

Dreiging aansprakelijkstelling bestuurder: snel handelen gewenst!

Op grond van de Faillissementswet heeft de curator een machtiging van de rechter-commissaris nodig om een procedure te starten, zo ook om een procedure aan te spannen tegen de bestuurder van een failliete onderneming op basis van bestuurdersaansprakelijkheid. Recentelijk heeft de Hoge Raad geoordeeld dat degene tegen wie de curator gemachtigd wordt een procedure te starten, geen mogelijkheden heeft om de verleende machtiging aan te vechten.

Beroepsmogelijkheden bestuurder bij aansprakelijkstelling

De curator is krachtens de Faillissementswet belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Dit houdt onder meer in dat de curator overeenkomsten beëindigt, vorderingen incasseert, indien nodig procedeert, en activa te gelde maakt. Dit alles met het doel een zo hoog mogelijk boedelactief te realiseren voor de schuldeisers.

Het toezicht op de curator wordt uitgeoefend door de rechter-commissaris. Dit betekent dat de rechter-commissaris controleert of de curator handelt in het belang van de boedel en binnen het kader van zijn bevoegdheden. Voor verschillende handelingen zoals het beëindigen van arbeidsovereenkomsten en het opzeggen van huurovereenkomsten heeft de curator de machtiging van de rechter-commissaris nodig. Ook indien de curator een procedure wil starten tegen de bestuurder van de failliete onderneming op grond van

onbehoorlijk bestuur, heeft de curator een machtiging van de rechter-commissaris nodig. Om deze machtiging te verkrijgen dient de curator de rechter-commissaris in te lichten over onder meer de hoogte van de vordering, de achterliggende feiten, de juridische gronden, de te verwachten verweren, de kans van slagen, de verhaalsmogelijkheden en de kosten van de procedure. Indien de rechter-commissaris van mening is dat het verzoek van de curator deze toets kan doorstaan, zal hij de curator bij beschikking machtigen om een procedure tegen de bestuurder te starten.

De Faillissementswet bepaalt dat tegen nagenoeg alle beschikkingen gegeven door een rechter-commissaris hoger beroep open staat. Het is echter de vraag of een bestuurder hoger beroep kan aantekenen tegen een aan de curator afgegeven machtiging om een procedure tegen hem te starten terzake van bestuurdersaansprakelijkheid. In dit artikel wordt het arrest van de Hoge Raad van 18 april 2008 besproken waarin deze vraag aan de orde is gekomen. Vervolgens wordt afgesloten met een praktische aanbeveling naar aanleiding van dit arrest.

Achtergrond

Zoals hiervoor omschreven kan op grond van de Faillissementswet hoger beroep worden ingesteld tegen in beginsel alle beschikkingen van de rechter-commissaris. De Faillissementswet bepaalt echter niet aan wie het recht op hoger beroep toekomt. Volgens de parlementaire geschiedenis

staat de mogelijkheid om hoger beroep aan te tekenen niet alleen open voor degene die de beschikking heeft gevraagd, maar ook voor degene tegen wie de beschikking is gevraagd en die zich door de gegeven beschikking bezwaard acht. Als voorbeelden worden de schuldeisers en de gefailleerde persoon of onderneming genoemd. De bestuurder van de gefailleerde is echter niet als voorbeeld genoemd.

Voor het eerst heeft de Hoge Raad nu antwoord gegeven op de vraag of een bestuurder beroepsrecht heeft tegen een aan de curator gegeven procesmachtiging. Deze vraag is eerder al wel aan de orde geweest in de "lagere rechtspraak", waarin verschillend over deze vraag is geoordeeld. Ook de parlementaire geschiedenis geeft aanleiding om wel hoger beroepsrecht aan de bestuurder toe te kennen, ondanks het feit dat de bestuurder niet expliciet als voorbeeld wordt genoemd. Volgens de parlementaire geschiedenis staat immers hoger beroep open voor degene tegen wie een beschikking is gevraagd en die zich door de gegeven beschikking bezwaard acht. Desalniettemin heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het faillissementsrecht de bestuurder geen mogelijkheden biedt om tegen de aan de curator verleende procesmachtiging op te komen.

De feiten

Benedik Holding B.V. en haar vier dochtervennootschappen zijn in staat van faillissement verklaard. De commanditaire vennootschap Gebr. Benedik Abattoir C.V. is enkele maanden

later failliet verklaard. Twee curatoren zijn aangesteld voor het beheer en de vereffening van de boedels. Naar de mening van de curatoren hebben de bestuurders onbehoorlijk gehandeld en zijn zij aansprakelijk jegens de boedel. De curatoren hebben de rechter-commissaris om een machtiging verzocht voor het aanspannen van een procedure tegen de bestuurders. De rechter-commissaris heeft deze procesmachtiging aan de curatoren verleend.

De bestuurders hebben bij de rechtbank hoger beroep ingesteld tegen de verleende procesmachtiging van de rechter-commissaris. De rechtbank verklaart de bestuurders niet-ontvankelijk in hun beroep omdat zij geen recht zouden hebben om hoger beroep in te stellen tegen de beschikking. Alleen aan de indieners van het oorspronkelijk verzoek om te mogen procederen, in dit geval de curatoren, zou het recht toekomen om hoger beroep in te stellen, aldus de rechtbank.

Tegen deze beschikking van de rechtbank hebben de bestuurders beroep in cassatie bij de Hoge Raad ingesteld. De Hoge Raad stelt de vraag aan de orde of degene tegen wie de curator gemachtigd wordt een procedure aan te spannen, in dit geval de bestuurders, gerechtigd is hoger beroep in te stellen tegen deze beschikking van de rechter-commissaris.

Voor de beantwoording van deze vraag neemt de Hoge Raad als uitgangspunt dat *“alleen degene die ‘partij’ was bij de beschikking van de rechter-commissaris het recht heeft van hoger beroep”*. Vervolgens is de vraag aan de orde wie precies “partij” is bij een beschikking. Volgens de Hoge Raad is in ieder geval degene die het verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan “partij”. Hierbij moet gedacht worden aan de curator, maar ook een schuldeiser kan een verzoek indienen bij de rechter-commissaris. Indien bijvoorbeeld een schuldeiser het niet eens is met het

voornemen van de curator om de activa voor een bepaalde prijs te verkopen omdat de verkoopprijs naar zijn mening te laag is, kan hij zich wenden tot de rechter-commissaris met het verzoek de curator te bevelen de geplande verkoop te staken. In dit voorbeeld is de schuldeiser degene die het verzoek aan de rechter-commissaris heeft gedaan; hij is dus “partij” zodat hem het recht op hoger beroep toekomt.

De Hoge Raad heeft tevens geoordeeld dat niet alleen de verzoeker van een beschikking “partij” is, maar dat ook degene tot wie de beschikking is gericht kan worden aangemerkt als “partij”. In het geval van een procesmachtiging is doorgaans de curator zowel de verzoeker als degene tot wie de beschikking is gericht. In het hiervoor genoemde voorbeeld van de schuldeiser die het niet eens is met het voornemen van de curator om de activa voor een bepaalde prijs te verkopen, is, zoals reeds vermeld, de schuldeiser de verzoeker. Indien het verzoek van de schuldeiser door de rechter-commissaris wordt gehonoreerd, zal de rechter-commissaris een beschikking aan de curator afgeven waarin hij de curator zal bevelen de geplande activaverkoop te staken. In dit geval zijn dus zowel de schuldeiser als de curator “partij” bij de beschikking van de rechter-commissaris. Ondanks dat de verleende procesmachtiging wel het belang van de bestuurder raakt, kan de bestuurder volgens de Hoge Raad niet als “partij” worden aangemerkt. De bestuurder heeft de rechter-commissaris immers niet verzocht om een procesmachtiging. Tevens is de bestuurder niet degene tot wie de beschikking is gericht; dat is namelijk de curator. Gelet ook op het feit dat de Faillissementswet gericht is op een vlotte afwikkeling van het faillissement en de bestuurder gedurende de gerechtelijke procedure nog alle mogelijkheden heeft om zijn verweren naar voren te

brengen, oordeelt de Hoge Raad dat de bestuurder geen recht op hoger beroep heeft tegen de aan de curator verleende procesmachtiging.

Aanbeveling: snel naar de rechter-commissaris

De Hoge Raad heeft in dit arrest duidelijk gemaakt dat een bestuurder geen mogelijkheden heeft om de aan de curator verleende procesmachtiging aan te vechten. Indien de bestuurder vermoedt dat de curator hem op korte termijn aansprakelijk zal stellen, is het aan te bevelen dat de bestuurder zich wendt tot de rechter-commissaris teneinde te voorkomen dat de rechter-commissaris aan de curator een procesmachtiging zal verlenen.

Zoals hiervoor vermeld dient de curator om een machtiging te verkrijgen inlichtingen aan de rechter-commissaris te verschaffen omtrent de achterliggende gronden van de vordering, de kosten van de procedure en de proceskansen. De bestuurder kan voorkomen dat een procesmachtiging aan de curator wordt afgegeven door aan de rechter-commissaris inzichtelijk te maken dat de kans van slagen van de procedure en de verhaalskansen niet opwegen tegen de kosten en risico's van de procedure voor de boedel. Indien de rechter-commissaris eenmaal de procesmachtiging aan de curator heeft verleend, kan de bestuurder deze procesmachtiging niet meer aanvechten. Uiteraard heeft de bestuurder in de loop van de procedure wel alle mogelijkheden om zijn verweer naar voren te brengen. Desondanks verdient het voor de bestuurder alleen al uit oogpunt van besparing van kosten aanbeveling om te trachten een procedure van de curator terzake van bestuurdersaansprakelijkheid te voorkomen.

mr. M.N. (Marlous) de Groot
Ondernemingsrecht
T +31 (0)20 3016 452
E marlous.degroot@cms-dsb.com