeraars waren met name bij het overleg betrokken in verband met te maken afspraken over zorginkoop en schuldsanering.

(iv) Een toekomst voor het Ruwaard van Putten als satellietziekenhuis bleek eind 2013 niet mogelijk, voornamelijk wegens gevraagde inspannin-

gen van derde partijen in verband met de noodzakelijke schuldsanering bij het Ruwaard van Putten en de noodzakelijke financiële middelen voor een overname.

(v) Het Ruwaard van Putten is op 24 juni 2013 in staat van faillissement verklaard, met aanstelling van Curatoren als zodanig.

(vi) Aan het faillissement is een zogenoemde pre-packprocedure voorafgegaan. Daartoe heeft het bestuur van het Ruwaard van Putten op 5 juni 2013 de rechtbank verzocht een stille bewindvoerder aan te wijzen teneinde in relatieve rust en op voortvarende wijze een eventuele doorstart vanuit een faillissement voor te bereiden. De rechtbank heeft het verzoek dezelfde dag gehonoreerd, met de aanwijzing dat het doel van de *pre-pack* was het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en het beperken van maatschappelijke schade. Vervolgens hebben Curatoren als stille bewindvoerders hun werkzaamheden aangevangen.

(vii) Tijdens de pre-packperiode zijn gesprekken gevoerd met twee overnamekandidaten, namelijk het Ikazia, het Maasstad en het Van Weel-Bethesda aan de ene kant, en een investeringsonderneming aan de andere kant.

(viii) Op 24 juni 2013 hebben Curatoren overeenstemming bereikt met Spijkenisse Medisch Centrum B.V. (hierna: SMC) i.o. over een doorstarttransactie. Een schriftelijke overeenkomst is op 1 juli 2013 door en namens Curatoren en SMC i.o. ondertekend. SMC i.o. is een samenwerkingsverband van het Ikazia, het Maasstad en het Van Weel-Bethesda. Uiteindelijk is SMC opgericht op 8 juli 2013. Enig aandeelhouder van SMC is Zorg in Regio Zuid Coöperatief U.A. (hierna: de Coöperatie). De Coöperatie is op 5 juli 2013 opgericht door het Maasstad, het Ikazia en het Van Weel-Bethesda.

(ix) SMC i.o. heeft van Curatoren de “activa” gekocht voor een bedrag van € 6 miljoen. Activa is in de koopovereenkomst gedefinieerd als: immateriële activa, inventaris en voorraad. Immateriële activa is in de koopovereenkomst gedefinieerd als handelsnamen en domeinnamen van het Ruwaard van Putten, het recht om in de plaats te treden van het Ruwaard van Putten ter zake van licenties, vergunningen en overeenkomsten waarbij het Ruwaard van Putten partij is alsmede de (overige) goodwill van het Ruwaard van Putten. In de overeenkomst is de koopprijs uitgesplitst aldus, dat

voor de immateriële activa € 1 wordt betaald, terwijl het restant van de koopsom de koopprijs is voor de inventaris en voorraad. Voorts is in de overeenkomst bepaald:

“6.1. De overdracht van de Activa vindt voor zover mogelijk zowel economisch, feitelijk als juridisch plaats per 24 juni 2013, 00.00 uur. Met ingang van dat tijdstip wordt het voorheen door [het Ruwaard van Putten] gedreven ziekenhuis geëxploiteerd voor rekening en risico van Koper en komen alle verdiensten en kosten voor de exploitatie vanaf die datum toe aan Koper en zal koper die verdiensten afrekenen met de medische staf en kosten betalen aan derden waaronder leveranciers.”

(x) Over de overname staat in het faillissementsverslag voorts:

“Hiermee heeft SMC een doorstart van het ziekenhuis bevestigd, in die zin dat het ziekenhuis per faillissementsdatum (24 juni 2013, 0.00 uur) wordt gedreven voor rekening en risico van SMC. (...)

In het kader van de transactie zal SMC aan een groot deel van het personeelsbestand van [het Ruwaard van Putten] dienstverbanden aanbieden. (...) Ook heeft SMC inmiddels aan het grootste gedeelte van de medische staf de aanbieding gedaan om bij SMC in loondienst te treden.”

(xi) Aan [betrokkene 1] is op 26 juni 2013 bericht dat SMC en de hiervoor onder (viii) genoemde partijen geen gebruik zullen maken van zijn diensten. Dit is op 1 juli 2013 schriftelijk aan [eiseres] bevestigd.

(xii) Op 2 juli 2013 hebben Curatoren aan [eiseres] (en aan alle andere medisch specialisten van het failliete Ruwaard van Putten) bericht dat zij de lopende overeenkomsten met het Ruwaard van Putten geen gestand wensen te doen.

2.2. [eiseres] vordert, na wijziging van eis in hoger beroep en voor zover in cassatie van belang, dat Curatoren persoonlijk worden veroordeeld tot betaling uit hoofde van onrechtmatige daad van ruim € 2.500.000,-, bestaande in onder meer gederfde goodwill, gederfde inkomsten, pensioenschade, reputatieschade en bereddingskosten, althans schadevergoeding nader op te maken bij staat. Aan deze vordering heeft [eiseres] ten grondslag gelegd dat Curatoren (niet in hun hoedanigheid van stille bewindvoerder of faillissementscurator, maar) persoonlijk aansprakelijk zijn, op de grond dat zij jegens [eiseres] onrechtmatig hebben gehandeld, zowel gedurende de

pre-packprocedure als daarna. Als gevolg van het optreden van Curatoren heeft SMC zich de praktijk van [eiseres] om niet kunnen toe-eigenen, al dus [eiseres].

2.3. Bij tussenvonnis heeft de rechtbank overwogen dat de vordering tegen Curatoren bij eindvonnis zal worden afgewezen (rov. 4.27). De rechtbank heeft partijen verlot verleend om tussentijds hoger beroep van haar tussenvonnis in te stellen.¹

2.4.1. Het hof heeft in het dictum van zijn eindarrest («JOR» 2918/80, m.nt. Van Geel; *red.*) de in rov. 4.27 van het tussenvonnis gegeven bindende eindbeslissing bekrachtigd en de vordering van [eiseres] afgewezen.²

2.4.2. Ten aanzien van de maatstaf ter vaststelling van de persoonlijke aansprakelijkheid van Curatoren heeft het hof als volgt overwogen:

“2.8. Partijen zijn in essentie het erover eens dat ter vaststelling van de aansprakelijkheid van Curatoren de aan te leggen maatstaf de zogeheten Maclou-norm is. Ook naar het oordeel van het hof leent deze norm zich hier voor toepassing, rekening houdend met de eigen taakuitoefening van Curatoren als stille bewindvoerders tijdens de prepackprocedure. De Maclou-norm is door de Hoge Raad geformuleerd in zijn arrest van 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 («JOR» 1996/48, m.nt. SCJJK (*Maclou*); *red.*), NJ 1996/727, en houdt in dat een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. (...)”

2.4.3. Vervolgens heeft het hof overwogen, kort samengevat, dat de stellingen van [eiseres] niet tot het oordeel leiden dat Curatoren niet hebben gehandeld zoals in de gegeven omstandigheden in redelijkheid mag worden verwacht van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht (rov. 2.10).

1	Rb	Rotterdam	20	januari	2016,
					ECLI:NL:RBROT:2016:447.
2	Hof	Den Haag	28	november	2017,
					ECLI:NL:GHDHA:2017:3386.

3. Beoordeling van het middel

3.1. Onderdeel 1 van het middel keert zich tegen het hiervoor in 2.4.2 geciteerde oordeel van het hof (in rov. 2.8) dat ter vaststelling van de persoonlijke aansprakelijkheid van Curatoren de zogenoemde Maclou-norm moet worden toegepast. Volgens onderdeel 1a geldt voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van personen die – in de periode voorafgaand aan een faillissement, tijdens een zogenoemde pre-packprocedure – optreden als stille bewindvoerders, geen andere zorgvuldighedenorm dan die welke geldt voor advocaten in het algemeen, en niet de bijzondere aansprakelijkheidsnorm voor curatoren.

Volgens onderdeel 1b heeft het hof, voor zover het de handelwijze van Curatoren na het intreden van het faillissement van het Ruwaard van Putten heeft beoordeeld aan de hand van de Maclou-norm, ten onrechte niet, althans onvoldoende gemotiveerd, in zijn oordeelsvorming betrokken dat Curatoren voorafgaand aan dat faillissement als stille bewindvoerders optraden, en dat hun handelwijze voortborduurde op hetgeen zij als stille bewindvoerders in gang hebben gezet.

3.2.1. De huidige Faillissementswet voorziet niet in een procedure – in de praktijk aangeduid als “pre-pack” – waarin vóór de faillietverklaring van de schuldenaar in beslotenheid kan worden onderzocht of diens onderneming, of een deel daarvan, na de faillietverklaring kan worden voortgezet, en reeds zoveel mogelijk op voortzetting gerichte voorbereidingen kunnen worden getroffen. Evenmin bevat de huidige Faillissementswet een grondslag voor de benoeming van een stille bewindvoerder of stille curator (hierna gezamenlijk aangeduid als “beoogd curator”) die zich vóór de faillietverklaring op de hoogte stelt van de situatie van de schuldenaar en, zo mogelijk, een voortzetting van diens onderneming na het faillissement voorbereidt.

3.2.2. Bij gebreke van een wettelijke regeling worden de positie en de taken van een beoogd curator in de eerste plaats bepaald door de opdracht van de rechter die de beoogd curator aanwijst, en door de aanwijzingen van die rechter of van een daartoe aangewezen beoogd rechter-commissaris. Daarnaast komt betekenis toe aan de Praktijkregels beoogd curator die zijn opgesteld door de

Vereniging Insolventierecht Advocaten Insolad.³ Ten slotte is van belang dat de werkzaamheden van een beoogd curator dienen ter voorbereiding van een voortvarende en efficiënte afwikkeling van het nog uit te spreken faillissement van de schuldenaar. Een en ander brengt mee dat de beoogd curator – evenals de in art. 68 e.v. Fw bedoelde curator – zich moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en daarbij ook rekening moet houden met maatschappelijke belangen, waaronder het belang van werkgelegenheid.

3.2.3. Het strookt met het vorenstaande om voor de beoordeling van het handelen van een beoogd curator, ter beantwoording van de vraag of hij persoonlijk aansprakelijk is, aansluiting te zoeken bij de maatstaf die geldt voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de in art. 68 e.v. Fw bedoelde curator, dat wil zeggen de zogenoemde Maclou-norm.⁴ Dit betekent dat in dit verband moet worden onderzocht of de beoogd curator heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende beoogd curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.

3.2.4. De beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de in art. 68 e.v. Fw bedoelde curator dient steeds te geschieden aan de hand van de Maclou-norm, ook indien hij voorafgaand aan de faillietverklaring als beoogd curator van de schuldenaar is opgetreden. Bij de toepassing van de Maclou-norm komt, in voorkomend geval, betekenis toe aan hetgeen de curator in de fase voorafgaand aan het faillissement als beoogd curator heeft gedaan en nagelaten en aan de kennis die hij in die hoedanigheid heeft verworven.

3.3. Het vorenstaande betekent dat onderdeel 1a op een onjuiste rechtsopvatting berust.

Onderdeel 1b mist feitelijke grondslag, nu het hof in rov. 2.8 heeft overwogen dat bij de toepassing van de Maclou-norm rekening moet worden gehouden met de eigen taakuitoefening van Curatoren als stille bewindvoerders tijdens de pre-packprocedure, en blijkens rov. 2.9 het handelen en nalaten van Curatoren gedurende de pre-pack-

3 Zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.21.

4 HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou), nader uitgewerkt in HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 ([...]/[...]), rov. 3.4.1-3.4.3.

procedure in zijn oordeelsvorming heeft betrokken.

3.4. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

– verwerpt het beroep;

– veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*).

NOOT

1. Dit is de eerste uitspraak van de Hoge Raad over de persoonlijke aansprakelijkheid van de stille curator of stille bewindvoerder (hierna: beoogd curator). Op 4 oktober 2019 heeft de Hoge Raad hierover twee arresten met inhoudelijk vrijwel dezelfde overwegingen gewezen, te weten ECLI:NL:HR:2019:1492 en ECLI:NL:HR:2019:1494, waarvan de laatste zaak hieronder wordt besproken. De Hoge Raad knoopt voor de maatstaf van persoonlijke aansprakelijkheid aan bij de bekende Maclou-norm die ook voor curatoren in faillissement geldt (HR 19 april 1996, «JOR» 1996/48, m.nt. SCJJK). Dat betekent dat onderzocht moet worden of de beoogd curator heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikende beoogd curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Dat is niet zo verrassend. Dit neemt niet weg dat een aantal interessante observaties gemaakt kunnen worden.

2. Eiser is een vrijgevestigd specialist en oefent zijn praktijk sinds 1989 uit in het Ruwaard van Putten Ziekenhuis op grond van een toelatingsovereenkomst. In art. 17 van de toelatingsovereenkomst, kenbaar uit de conclusie van de A-G, is bepaald: "Tenzij het tegendeel schriftelijk is vastgelegd heeft de medisch specialist recht op goodwill ten aanzien van de uit hoofde van de onderhavige overeenkomst in het ziekenhuis verrichte werkzaamheden".

3. Vanwege financiële problemen heeft het ziekenhuis vanaf 2012 gezocht naar regionale samenwerking, waarbij een toekomst als satelliet-

ziekenhuis zou worden onderzocht. Eind 2013 bleek dit echter niet mogelijk, waarna op 24 juni 2014 het ziekenhuis in staat van faillissement is verklaard. Het faillissement is voorafgegaan door een pre-packprocedure. Daartoe had het bestuur op 5 juni 2013 de rechtbank verzocht een stille bewindvoerder aan te wijzen teneinde in relatieve rust en op voortvarende wijze een eventuele doorstart vanuit faillissement voor te bereiden. De rechtbank heeft dit dezelfde dag toegewezen met de aanwijzing dat het doel van de pre-pack is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en het beperken van de maatschappelijke schade.

4. Tijdens de pre-packperiode zijn gesprekken gevoerd met twee overnamekandidaten. Op 24 juni 2013, de dag van het faillissement, hebben de curatoren mondeling overeenstemming bereikt met een van de kandidaten, Spijkenisse Medisch Centrum BV (het SMC), waarna op 1 juli 2013 de overname-overeenkomst is getekend. De koper heeft daarbij de activa gekocht voor een bedrag van € 6 miljoen. Hierin inbegrepen zijn de immateriële activa waarvoor € 1 wordt betaald. Eiser heeft vanaf dat moment zes maanden op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gewerkt, maar na afloop is hem geen nieuwe arbeids- of toelatingsovereenkomst meer aangeboden. De lopende overeenkomsten met de specialisten zijn door de curatoren niet gestand gedaan. Eiser ontvangt geen enkele vergoeding voor de goodwill van zijn praktijk.

5. Eiser vordert dat de curatoren persoonlijk worden veroordeeld om schadevergoeding te betalen, bestaande uit onder meer gedeerde goodwill en gedeerde inkomsten. Hij verwijt curatoren dat zij onrechtmatig hebben gehandeld gedurende de pre-packperiode en gedurende het faillissement. Als gevolg daarvan zou zijn praktijk door de doorstarter zijn toegeëigend om niet. De Rechtbank Rotterdam heeft op 20 januari 2016 overwogen de vordering bij eindvonnis te zullen afwijzen en daarbij verlof verleend om tussentijds hoger beroep in te stellen. Het hof heeft het oordeel van de rechtbank bekrachtigd, zie Hof Den Haag 28 november 2017, «JOR» 2018/80, m.nt. Van Geel. Eiser gaat in cassatie.

6. De Hoge Raad stelt voorop dat bij gebreke van een wettelijke regeling de positie en de taken van de beoogd curator worden bepaald door de opdracht van de rechter die de beoogd curator aan-

wijst en door de aanwijzingen van die rechter of een aangewezen beoogd rechter-commissaris. Daarnaast formuleert de Hoge Raad het zo dat "betekenis toekomt" aan de *Praktijkregels beoogd curator 2015* van Insolad, zie <https://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Ten slotte is van belang dat de werkzaamheden van een beoogd curator dienen ter voorbereiding van een voortvarende en efficiënte afwikkeling van het nog uit te spreken faillissement van de schuldenaar. Net als de gewone faillissementscurator dient de beoogd curator zich te laten leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren en moet daarbij ook rekening houden met maatschappelijke belangen, waaronder het belang van werkgelegenheid.

7. Op deze overwegingen is weinig aan te merken. De Hoge Raad concludeert daaruit dat voor de beoordeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator – in dit geval bij de verkoop van activa – aansluiting gezocht moet worden bij de hierboven genoemde Maclou-norm. De Hoge Raad verwijst daarbij via een voetnoot ook naar het *Prakke/Gips-arrest* (HR 16 december 2011, «JOR» 2012/65, m.nt. Spinath) waarin de Maclou-norm volgens de Hoge Raad nader is uitgewerkt. In dit arrest is overwogen dat voor zover de curator niet is gebonden aan "regels", hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toekomt en terughoudend getoetst dient te worden of sprake is van diens persoonlijke aansprakelijkheid. Ook daarop is weinig aan te merken. Anders dan eiser bepleitte, bestaat er volgens de Hoge Raad dus geen grondslag om aan te knopen bij de zorgvuldigheidsnorm voor advocaten. Dat is ook logisch, want de bijzondere kenmerken van de taak van de curator gelden ook voor de beoogd curator: hij treedt niet op als advocaat, hij staat niet in een contractuele betrekking tot degenen wier belangen aan hem zijn toevertrouwd (de gezamenlijke crediteuren) en dient uiteenlopende soms tegenstrijdige belangen, waaronder maatschappelijke belangen, te behartigen en staat vaak onder tijdsdruk. Deze aansprakelijkheidsmaatstaf sluit aan bij de gedachtegang van de wetgever in het wetsvoorstel *Wet continuïteit ondernemingen I* (*Kamerstukken I 2015/16, 34218, A*).

8. In HR 9 november 2018, «JOR» 2019/26, m.nt. Tekstra (*De Klerk q.q. en El Ayoubi/X*) overwoog de Hoge Raad, in aanvulling op het *Prakke/Gips-arrest*, dat handelen door de curator in

strijd met "regels" in beginsel leidt tot persoonlijke aansprakelijkheid. Dit neemt niet weg dat is vereist dat de curator een persoonlijk verwijt gemaakt moet kunnen worden van zijn handelen (zie R. Mulder, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, oppassen geblazen, steeds meer "regels"! Een overzicht van de stand van zaken', *Tvl* 2019/5, onder 4.3). De hier besproken uitspraak maakt duidelijk dat de beoogd curator niet snel kan worden verweten in strijd met "regels" te hebben gehandeld. Er zijn in deze pre-packfase bij gebreke van een wettelijke regeling nu eenmaal weinig specifieke "regels" waar de beoogd curator zich aan dient te houden, behalve dan de opdracht van de rechtbank en aanwijzingen van de beoogd rechter-commissaris. Wanneer de beoogd curator deze opdracht of aanwijzingen niet in acht neemt, zal wel snel sprake kunnen zijn van handelen in strijd met "regels". Met de kanttekening: hoe specifiekere de opdracht of de aanwijzing, des te groter het risico is dat de beoogd curator in strijd met die regels handelt. In dit geval was de opdracht vrij algemeen geformuleerd en zijn mij geen aanwijzingen van de beoogd rechter-commissaris bekend.

9. De uitspraak maakt ook duidelijk dat de *Praktijkregels beoogd curatoren* van Insolad niet gezien worden als curatoren bindende "regels", maar dat aan deze Praktijkregels "betekenis toekomt". Dat is ook terecht: Insolad heeft met de Praktijkregels gezocht naar wat als "heersende leer" en als "best practice" geldt en niet beoogd een bindende set regels te formuleren op overtreding waarvan in beginsel persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator zou moeten volgen. Aangenomen moet worden dat hetzelfde geldt voor de Praktijkregels voor curatoren in faillissement nu er geen wezenlijk verschil valt aan te wijzen in de mate waarin curatoren en beoogd curatoren aan de Praktijkregels zijn gebonden en deze dienen na te komen.

10. De activatransactie waardoor eiser stelde te zijn benadeeld, is pas na het intreden van het faillissement door curatoren gesloten. Deze kregen bij het uitspreken van het faillissement dus een andere hoedanigheid. De Hoge Raad verduidelijkt dat ook voor de curator die eerst beoogd curator is geweest geen andere norm geldt dan de Maclou-norm. Echter, volgens de Hoge Raad komt bij het toepassen van de Maclou-norm op de curator wel betekenis toe aan hetgeen de curator in de fase voorafgaand aan het faillisse-

ment als beoogd curator heeft gedaan en nagelaten en aan de kennis die hij in die hoedanigheid heeft verworven. Dat is natuurlijk ook logisch.

Overigens is wel interessant wat zou hebben te gelden als de beoogd curator en de curator andere personen zouden zijn. De omstandigheden voorafgaand aan het faillissement kunnen dan uiteraard minder snel worden meegewogen.

11. In de conclusie van de A-G is nog een aantal interessante overwegingen opgenomen over het tweede cassatiemiddel van eiser dat de Hoge Raad op grond van art. 81 RO uiteindelijk onbesproken heeft gelaten. Dit middel zag erop dat de curatoren in dit geval gebonden zouden zijn geweest aan "regels" als bedoeld in het Prakke/Gips-arrest. Een curator die activa verkoopt, is in beginsel vrij in de wijze waarop hij dat doet.

Daarvoor gelden geen specifieke "regels". Eiser had echter betoogd dat de curatoren niet bevoegd waren om de contractuele verplichting tot betaling van goodwill, zoals die was opgenomen in de toelatingsovereenkomst, niet na te komen, althans niet zodanig dat de belangen van eiser ontoelaatbaar werden veronachtzaamd. De A-G heeft de stand van de jurisprudentie op dit punt in 2.41 e.v. van de conclusie nog eens netjes op een rij gezet. Contractuele verplichtingen van de gefailleerde waarvan de curator de bevoegdheid heeft deze passief niet na te komen, zijn geen bindende "regels". Uit de rechtspraak blijkt verder vooral wat de curator *niet* is toegestaan en dus wél als overtreding van "regels" beschouwd moet worden. Er zijn hierbij drie categorieën overtredingen: te weten (i) "actieve" ongedaanmaking van een door de schuldenaar vóór faillissement verrichte prestatie, (ii) "actieve" beëindiging van een voortdurende prestatie van de schuldenaar die bestaat uit een dulden of nalaten en (iii) "actieve" schending van een voortdurende verplichting van de schuldenaar die bestaat uit een dulden of nalaten. In de gegeven omstandigheden zijn de curatoren volgens de A-G niet op actieve, maar op passieve wijze de verplichtingen uit de toelatingsovereenkomst niet nagekomen. Dit valt niet onder één van de genoemde categorieën en de curatoren kan dus niet verweten worden een "regel" te hebben overtreden.

mr. drs. R. Mulder
advocaat bij Pot Jonker Advocaten NV te Haarlem

Varia

270

Teruggaveverzoek omzetbelasting moet in hetzelfde tijdvak als waarin ondernemer betaling niet meer kan verwachten

Hoge Raad
7 juni 2019, nr. 17/04083, ECLI:NL:HR:2019:858
(mr. Koopman, mr. Punt, mr. Van Kalmthout, mr. Van Hilten, mr. Faase)
(Concl. A-G Ettema)
Noot mr. dr. A.J. Tekstra

Omzetbelasting. Verzoek teruggaaf omzetbelasting ter zake van niet-vergoede leveringen en diensten. Termijn waarbinnen verzoek moet worden gedaan. Wanneer ondernemer al in een eerder tijdvak in redelijkheid niet langer betaling kon verwachten, kan hij dit verzoek niet meer doen bij de aangifte over een later tijdvak. Hoge Raad komt terug op HR 16 oktober 2009, «JOR» 2010/34, m.nt. Tekstra onder «JOR» 2010/35.

[Wet OB 1968 art. 29 lid 1 aanhef en onder a (tot 1 januari 2017), 31]

Volgens art. 31 van de Wet OB 1968 moet een verzoek om teruggaaf van omzetbelasting worden gedaan bij de aangifte over het tijdvak waarin het recht op teruggaaf is ontstaan. Dit vereiste geldt ook voor het verkrijgen van teruggaaf op grond van art. 29 lid 1, aanhef en letter a, Wet OB 1968 (tekst tot 1 januari 2017). Op grond van die bepaling wordt aan de ondernemer op zijn verzoek teruggaaf verleend van de belasting ter zake van leveringen en diensten, voor zover de vergoeding niet is en niet zal worden ontvangen. Het hiervoor bedoelde recht op teruggaaf kan niet eerder worden geacht te zijn ontstaan dan op het tijdstip waarop redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de voldoening van de vergoeding door de schuldenaar achterwege zal blijven. Een redelijke wetstoepassing brengt mee dat de ondernemer/crediteur enige beoordelingsvrijheid heeft met betrekking tot de vraag of redelijkerwijs kan worden aangenomen dat de voldoening door de