

## A Corporate Cloak

### De bijzondere zorgplicht van de bestuurder ná faillissement

PH.W. SCHREURS<sup>1</sup>

Iedere curator komt vroeg of laat in de situatie dat de (voormalige) directeur-groootaandeelhouder van de failliet (DGAF) een bod uitbrengt op activa in de boedel. En hoe vaak gebeurt het niet dat de DGAF de dag na het faillissement een uitgewerkt doorstartplan bij hem op tafel legt? De curator weet zich in een ongelijke strijd: tijd is alles en de relevante kennis zit aan de andere kant van de tafel. In hoeverre mag de DGAF van die situatie gebruik maken? En kan de curator iets doen om ervoor te zorgen dat de boedel een – naar omstandigheden – ‘fair deal’ krijgt? Begin dit jaar heeft de Hoge Raad een in dat verband uitermate belangwekkend arrest gewezen.<sup>2</sup> In een zaak, overigens, waarin de curator zelf geen partij was.<sup>3</sup>

#### 1. Feiten Ontvanger/Wesselman

Op 31 juli 2001 wordt Steenbok BV failliet verklaard. Mr. Vlamincx wordt curator. De heer Wesselman is bestuurder van Steenbok en houdt (indirect) 2/3<sup>e</sup> van de aandelen. Hij is voorts 100% aandeelhouder van Nilarco. ING heeft kredieten verschaft aan zowel Steenbok (NGL 566.000) als Nilarco (NLG 610.000) en heeft een pandrecht op inventaris, voorraden en debiteuren. Wesselman heeft voor iedere vennootschap een borgtocht afgegeven van NLG 250.000.

Een week na faillissement bericht de ING aan de curator dat Wesselman via zijn vennootschap Nilarco een bod zal uitbrengen op een deel van de voorraad van de failliet, bestaande uit een partij keramische tegels. Deze is in opdracht van de curator getaxeerd op een executiewaarde van NLG 150.000 en op een onderhandse verkoopwaarde van NLG 700.000. Nilarco zou daarvoor NLG 250.000 gaan bieden. De curator heeft de Ontvanger op dezelfde dag gevraagd of deze

---

1. Flip Schreurs is advocaat bij Boels Zanders te Eindhoven.

2. HR 11 februari 2011, JOR 2011/114 m.nt. W. van Andel (Ontvanger/Wesselman).

3. Zie over de rol en mogelijke aansprakelijkheid van de curator bij doorstart tegen een te lage prijs: Lemstra en Van der Weide, in *Jaarboek Insolad 2008, Kloeke curatoren*, p. 161-177.

zou instemmen met onderhandse verkoop van de voorraad<sup>4</sup> wanneer een bod 'ruim boven de liquidatiewaarde zou uitgaan'. De Ontvanger heeft daar omgaand schriftelijk mee ingestemd.

Een dag nadien stuurt ING een brief aan Wesselman.<sup>5</sup> ING schrijft:<sup>6</sup>

*'U berichtte de curator dat u voornemens bent een bod uit te brengen op de voorraad tegels van Steenbok. Het bod zal NLG 250.000 excl. BTW bedragen. U verzocht ons om deze aankoop te financieren. Naar u ons berichtte zal deze aankoop in zijn geheel voor NLG 850.000 excl. BTW aan Kerason groothandel BV worden doorverkocht. U bent met Kerason de navolgende betalingscondities aangegaan. NLG 100.000 direct bij ondertekening van de overeenkomst, NLG 200.000 7 dagen na ondertekening en het restant dient binnen 90 dagen voldaan te zijn.*

*Middels dit schrijven bevestigen wij dat wij bereid zijn deze aankoop te financieren onder de volgende voorwaarden: Op de factuur dienen de betalingstermijnen vermeld te worden. Tevens dient op de factuur vermeld te worden dat de vordering is verpand aan ING en dat rechtsgeldig de betaling alleen op uw ING-rekening kan plaatsvinden. Direct na ondertekening van de overeenkomst dient deze tezamen met een compleet ingevulde pandlijst bij ING te worden ingeleverd. Door Kerason mogen de tegels pas worden afgehaald nadat NLG 100.000 op uw ING-rekening is bijgeschreven.*

*Door onze bereidheid onderhavige transactie te financieren zal ons obligo bij Nilarco NLG 860.000 bedragen. De betalingen die u ontvangt uit hoofde van de verkooptransactie dienen integraal in mindering te komen op het kredietbedrag, zodat na ontvangst van het volledige factuurbedrag het krediet in rekening-courant geheel zal zijn afgelost.'*

Later die dag brengt Nilarco het bod uit aan de curator. Enkele dagen later, na verkregen toestemming van de rechter-commissaris, verkoopt de curator de tegels aan Nilarco, die ze direct doorverkoopt aan Kerason.

De transactie is verder volledig uitgevoerd conform de brief van ING, wier vordering op Nilarco daardoor is geïncasseerd. Haar vordering op Steenbok

4. Waaronder de curator ter zake de verkoop van de voorraad op voorhand toestemming aan de Ontvanger vraagt, wordt niet duidelijk. Wellicht was een en ander gecombineerd met een verkoop van bodemzaken of had de Ontvanger een pandrecht bedongen.
5. Hoe de Ontvanger aan deze brief is gekomen wordt in de casus niet duidelijk, noch of deze brief aanleiding is voor de Ontvanger om de procedure te entameren. Aannemelijk lijkt me dat wel. De kwestie is, naar de curator mij meedeelde, pas enige jaren na de transactie aan het licht gekomen.
6. Omwille van de eenvoud enigszins geparafraseerd.

heeft ING daarnaast geïnd hoofdzakelijk door uitwinning van de aan haar verpande debiteuren.

Kort en goed, door de partij meteen door te stoten naar een derde heeft de DGAF een winst van EUR 600.000 gerealiseerd. Een bedrag dat de curator voor de boedel had kunnen binnenhalen, als hij maar van het bestaan van de betreffende gegadigde had geweten.

Ik vermeld nog<sup>7</sup> dat de handelsnaam ‘Steenbok’ eigendom was van Nilarco en Wesselman zich in de procedure op het standpunt stelde dat Kerason geen interesse in de tegels zou hebben zonder die merknaam.

## **2. Standpunten over de rol van de DGA en het oordeel van de Hoge Raad**

In de procedure die uiteindelijk tot aan de Hoge Raad<sup>8</sup> wordt gevoerd, stelde de Ontvanger zowel Wesselman als de ING Bank aansprakelijk uit hoofde van onrechtmatige daad.<sup>9</sup> Voor Wesselman ging het in deze procedure pas bij de Hoge Raad mis.<sup>10</sup> Rechtbank, Hof en A-G vonden, alles wikkend en wegend, dat de DGAF niet aansprakelijk kon worden gesteld. Het Hof nam het (door Wesselman gestelde en door de Ontvanger onvoldoende betwiste) feit tot uitgangspunt dat de curator Wesselman niet *in diens hoedanigheid van DGAF* had benaderd met de vraag of hij een goede koper wist, maar *in diens hoedanigheid van in de branche goed bekende handelsman* had benaderd, met de vraag of hij wellicht bereid was een bod uit te brengen.

Zoals in de inleiding aangegeven is dit een situatie die elke curator wel herkent. Als na zijn benoeming duidelijk wordt dat er weinig eer te behalen valt bij verkoop van de losse activa en van enige interesse van derden nog niet is gebleken,<sup>11</sup> zoekt de curator overleg met de DGAF en stelt de vraag ‘*Heeft u zelf niet overwogen nog een kans te wagen; u hoeft de hoofdprijs niet te betalen om op de eerste rang zitten?*’. Tegen een dergelijke vraag kan niemand (en

---

7. Om de zaak niet nodeloos zwart-wit te maken.

8. En mogelijk nog verder; de zaak is verwezen naar het Hof Den Haag.

9. Aan de hand van de feiten leek ook een actie van de zijde van curator zeer wel denkbaar. De curator berichtte mij desgevraagd echter dat hij pas na opheffing kennis kreeg van de gang van zaken en twijfels had over de verhaalbaarheid van een eventuele claim.

10. ING werd net een minder zware zorgplicht opgelegd door de Hoge Raad. Ik zou mij kunnen voorstellen dat ING, die bij de Hoge Raad daardoor uit de wind bleef, opgelucht adem haalde toen ook in derde instantie geen veroordeling volgde: een andere uitspraak was bepaald niet ondenkbeeldig.

11. De curator berichtte mij desgevraagd dat die situatie zich hier inderdaad heeft voorgedaan.

zeker de gezamenlijke schuldeisers niet) bezwaar hebben, zolang de curator maar gepoogd heeft andere kandidaten te vinden,<sup>12</sup> hij geen indicatie heeft van misbruik van faillissementsrecht door de DGAF<sup>13</sup> en zolang de bestuurders-aansprakelijkheid maar niet van het dossier afspat.<sup>14</sup>

A-G Timmerman legt<sup>15</sup> het gebruik door het Hof van de woorden ‘(voormalige) bestuurder’ zo uit dat de bestuurder, met wie de arbeidsrelatie (door de curator) is beëindigd, wel nog in vennootschapsrechtelijke zin als bestuurder moet worden beschouwd.<sup>16</sup> De A-G constateert niettemin<sup>17</sup> dat de bevoegdheden van de bestuurder na faillissement verregaand beperkt zijn en hij lijkt als gevolg daarvan<sup>18</sup> aan te nemen dat de op een bestuurder rustende zorgplichten navenant afnemen, als het ware omdat deze verschuiven naar de curator.

De Hoge Raad ziet dat echter duidelijk anders. In overweging 3.5.3 stelt hij dat de ‘*bijzondere hoedanigheid van bestuurder en grootaandeelhouder*’ die tot een extra zorgplicht kan leiden, óók op Wesselman blijft rusten als hij niet in die hoedanigheid is benaderd. Dat is dus kennelijk een jas, een ‘corporate cloak’, die een bestuurder nimmer uit kan trekken.<sup>19</sup>

Van Andel in zijn noot tenslotte<sup>20</sup> lijkt te suggereren dat de zorgplicht van de bestuurder ná faillissement zelfs nog vélder gaat dan de Hoge Raad reeds vindt. Hij komt tot dit oordeel op grond van de extra verplichtingen van art. 105/106F en het feit dat de crediteuren van de vennootschap onbetaald zijn gebleven.<sup>21</sup>

---

12. Zie voor een situatie waarin de curator geacht werd onvoldoende actief te zijn geweest bij het zoeken naar andere doorstartkandidaten dan de DGAF: Hof Arnhem 6 februari 2007, JOR 2007/106.

13. Situaties derhalve waarin vaststaat dat een ‘eigen aangifte’ van faillissement uitsluitend geschiedt om bepaalde belangen zoals bijvoorbeeld die van werknemers te schaden.

14. Persoonlijk heb ik geen (moreel) bezwaar tegen een doorstart met een DGAF die door de curator op *nadien* gebleken gronden alsnog als bestuurder aansprakelijk wordt gesteld.

15. Sub 3.4.

16. Een aparte beschouwing zou gewijd kunnen worden aan deze overweging afgezet tegen de zogenaamde 15 april arresten (HR 15 april 2005, JOR 2005/144 en 145), waarin de Hoge Raad tussen die twee rollen een onlosmakelijke koppeling aanbrengt.

17. Sub 3.8.

18. Sub 3.10.

19. Het deed mij ook wel denken aan het recent (NRC 30 juli 2011) voorgestelde fel oranje hesje met de tekst ‘*werkt voor de samenleving*’ dat taakgestraften kennelijk herkenbaar moet gaan maken.

20. Bij het arrest in JOR 2011/114, sub 4.

21. Gegeven de onrechtmatigheid is in casu de vraag waar de grens zou hebben gelegen. Stel dat Wesselman de curator op de hoogte had gesteld van interesse van een derde om de tegels voor 850.000 te kopen. Hij had de vraag kunnen stellen: Wat krijgt Nilarco voor het gebruik van de naam Steenbok en voor mijn inspanning? Wat zou de Hoge Raad een redelijke vergoeding hebben gevonden: 50.000, 100.000, 200.000? Wie het weet, mag het zeggen. →

Van Andel vraagt in zijn noot ook aandacht voor de betekenis van het arrest voor de DGAF-doorstart.<sup>22</sup> Hij vindt dat er redenen zijn om een dergelijke DGAF-doorstart kritisch te beschouwen. In dit artikel wil ik na enkele inhoudelijke beschouwingen stilstaan bij de vraag op welke wijze dat eventueel zou moeten gebeuren.

### 3. De zorgplicht nader beschouwd

De corporate cloak die volgens de Hoge Raad ook ná faillissement nog steeds om de schouders van de DGAF<sup>23</sup> hangt, vindt kennelijk niet alleen zijn grondslag in het feit dat de bestuurder nu eenmaal met het beheer en beleid van de vennootschap is belast: dat is na een faillissement immers niet meer het geval. Het gaat veel meer over de bijzondere positie die de bestuurder heeft (en na zijn ontslag of een faillissement ook nog een zekere tijd houdt) ten opzichte van alle andere betrokkenen bij een vennootschap. Dat zijn bijvoorbeeld: aandeelhouders, personeelsleden, (mede)bestuurders, toezichthouders, financiers, crediteuren, klanten, eventuele overheden.<sup>24</sup>

Die bijzondere positie vloeit voort uit het feit dat de bestuurder ten aanzien van het reilen en zeilen van die vennootschap niet alleen vanuit zijn formele functie<sup>25</sup> een bijzondere verantwoordelijkheid heeft, maar ook feitelijk vaak over een enorme kennisvoorsprong en overzicht beschikt. Vaak is de DGAF zelf (als natuurlijk persoon) degene die de meerwaarde belichaamt van de combinatie van activa en passiva die uiteindelijk de overwinstcapaciteit van de vennootschap bepaalt. Hij (als enige of als géén ander) kan de soms moeilijk vast te leggen combinaties maken tussen leveranciers, klanten, knowhow, werknemers, etc. etc.

---

Omgekeerd: wanneer zouden Rechtbank en Hof het wél onrechtmatig hebben gevonden? Als de inkoopprijs niet 50% maar slechts 10% boven de liquidatiewaarde had gelegen? Als koper Kerason volledige zekerheid voor de koopprijs had geboden? Alweer: Wie het weet, mag het zeggen.

22. Ook zijn opmerkingen over de micro-economisch gunstige en macro-economische ongunstige effecten van een dergelijke DGAF-doorstart zijn de moeite zeer waard. Zie daarover ook Santen en De Bos, in *Jaarboek Insolad 2008, Het economisch belang van een doorstart*, p. 1-18.
23. Hier kunnen, als ik het arrest goed tot mij door laat dringen, afhankelijk van de feiten en omstandigheden ook andere sterk gelieerde partijen mee bedoeld zijn en kan ook slechts sprake zijn van een bestuurder of een aandeelhouder.
24. Over deze problematiek ook Olaerts, in *Jaarboek Insolad 2008, Vennootschappelijke beleidsbepaling in 'zwaar weer'*, p. 39-66 en Harmsen, in *Jaarboek Insolad 2008, Voorbeelden van de doorstart: hoever mag de ondernemer gaan?*, p. 67-80.
25. Als directeur, als aandeelhouder, of als DGA. Maar m.i is – afhankelijk van wellicht zeer bijzondere feiten en omstandigheden - ook denkbaar dat een accountant, een commissaris of een bedrijfsleider met zo'n bijzondere zorgplicht belast wordt.

De A-G refereert<sup>26</sup> aan de interessante discussie omtrent de *corporate opportunity* en omschrijft die als een ‘voor een vennootschap lucratieve transactie’. Iedereen zal accepteren dat een bestuurder met eigen geld een staatslot koopt en de hoofdprijs van 1.000.000 vervolgens in eigen zak steekt. Maar het is niet aanvaardbaar dat de bestuurder (voor of ná zijn vertrek) een binnen het kader van het bedrijf ontwikkeld procédé patenteert op eigen naam. De hiervoor bedoelde te patenteren ‘opportunity’ is ‘corporate’ omdat het idee binnen het kader van de onderneming is ontstaan. Die kennisvoorsprong alléén kan geen reden zijn voor een extra zorgplicht, maar de zorgplicht die hij op grond van zijn formele rol als bestuurder al heeft, maakt dat hij van zijn kennisvoorsprong geen misbruik mag maken. De sleutel voor de zorgplicht is dan ook gelegen in de combinatie van de formele positie, kennis en kennisvoorsprong.

Deze zorgplicht wordt zwaarder naarmate de vennootschap in zwaarder weer verkeert. Naarmate de zorgen van de vennootschap toenemen neemt immers ook de normdruk van de welbekende Beklamel-regel toe. Dat is een op de individuele bestuurder rustende verantwoordelijkheid die afhangt van de mate waarin hij ‘wist c.q. behoorde te weten’ van de risico’s die individuele crediteuren lopen.<sup>27</sup> Van Andel wijst dan ook terecht op achtergrond en effecten van art. 105/106F en de daarop gestelde zware sanctie (lijfsdwang): deze bepalingen veronderstellen een (door de wetgever kennelijk als vanzelfsprekend ervaren) zorgplicht voor een DGAF die mogelijk zelfs zwaarder is dan voor een DGA.

Mijns inziens is overigens niet sprake van een revolutionair nieuwe zorgplicht. De vergelijking met situaties die speelden in arresten als Albada Jelgersma<sup>28</sup> en Sobi/Hurks<sup>29</sup> dringt zich op. Een kennisvoorsprong die voortvloeit uit een bijzondere betrokkenheid als aandeelhouder- of bestuurderschap vertaalt zich in een verantwoordelijkheid ten opzichte van andere betrokkenen die die kennisvoorsprong niet hebben. Het niet in acht nemen daarvan is onrechtmatig. Een kennisvoorsprong die *niet* voortvloeit uit een bijzondere betrokkenheid (en ook niet op onrechtmatige wijze is verkregen) wordt daarentegen gezien als een vrucht van gezonde mededinging. Het gaat om betrokkenheid, zorgvuldigheid en vertrouwen; handelen dat daarmee niet te rijmen valt wordt in alle gevallen in de rechtspraak (ook de onderhavige) behandeld als onrechtmatige daad.

---

26. Sub 3.9.

27. Zie ook Olaerts, a.w. p. 48 e.v.

28. HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487.

29. HR 21 december 2001, NJ 2005, 96.

#### 4. Doorstart in faillissementen

De relevantie van het onderwerp is niet gering. Luttkhuis<sup>30</sup> constateert weliswaar in slechts 7% van de faillissementen een doorstart. Maar Couwenberg en De Jong<sup>31</sup> komen tot een doorstartpercentage van 72% in een onderzoek naar faillissementen van bedrijven met minimaal 10 werknemers. Afgaande op mijn eigen ervaring is de DGAF daar zéér vaak bij betrokken. Doorgaans is hij in staat dan ook het hoogste bod uit te brengen. Dat is weinig verrassend als wordt bedacht dat de DGAF als geen ander weet wat hij in zijn winkel heeft: de mate van courantheid van de voorraad, de orderpijplijn, de kwaliteit van de debiteuren, etc. Hij hoeft in zijn bod geen onzekerheidsmarge in te bouwen (zoals een buitenstaander wel steeds zal doen) en kan die extra marge gebruiken voor het hogere bod.

Het is derhalve in het belang van de gezamenlijke crediteuren dat de DGAF wél mee kan bieden op een eventuele doorstart. Maatregelen die dat belemmeren leiden tot een lagere opbrengst voor de boedel en zijn ongewenst. Daarbij moet (als in casu) onder ogen worden gezien dat de DGAF soms verscholen waardes in activa kent en worden stil gestaan bij de vraag of daarvoor bijzondere voorzieningen moeten worden getroffen.

#### 5. Bijzondere voorzieningen bij DGAF-doorstarts

Een ondernemer die na een faillissement ogenschijnlijk vrolijk verder winkelt, is niet alleen hoogst suspect in de ogen van de man in de straat;<sup>32</sup> er zijn ook rechters-commissaris die een dergelijk sentiment slechts met moeite van zich afschudden. Ik heb een rechter-commissaris meegemaakt die steevast toestemming weigerde voor een doorstart door de DGAF als diens bod niet substantieel meer bedroeg dan 10% boven de liquidatiewaarde, óók als er geen ander bod lag. Lastig als je eigenlijk al uitonderhandeld bent, maar dit arrest geeft hem achteraf wel een beetje gelijk.

Volgens een korte inventarisatie via vriendelijke tussenkomst van Recofa zijn er in den lande géén protocollen, werkafspraken of standaardprocedures die rechters-commissaris hanteren bij doorstarts indien daarbij (ook) de DGAF betrokken is. Daarom is het noodzakelijk stil te staan bij de vraag in hoeverre,

---

30. Luttkhuis, 2007, Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht.

31. Aangehaald bij Santen en De Bos, a.w., p. 2-3.

32. En het luisteren naar dat geluid wordt steeds meer als wenselijk beschouwd. Zie een concreet voorbeeld in Dagblad De Limburger 7 september 2011 over een DGAF-doorstart onder de veelzeggende kop: 'In de brand, uit de brand.'

danwel door RC's, danwel door curatoren, bijzondere regels moeten worden gehanteerd bij dergelijke DGAF-doorstarts.<sup>33</sup>

Ik heb getracht enkele praktische aanwijzingen te formuleren die gelet op het arrest en het belang van de gezamenlijke crediteuren noodzakelijk of ten minste zinvol zijn. Een curator kan deze eigener beweging hanteren of op verzoek van een RC.

1. De curator moet de DGAF al bij de eerste contacten wijzen op diens bijzondere zorgplicht en op de mogelijke gevolgen van het veronachtzamen daarvan.
2. Veel curatoren werken met standaard vragenlijsten die de DGAF moet invullen, voorzien van bijlagen en ondertekenen.<sup>34</sup> Deze vragenlijst dient het hiervoor sub 1 gestelde eveneens te benadrukken. De lijst dient onder meer de volgende vragen te bevatten:
  - Kent u iemand die mogelijk geïnteresseerd is in bepaalde activa of in een doorstart?
  - Wat moeten de activa volgens u ongeveer opbrengen?
  - Bent u bekend met enig gegeven dat in het belang is van de boedel en dat hiervoor niet is opgenomen?
3. De lijst dient af te sluiten met een door de DGAF af te leggen verklaring als de volgende: *'U verklaart dat u de curator alle verlangde inlichtingen en gegevens heeft verstrekt, dat u de curator geen onjuiste of misleidende informatie heeft verschaft en dat u geen informatie heeft achtergehouden waarvan u moest begrijpen dat deze voor de curator en de boedel van wezenlijk belang zou kunnen zijn.'*
4. Indien de DGAF in de gelegenheid wenst te worden gesteld activa te kopen uit de boedel of een doorstartbod uit te brengen dient hij daaraan voorafgaand een verklaring als de volgende af te geven en te ondertekenen: *'Ik verklaar dat ik de curator alle verlangde inlichtingen en gegevens heb verstrekt, dat ik de curator geen onjuiste of misleidende informatie heb verschaft en dat ik geen informatie heb achtergehouden waarvan ik moet begrijpen dat deze voor de curator en de boedel van wezenlijk belang zou kunnen zijn. De curator is aan de hand van die gegevens in staat zich een juist en volledig beeld te vormen, nodig voor een optimale opbrengst van de activa en een zo goed mogelijke afwikkeling van de boedel en in het belang van de gezamenlijke crediteuren.'*

---

33. Dat dit geen absurde eis is blijkt ook wel uit het feit dat de Staat geen of slechts voorwaardelijk medewerking verleent aan DGAF-doorstarts, indien de zekerheden van door de Staat gewaarborgde borgstellingskredieten in een dergelijk kader worden uitgewonnen.

34. Zie bijvoorbeeld het protocol van Schimmelpenninck terzake het onderzoek naar de oorzaak van het faillissement, *TvI* 2008, 20, p. 134 e.v.



5. Indien de curator een doorstartovereenkomst sluit met de DGAF dient deze een clause als de volgende te bevatten: *‘Koper, mede in zijn hoedanigheid van bestuurder van failliet, verklaart hierbij aan de curator alle verlangde inlichtingen en gegevens te hebben verstrekt en geen inlichtingen of gegevens te hebben achtergehouden of verzwegen die hij redelijkerwijze aan de curator had behoren te verstrekken en waarvan Koper, mede in zijn hoedanigheid van bestuurder van failliet, wist of redelijkerwijs had moeten begrijpen dat zij voor de curator zo wezenlijk zijn, dat de curator, indien hij die verzwegen feiten of gegevens bekend was geweest, de onderhavige Overeenkomst niet of slechts onder andere voorwaarden zou zijn aangegaan.’*
6. Onder omstandigheden kan de curator er ook voor kiezen in de doorstartovereenkomst een anti-speculatiebeding op te nemen. Daarin kunnen partijen bijvoorbeeld afspreken dat de desbetreffende actiefpost gedurende een zekere periode niet door de koper/DGAF mag worden doorverkocht, of dat bij doorverkoop een gedeelte van de gerealiseerde winst moet worden afgedragen aan de curator.<sup>35</sup>

## Conclusie

Omdat bij de afwikkeling van faillissementen vooral financiële belangen betrokken zijn, zullen er altijd mensen zijn die daaruit een slaatje proberen te slaan. In *Ontvanger/Wesselman* heeft de Hoge Raad een duidelijke streep getrokken waarvan mij wel heeft verbaasd dat Rechtbank en Hof die niet eerder trokken. In een extreem geval als het onderhavige functioneert ons systeem dus naar behoren doordat via de weg van de zorgplicht resp. onrechtmatige daad redres mogelijk is.

Maar in zaken waarin de feiten minder expliciet zijn, zal de rechter wellicht niet (kunnen) ingrijpen. Het is daarom van belang bij de behandeling van een faillissement aan de DGAF glashelder te maken dat hij een bijzondere en na faillissement nog voortdurende verantwoordelijkheid heeft jegens de gezamenlijke schuldeisers. Het kan deze of gene DGAF er wellicht van weerhouden lichtvaardig ge- of misbruik te maken van de vaak enorme kennisvoorsprong die de diepere achtergrond vormt van de door de Hoge Raad vastgestelde zorgplicht. Ik heb vanzelfsprekend echter niet de illusie dat het daardoor nooit meer zal voorkomen.

---

35. Dit laatste heb ik in de praktijk ook wel toegepast bij activa waar de opbrengst (anders dan in het besproken arrest) juist zeer onzeker was en curator en koper daarom de voorkeur gaven aan een doorverkoop met (gedeelte) winst op termijn.