



Ministerie van Veiligheid en Justitie
T.a.v. Zijne Excellentie de Minister
Postbus 20301
2500 EH 's-Gravenhage

mr. D.P. Schalken
Postbus 127
5280 AC BOXTEL
Parkweg 12
5282 SM BOXTEL
T: +31 (0)88 1410818
F: +31 (0)411 684895
E: schalken@bgadvocaten.nl
I: www.bgadvocaten.nl

Datum 17 januari 2014
Dossiernummer 11351084
Onderwerp Internetconsultatie Wet Continuïteit Ondernemingen I
Uw referentie

Zijne Excellentie,

Het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I is opengesteld voor internetconsultatie, waarbij ook ervaringen uit de praktijk kenbaar aan U kunnen worden gemaakt. In het afgelopen jaar ben ik, zowel als "beoogd curator", als advocaat/adviseur van in financieel zwaar weer verkerende vennootschappen, betrokken geweest bij een aantal "pre packs". Mede op verzoek van de Rechtbank Oost-Brabant deel ik hierbij enige ervaringen die in dit kader zijn opgedaan en die mogelijk interessant zijn voor het verfijnen van het wetsvoorstel. Op voorhand wijs ik er op dat ondergetekende geen wetsjurist is, doch met mijn praktijkervaringen hoop ik een constructieve bijdrage te kunnen leveren aan het voorliggende wetsvoorstel.

In deze bijdrage zal ik – met name – mijn ervaringen kenbaar maken, welke ik als "beoogd curator" in de aan mij toegewezen stille insolventies heb opgedaan. Dit betreffen de stille insolventies van De Harense Smid B.V. c.s. ["DHS"] en Verhagen Grafische Media B.V. ["VGM"], welke beiden zijn uitgesproken door de Rechtbank Oost-Brabant. In deze brief behandel ik een aantal onderwerpen en geef daarop mijn visie en ervaringen. Ik sluit af met enige adviezen/aanbevelingen. De onderwerpen die ik behandel zijn:

1. De aanvraag/verzoekschrift;
2. "Lichte" en "zware" stille insolventies;
3. Ervaringen met uitvoering van de taak als beoogd curator;
4. Positie bank en fiscus;
5. Enkele aanbevelingen/adviezen.

1. **De aanvraag/verzoekschrift**

Er is geen "model" voor het aanvragen van stille insolventies, mede doordat er geen duidelijk wettelijk kader is wanneer een stille insolventie moest c.q. kon worden toegekend. Met het

Rabobank Boxtel 10 88 57 387
t.n.v. Stichting Belieër De-gengelden
Bogaerts & Groenen advocaten
IBAN: NL51 RABO0108857387
BIC: RABOIN2U
BTW nr. NL 0076 46 008 001
KvK nr. 17273785



huidige wetsvoorstel komt daar een positieve verandering in. Naar mijn mening moet het bedrijf dat een stille insolventie aanvraagt goed onderbouwen op welke wijze invulling gegeven moet gaan worden aan de stille insolventie, alsmede op welke wijze de kosten gedragen worden. In dit kader kan een vergelijking worden gemaakt met het aanvragen van de surseance, waarop per ommekeer wordt beslist indien en voor zover boedelkosten voldaan kunnen worden en er een kans bestaat dat de [gezamenlijke] crediteuren op termijn bevredigd kunnen worden.

Bij het aanvragen van de stille insolventie zal mijns inziens de exacte reden van de aanvraag moeten worden omschreven. Daarbij dienen het [gedeeltelijke] waarde behoud van de onderneming middels een mogelijke doorstart en het maatschappelijk belang te worden betrokken. Ook zal mijns inziens in het verzoekschrift kenbaar moeten worden gemaakt op welke wijze reeds invulling is gegeven aan het vinden van samenwerkingspartners, overnamekandidaten of andere partijen [binnen en/of buiten de markt] die geïnteresseerd zouden kunnen zijn in het bedrijf en/of activiteiten en/of onderdelen daarvan. Succesvolle stille insolventies zijn alleen mogelijk met verschillende mogelijkheden die de beoogd curator heeft om het bedrijf, of delen van dit bedrijf, na faillissement door te starten. Daarvoor moeten er wel meerdere partijen in de markt zijn en niet alleen bijvoorbeeld de bestuurder of een gelieerde vennootschap. Deze zaken moeten mijns inziens derhalve in het verzoekschrift/aanvraag worden vermeld. Daarbij maakt ondergetekende een onderscheid in "lichte" en "zware" stille insolventies. In het volgende hoofdstuk zal ik dit nader toelichten.

Mijn ervaringen met de ingediende verzoekschriften in de stille insolventie welke aan mij werden toebedeeld zijn positief. In beide gevallen stonden vakbekwame advocaten en andere adviseurs de onderneming bij, hetgeen ook terug te zien was in de verzoekschriften. In het verzoekschrift was een goede onderbouwing gegeven van de redenen waarom de stille insolventie noodzakelijk was, de wegen welke het bedrijf heeft bewandeld [overnamekandidaten met naam genoemd] en werd een realistische mogelijkheid geschetst van een positieve uitkomst voor crediteuren.

2. "Lichte" en "zware" stille insolventies

A. Lichte stille insolventies

Als boven beschreven onderscheidt ondergetekende "lichte" en "zware" insolventies. Met een lichte insolventie bedoel ik dat van de beoogd curator in de stille insolventieperiode enkel wordt verwacht, dat deze zich kan voorbereiden op het aanstaande faillissement. In het faillissement van VGM, dat door mij wordt betiteld als een "lichte" insolventie, had ik gedurende 5 dagen de gelegenheid om alle ins en outs van het bedrijf te leren kennen [middels een digitale dataroom], de markt in kaart te brengen [met behulp van de directie, advocaat van de vennootschap en externen, zie verder] en konden nadere voorbereidingen voor een snelle doorstart na faillissement worden opgestart. Hierbij denk ik aan het opstellen van ontslagbrieven, het opstellen van een biedingsmemorandum met bijbehorende stukken en het oplijnen van stakeholders [zoals de bank]. Mogelijk geïnteresseerde bedrijven zijn gedurende de stille insolventie niet benaderd. Door deze stille insolventie [lichte variant] was het voor mij mogelijk om op de dag van het faillissement te spreken met de huisbankier over een boedekrediet, het personeel toe te spreken en hen daarbij ontslag aan te zeggen, afspraken te maken met de be-



langrijkste klanten over de eerste week na faillissement [het draaien van “zondagsdienst” om de klanten aan boord te houden] en konden direct verschillende marktpartijen benaderd worden. In totaal heb ik in de eerste twee dagen na faillissement ongeveer twintig [20] marktpartijen benaderd en circa vijftien [15] hebben – na ondertekening van de geheimhoudingsverklaring en acceptatie van het biedingsprotocol – de bedrijfsinformatie van VGM ontvangen. Door de voorbereiding in stilte kon dit proces goed en zorgvuldig worden uitgevoerd, waardoor er uiteindelijk binnen één week een doorstart is gerealiseerd voor een correcte prijs en met behoud van ongeveer de helft van het personeel. De activiteiten zijn doorgestart door een andere vennootschap, die niet gelieerd is aan aandeelhouders of bestuurders. Dit resultaat was mijns inziens niet bereikt indien en voor zover er geen stille insolventie had plaatsgevonden. De grootste klanten waren afhankelijk voor hun productie van [dagelijkse/wekelijkse] leveranties van VGM. Door het op voorhand in kaart brengen van deze situatie en het adequaat kunnen handelen kon de waarde voor het bedrijf enigszins behouden blijven, hetgeen ook een positief effect heeft gehad op de werkgelegenheid.

B. Zware insolventies

Met zware insolventies doel ik op het feit dat van de beoogd curator tijdens de stille insolventie verwacht wordt dat hij de markt intensief onderzoekt en spreekt met verschillende partijen om na te gaan of er mogelijkheden zijn om het bedrijf c.q. onderdelen van het bedrijf na het faillissement door te starten. Het faillissement van De Harense Smid [DHS] is daarvan een voorbeeld. In een periode van bijna twee weken ben ik in goed overleg met de directie bezig geweest om de mogelijkheden te onderzoeken voor een doorstart na faillissement. Daarvoor is ten eerste van groot belang dat er volledige transparantie wordt gegeven door de directie en adviseurs van de onderneming over het bedrijf, alsmede over de marktpositie. Daarbij moet het de beoogd curator vrijstaan om externe deskundigen in te schakelen om de financiële situatie van het bedrijf door te lichten en de marktmogelijkheden te onderzoeken. In het geval van DHS is daarvan sprake geweest. Ik had de mogelijkheden om de marktpositie te [laten] beoordelen door derden. Transparantie en openheid door de vennootschap is van groot belang voor een geslaagde stille insolventie.

3. Taken stille bewindvoering

Als boven beschreven is mijns inziens de belangrijkste taak van een beoogd curator om na te gaan of er mogelijkheden zijn om na faillissement een snelle verkoop van [delen van] de onderneming te realiseren tegen een goede prijs, waarbij maatschappelijke belangen mogen meespelen. Deze taak dient de beoogd curator nauwgezet en als een “kundig curator” uit te voeren. Waar nodig geacht dient de beoogd curator zich te kunnen laten bijstaan door externe partijen [accountant, financiële adviseur, marktexpert etc.]. In “zware” stille insolventies wordt meer verwacht van de beoogd curator dan in “lichte” stille insolventies. In de zware variant wordt ook een bedrijvigere rol van de beoogd curator verwacht, in de zin dat die – in overleg met het bedrijf en haar adviseurs – actiever nagaat welke mogelijkheden er zijn om te komen tot een doorstart na faillissement. De beoogd curator kan daarbij indicatief spreken met verschillende marktpartijen en anderen, indien en voor zover die een geheimhoudingsovereenkomst hebben getekend. In de stille insolventie van DHS heb ik met diverse partijen gesproken voordat het faillissement werd uitgesproken. Uiteindelijk is met één van die partijen binnen 24 uur een doorstart tot stand gekomen. Op de eerste dag van het faillissement leek het erop dat



nog een andere partij [toch] geïnteresseerd was. Ook die partij is uitgenodigd om, na ondertekening van de geheimhoudingsovereenkomst en het biedingsprotocol, aan tafel te zitten om concreet over een [gedeeltelijke] doorstart te spreken. Uiteindelijk is die partij het niet geworden, maar door snelheid van handelen en transparantie konden diverse partijen denken aan een [gedeeltelijke] overname in het belang van crediteuren en werkgelegenheid.

Bij een “zware” stille insolventie zijn meerdere mogelijkheden voor de beoogd curator van cruciaal belang. De beoogd curator moet mijns inziens zijn activiteiten staken indien en er maar sprake is van één concrete mogelijkheid. Op dat moment zal spoedig nadien het faillissement moeten worden uitgesproken, althans zal de beoogd curator zijn activiteiten stopzetten totdat hij als curator is benoemd. Op welke wijze een en ander in de wet moet worden ingepast laat ik aan u over.

In zowel het faillissement van DHS als VGM zijn de stille insolventies succesvol gebleken. Het is mijn stellige overtuiging dat zonder stille insolventies de doorstart van beide ondernemingen niet gerealiseerd konden worden en/of voor een lagere prijs en/of met minder personeelsleden.

4. **Positie bank en fiscus**

Interessant in iedere stille insolventie is de positie van de bank. In beide gevallen waarin ik ben benoemd als beoogd curator is er door het bedrijf voor gekozen om de bank niet per direct te informeren. In beide gevallen is ervoor gekozen om de bank pas daags voor het faillissement te informeren over het aanvragen daarvan. De reden hiervoor is simpel. Beide ondernemingen waren anders bang dat de kredietlijn per direct werd ingetrokken dan wel dat er geen enkele uitgave meer mogelijk was, waardoor de reguliere bedrijfsvoering zeer moeilijk zou zijn geworden. Als banken meer betrokken zouden willen worden bij een stille insolventie lijkt het mij raadzaam dat er òf op wetgevingenniveau òf door middel van een richtlijn van de banken wordt bepaald dat zodra er sprake is van een stille insolventie de kredietlijn niet worden ingetrokken, en/of andere invorderingsmaatregelen even worden stopgezet zodat lopende kosten kunnen worden voldaan. Ook de fiscus kan worden geïnformeerd indien wordt vastgelegd dat de fiscus geen nadere [invorderings]maatregelen neemt.

5. **Aanbevelingen/adviezen**

Op basis van mijn ervaringen met stille insolventies heb ik een aantal adviezen welke mogelijk door u verwerkt kunnen worden in het wetsvoorstel:

1. In het verzoekschrift aanvraag stille insolventie moet duidelijk worden omschreven of er sprake is van een “lichte” of “zware” aanvraag, onder verdere verwijzing naar mijn uitleg. Tevens adviseer ik om de voorwaarden waaraan het verzoekschrift moet voldoen duidelijk te specificeren met – onder meer – een overzicht van de financiële situatie, een overzicht van de acties die door het bedrijf reeds zijn genomen [potentiële doorstartkandidaten etc.] alsmede op welke wijze het bedrijf in staat is om de boedelkosten te voldoen [kosten beoogd curator en eventueel door beoogd curator in te schakelen derden];



2. In alle gevallen moet een ruime taakomschrijving van de beoogd curator worden opgenomen, waarin deze als redelijk denkend en over voldoende ervaring beschikkend [beoogd] curator moet handelen op de wijze zoals hem gepast voorkomt;
3. De [beoogd] curator dient binnen 7 dagen nadat het faillissement is uitgesproken een eerste verslag openbaar te maken met daarin zijn handelwijze tijdens de stille insolventie. De rechtbank moet wel de mogelijkheid hebben om op gemotiveerd verzoek van de curator hiervoor uitstel te verlenen [bijvoorbeeld in verband met lopende onderhandelingen];
4. Volledige transparantie door de directie en adviseurs van het bedrijf, met mogelijkheid van de beoogd curator tot controle daarvan, is van eminent belang voor een geslaagde stille insolventie;
5. Indien de directie van het bedrijf niet meewerkt op de wijze zoals dat door de beoogd curator wenselijk wordt geacht [bijvoorbeeld in verband met de transparantie, kosten en/of marktbeschrijving], moet de beoogd curator de benoeming/opdracht teruggeven aan de rechtbank, waarbij de rechtbank geen nieuwe beoogd curator benoemd. Daarbij moet de beoogd curator – met uitzondering van specifieke gevallen – ook worden benoemd als curator in de insolventie, zodra het faillissement door enige rechtbank wordt uitgesproken. Om forumshopping te voorkomen lijkt het mij raadzaam dat de rechtbanken onderling communiceren over “teruggeven” dan wel niet uitgesproken stille insolventies;
6. Indien de banken en/of de fiscus betrokken willen geraken bij een stille insolventie is het van belang dat er beleidsregels worden afgesproken [c.q. worden opgelegd] die ervoor zorg dragen dat er geen invorderingsmaatregelen meer gaan plaatsvinden door de banken en/of de fiscus. Daarbij moet de bank het krediet niet [verder] kunnen terugdraaien dan wel stop zetten, zodat lopende kosten uit de lopende exploitatie voldaan kunnen worden;
7. De kosten van stille insolventie worden in eerste instantie gedragen door de onderneming. Indien de kosten uiteindelijk niet gedragen kunnen worden door de onderneming, dienen deze kosten mijns inziens als boedelkosten in het faillissement te worden aangemerkt, aangezien de kosten van stille bewindvoering zijn gemaakt in het belang van de gezamenlijke crediteuren;
8. Verder kan ik mij voorstellen dat een transactie nog 48 uur na openbaarmaking moet worden opgeschort om andere [markt-]partijen, die eerder nog niet de mogelijkheid hebben gekregen om in onderhandeling te treden met de beoogd curator, de gelegenheid te bieden om concreet met de curator te spreken over een betere doorstart. Ik realiseer mij dat hierdoor doorstarts gefrustreerd kunnen geraken, doch de doorstart kan bijvoorbeeld worden aangegaan onder opschortende voorwaarde van het niet verkrijgen van een ander beter bod binnen 48 uren [oid]. Hierdoor worden andere marktpartijen, die in de voorfase mogelijk niet in kaart zijn gebracht en mogelijk toch wel –concrete– interesse hebben, toch nog in de gelegenheid gesteld om met de curator te spreken over een doorstart.



Met bovenstaande ervaringen en aanbevelingen hoop ik U enige input te hebben gegeven die voor U van belang kan zijn bij het verfijnen van het – door mij positief ontvangen – wetsvoorstel. Indien u dat wenst ben ik als vanzelfsprekend gaarne bereid om verder met u mee te denken over dit wetsvoorstel of een toelichting te verstrekken.

In afwachting,

hoogachtend,

D.P. Schalken



Kantoor Woerden

Postadres Postbus 8456, 1005 AL Amsterdam

Bezoekadres
Houttuinlaan 3
3447 GM Woerden

De minister van Veiligheid en Justitie,
De heer I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Postadres
Postbus 8456
1005 AL Amsterdam

T 0900 3 300 300
F 020 68 44 541
I www.fnv.nl

Bank
63 50 33 178

Datum	Uw kenmerk
15 januari 2014	438067
Ons kenmerk	Telefoonnr.
CP/RvS	
Onderwerp	E-mail
Consultatie wetsontwerp voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I	

Geachte heer Opstelten,

Bij schrijven van 22 oktober 2013 (kenmerk 438067) heeft u de FNV om advies gevraagd over het voorontwerp van de Wet Continuïteit Ondernemingen I.

Het voorontwerp

Het voorontwerp van wet introduceert een regeling met een tweedelig doel:

1. het faciliteren van een gestructureerde en doelmatige toepassing van surseances van betaling en een efficiënte afwikkeling van faillissementen;
2. het bespoedigen van de doorstart van op zichzelf levensvatbare gedeelten van de onderneming na faillissement door de onderneming in staat te stellen daartoe al voorafgaand aan het moment van faillietverklaring de benodigde voorbereidingen te treffen en deze af te stemmen met de beoogd curator.

Artikel 363 van het voorontwerp bepaalt dat de rechtbank op verzoek van een schuldenaar een of meer personen kan aanwijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aangesteld als curator of in geval van verlening van surseance van betaling als bewindvoerder. De schuldenaar dient aannemelijk te maken dat met de aanwijzing het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers is gediend of belangen van maatschappelijke aard, zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers.

Volgens de memorie van toelichting is er als gevolg van de aanwijzing van een beoogd curator meer tijd om de mogelijkheden van een eventuele doorstart te verkennen en leidt die doorstart ertoe dat de in de onderneming aanwezige werkgelegenheid ten behoeve van het daarin werkzame personeel zoveel mogelijk behouden blijft.

Datum
15 januari 2014
Ons kenmerk

Pagina('s)
2 van 5

Commentaar FNV in het kort

Het spreekt voor zich dat de FNV als werknemersorganisatie behoud van werkgelegenheid bij een eventuele doorstart in verband met een dreigend faillissement voor de in de betreffende onderneming aanwezige werknemers toejuicht.

In de praktijk komt het helaas nogal eens voor dat een werkgever faillissement aanvraagt om van personeel en personeelslasten af te komen en door te kunnen starten met minder en/of goedkoper personeel.¹ Voor de FNV is het daarom van belang na te gaan in hoeverre dit voorontwerp een dergelijk misbruik voorkomt of bemoeilijkt. In dat opzicht stelt het voorontwerp echter zeer teleur. De FNV pleit voor veel betere waarborgen voor de bescherming van de werknemersbelangen dan die waarin het voorontwerp voorziet. Essentieel daarbij is de (wellicht geconditioneerde) toepassing van de regeling van de overgang van ondernemingen van artikel 7:662 BW, zowel voor als na faillissement. Misbruik van faillissement en van de doorstartprocedure zou daarmee worden tegengegaan.

Het FNV commentaar betreft voornamelijk de arbeidsrechtelijke aspecten van de wettelijke regeling van doorstart die in dit voorontwerp is besloten. Vanwege de evidente relatie wordt soms ook het geldende faillissementsrecht in het commentaar betrokken. Daarbij wordt uitgegaan van het geldende commune arbeidsrecht, waaronder het ontslagrecht.

Noodzaak van doorstart

De FNV acht een tijdige verkenning van de mogelijkheden van een doorstart na faillissement op zichzelf wenselijk. Een snelle en doelmatige afwikkeling van insolventie met een grotere kans op behoud van werkgelegenheid wordt daarmee bevorderd.

Artikel 363 van het voorontwerp regelt wanneer de rechtbank daartoe een beoogd curator kan aanstellen. In dat artikel ontbreekt echter een toets op de noodzaak. Weliswaar wordt in de memorie van toelichting gesproken van een 'vermoedelijk faillissement' en een 'waarschijnlijke surseance van betaling', maar waar dit vermoeden respectievelijk deze waarschijnlijkheid op gestoeld moeten zijn, wordt niet duidelijk gemaakt en in artikel 363 zelf komen deze termen helemaal niet voor. De FNV acht dit een serieus gebrek, dat misbruik van doorstart kan bevorderen. Het faillissement respectievelijk de surseance van betaling zou onafwendbaar moeten zijn en artikel 363 zou dat moeten bepalen.

Misbruik van doorstart en faillissement

In het voorontwerp wordt een andere keuze gemaakt dan die de FNV voorstaat (zie hierna paragraaf: *Toepassing van de wettelijke regeling inzake overgang van ondernemingen*) om misbruik of oneigenlijk gebruik van doorstart en faillissement te voorkomen. Daarin wordt artikel 363 beschouwd als bepaling met voldoende waarborgen voor het tegengaan van misbruik

¹ Zie voor een overzicht van rechtszaken over misbruik van faillissement: R.M. Beltzer en F.M. Luijkx, De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement, in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Kluwer 2008, p. 251 e.v.; H. Biesheuvel, *Misbruik van eigen faillissementsaanvraag vanuit arbeidsrechtelijk perspectief*, Tijdschrift financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk, nr. 4, juni 2010, p. 114 e.v. Diverse advocatenkantoren en andere adviseurs van werkgevers presenteren faillissement als een *opportunity*: schulden blijven achter in de oude onderneming; duur en minder productief personeel kan worden vervangen door minder, gezonder en jonger (goedkoper) personeel; vanaf dag één kan winst worden gemaakt; huisvestingskosten kunnen omlaag; dure leaseauto's kunnen worden vervangen door kleinere (goedkopere) exemplaren; accountants- en advieskosten kunnen veel goedkoper worden ingekocht; van de curator kunnen (meestal) voordelig de inventaris, machines en voorraden worden gekocht; er gaat een frisse wind door het bedrijf en de ondernemer kan weer met plezier naar het werk.

of oneigenlijk gebruik. Volstrekt onduidelijk is echter hoe de schuldenaar/werkgever aannemelijk kan maken dat met de aanwijzing van een beoogd curator het belang van het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers is gediend. De FNV is van oordeel dat bepaald zou moeten worden dat de rechtbank niet kan overgaan tot aanwijzing van een beoogd curator op die grond zonder daaraan voorafgaand de ondernemingsraad, als die er is, en de werknemersorganisaties die voldoen aan de voorwaarden van artikel 3 lid 3 van de Wet melding collectief ontslag, te hebben gehoord.

Ook wordt in de memorie van toelichting opgemerkt dat het wetsvoorstel geen wijziging brengt in de geldende regel dat de aangifte van een faillissement misbruik van bevoegdheid kan opleveren, bijvoorbeeld wanneer deze als enig doel heeft van de verplichtingen jegens werknemers af te komen (Hoge Raad 29 juni 2001, JOR 2001/169). De werkgever zal bij het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator door de rechtbank worden bevraagd op het realistisch gehalte van de doorstart en over de redenen (niet zijnde om de onderneming snel te saneren teneinde binnen een krappe markt een concurrentievoordeel te verkrijgen).

De FNV is van oordeel dat hierin te weinig reële waarborgen besloten liggen. Indien misbruik van faillissement(srecht) wordt vastgesteld en een faillissement op die grond wordt vernietigd, krijgt de werknemer een deel van zijn arbeidsrechtelijke bescherming terug (artikel 13a Fw). Echter, het genoemde criterium dat de rechter bij mogelijk misbruik moet nagaan of de werkgever als *enig doel* heeft van de verplichtingen jegens werknemers af te komen acht de FNV veel te beperkt. Een faillissementsaanvraag zou ook misbruik van bevoegdheid moeten opleveren als deze *hoofdzakelijk* wordt gebruikt om de werknemersbescherming te omzeilen (Hoge Raad 28 mei 2004, JOL 2004/281; Hof den Haag 10 januari 1996, JOR 1996/16). Bovendien laat betalingsonmacht zich voorwenden en registreren. Een werkgever kan er bijvoorbeeld voor kiezen in een ongunstige situatie niet tijdig te reorganiseren, met toepassing van de overleg- en informatiebepalingen van de Wet melding collectief ontslag, maar zich in plaats daarvan te richten op een doorstart na faillissement. Er kunnen meerdere aanwijzingen zijn voor misbruik, terwijl de rechter toch tot een andere conclusie komt (Hof Leeuwarden 25 augustus 2004, LJN AR2549). Kortom, het huidige recht biedt weinig zekerheid voor werknemers op het gebied van misbruik en het voorontwerp brengt hierin geen wijziging.

Toepassing van de wettelijke regeling inzake overgang van ondernemingen

Naar het oordeel van de FNV dient een regeling, gericht op een snelle en doelmatige afwikkeling van insolventie met een grotere kans op behoud van werkgelegenheid, gepaard te gaan met het van toepassing doen zijn van de wettelijke regeling inzake overgang van ondernemingen (artikelen 7:662 e.v. BW), zij het onder gelijktijdige beperking van de aansprakelijkheid van de overnemer tot de na de overgang dan wel na de faillietverklaring ontstane, c.q. opeisbaar geworden schulden uit de arbeidsovereenkomst. Dit is verkieslijk met het oog op zowel bevordering van inspanningen tot informele reorganisatie buiten faillissement, als voorkoming van misbruik van insolventieprocedures en facilitering, in insolventie, van (gedeeltelijke) voortzetting van de ondernemingsactiviteiten door de insolvent zelf dan wel (na een activatransactie) door een derde.

De FNV wijst in dit verband ook op de volgende passage uit het Sociaal Akkoord van 11 april 2013 (zie het document 'Perspectief voor een sociaal en ondernemend land: uit de crisis, met goed

werk, op weg naar 2020², van de Stichting van de Arbeid): 'Bij (...) (schijn)faillissement volgen de werknemers, die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden. Bezien zal worden of, en zo ja hoe, de Wet overgang van onderneming moet worden aangepast.'. Aan dit onderdeel van het Sociaal Akkoord wordt ook gerefereerd in punt 56 van het overzicht van maatregelen bij de kabinetsbrief over het Sociaal Akkoord.³

Artikel 5 van Europese Richtlijn 2001/23/EG schrijft in het vierde lid voor dat de lidstaten de nodige maatregelen treffen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen. De meest doeltreffende verzekering tegen misbruik ligt in het van toepassing doen zijn van de artikelen 7:662 e.v. BW en artikel 6 BBA bij zowel surseance als faillissement. Zonder nadere voorzieningen zijn aan deze oplossing evenwel negatieve gevolgen verbonden voor de kans op sanering en herstel van in moeilijkheden geraakte ondernemingen. Daarom is het wenselijk de aansprakelijkheid van de verkrijger ingeval van insolventie van de vervreemder te beperken tot de na de overgang ontstane of opeisbaar geworden schulden uit de arbeidsovereenkomst.

Het tweede lid van artikel 5 opent de mogelijkheid tot een dergelijke beperking van de aansprakelijkheid van de verkrijger, mits de voorschriften van de richtlijn inzake de overgang van rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst (artikel 3) en omtrent ontslagbescherming (artikel 4) overigens gelijkelijk worden toegepast op insolventieprocedures van zowel het faillissements- als het surseancetype. Toepassing van de regeling inzake overgang van ondernemingen bij alle insolventieprocedures, zij het onder beperking van de aansprakelijkheid van de overnemer tot de nieuwe schulden, is vanouds de keuze van de Duitse wetgever geweest. Nederland doet goed bij die keuze aan te sluiten.

In artikel 5 Europese Richtlijn 2001/23/EG is vastgelegd dat de regels betreffende de overgang van onderneming niet van toepassing zijn wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op liquidatie van het vermogen. Deze uitzondering geldt niet voor een surseance van betaling (Abels-arrest NJ 1985/900), juist omdat de surseance is gericht op voortzetting van de onderneming. Dat is bij uitstek ook het doel van de *pre-pack*, die immers gericht is op continuïteit. Het ligt dus voor de hand dat de artikelen 7: 662 e.v. BW in elk geval van toepassing zijn op de in artikel 363 bedoelde doorstart.

Collectieve onderhandelingen

De FNV acht het wenselijk dat de wet het reorganiserend vermogen van ondernemingen buiten insolventie bevordert. Wettelijke ondersteuning zoals die van het voorontwerp door middel van de aanwijzing van een beoogd curator is daartoe bevorderlijk. Het doel van bevordering van het reorganiserend vermogen buiten insolventie is er evenwel niet mee gediend dat de wet gehele of gedeeltelijke voortzetting van ondernemingsactiviteiten – door de insolvent zelf dan wel (via een overdracht van activa) door een derde – zou faciliteren met aanzienlijke inbreuken op het buiten insolventie geldende arbeidsrecht, waaronder de regeling van overgang van rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst op de verkrijger bij overgang van een onderneming.

² Bijlage bij Kamerstuk 33566, nr. 15 (de bijbehorende kabinetsbrief), pag. 24.

³ Bijlage 1 bij Kamerstuk 33566, nr. 15.

Datum
15 januari 2014
Ons kenmerk

Pagina('s)
5 van 5

Zowel in als buiten insolventie is de aangewezen weg naar een vergelijk tussen kostenreductie en behoud van werkgelegenheid die van collectieve onderhandelingen over reorganisatie en sociaal plan.

De positie van de ondernemingsraad en vakbonden

De FNV is van mening dat het voorontwerp en de toelichting erop voor het geval de schuldenaar een onderneming drijft, onvoldoende plaats bieden aan optreden van werknemers op collectief niveau – door de ondernemingsraad of werknemersorganisaties – in de doorstartprocedure. Het gaat hier om een insolventieregeling die zowel gericht is op het faciliteren van een gestructureerde en doelmatige toepassing van surseances van betaling en een efficiënte afwikkeling van faillissementen als op het bespoedigen van een eventuele doorstart. Daarom past het om dienaangaande aan de ondernemingsraad van de insolvente schuldenaar die een onderneming drijft, en aan de werknemersorganisaties die voldoen aan de voorwaarden van artikel 3, lid 3 Wet melding collectief ontslag, op gelijke voet als aan de schuldeisers bevoegdheden toe te kennen.

Ten aanzien van de procedure tot aanwijzing van een beoogd curator acht de FNV het zoals gezegd, wenselijk dat de ondernemingsraad, als die er is, en de zojuist bedoelde werknemersorganisaties over het verzoek van de schuldenaar als bedoeld in artikel 363 van het voorontwerp worden gehoord.


Ook zou geregeld moeten worden dat de beoogd curator zich door de ondernemingsraad, als die er is, en de werknemersorganisaties laat informeren.

Ontslag van werknemers

De FNV acht het wenselijk dat de wet voor alle gevallen van insolventie waarin de onderneming geheel of gedeeltelijk door sanering van de schulden dan wel liquidatie en overdracht van activa kan worden behouden, voorschrijft dat in een insolventieplan wordt verantwoord of en in hoeverre daartoe ontslag van personeel nodig is en dat de selectie voor de nodige ontslagen moet voldoen aan de normaliter geldende criteria, zoals thans neergelegd in het Ontslagbesluit ex artikel 6 BBA. De ondernemingsraad moet betrokken worden in de procedure die leidt tot de vaststelling van het insolventieplan; aan de ondernemingsraad moet ten aanzien van (het voornemen tot reorganisatie dat besloten ligt in) het insolventieplan wettelijk adviesrecht toekomen.

Naar de mening van de FNV behoren bij insolventie de normaliter geldende wettelijke opzeggingstermijnen te gelden en de normaliter geldende opzeggingsverboden van toepassing te zijn.

Hoogachtend,



Catelene Passchier,
vicevoorzitter

Minister van Veiligheid en Justitie
De Weleledelgestrenge heer
mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

CMS Derks Star Busmann N.V.
Mondriaantoren - Amstelplein 8A
NL-1096 BC Amsterdam
Postbus 94700
NL-1090 GS Amsterdam
www.cms-dsb.com

Bankrekening (Stichting Derdengelden)
Iban: NL31 RABO 0103 3545 49
Swift/bic: RABONL2U

Onze ref. /MvZ/19868301

Uw ref. Wetsvoorstel continuïteit
ondernemingen I

Betreft Consultatie Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I

16 januari 2014

Geachte heer,

Naar aanleiding van de publicatie van het Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I ("Wetsvoorstel") en de Memorie van Toelichting ("MvT") daarop op 22 oktober 2013 zend ik u hierbij mijn bijdrage voor de consultatie.

I Achtergrond

In mijn praktijk als insolventieadvocaat bij CMS in Amsterdam (tevens lid van INSOLAD) ben ik de afgelopen jaren veel in aanraking gekomen met de "pre-pack", zowel als adviseur van ondernemingen (bijvoorbeeld als adviseur van Bouwbedrijf Moes in juli 2012 en Breure PlantDeco in augustus 2013) alsmede als door de rechtbank aangewezen "stille bewindvoerder" (Florimex, april 2013).

In de praktijk merken wij dat in sommige branches een doorstart kort na faillissement niet mogelijk was zonder dat er de mogelijkheid was van een gedegen voorbereiding in relatieve rust en zonder dat duidelijk was of de aan te stellen curator in kan stemmen met het resultaat van de onderhandelingen. In de chaos die op sommige faillissementen (vooral in de bouw) volgde is menig op zichzelf goed voorbereide doorstart toch nog mislukt met als gevolg een groter aantal werknemers dat werkloos bleef en een lagere opbrengst bij verkoop omdat sprake was van liquidatieverkoop van de activa bestanddelen en geen koopprijs voor goodwill kon worden bedongen door de curator.

Alle diensten worden verleend op grond van een overeenkomst van opdracht met CMS Derks Star Busmann N.V., statutair gevestigd in Utrecht, Nederland. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van CMS Derks Star Busmann N.V., welke zijn gedeponeerd bij de griffie van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, Nederland, onder nummer 212/2007 en waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze voorwaarden kunnen worden geraadpleegd op www.cms-dsb.com en worden op verzoek verstrekt. CMS Derks Star Busmann N.V. is in Nederland ingeschreven in het handelsregister onder nummer 30201194 en in België in het RPR Brussel onder nummer 0877.478.727. Het BTW-nummer van CMS Derks Star Busmann N.V. in Nederland is NL8140.16.479.B01 en in België BE 0877.478.727.

CMS Derks Star Busmann N.V. maakt deel uit van CMS, de organisatie van Europese advocatenkantoren. In bepaalde gevallen wordt CMS gebruikt als een merk of als de bedrijfsnaam van, of om te refereren aan, enkele of alle leden of hun kantoren. Meer informatie vindt u op www.cmslegal.com. CMS kantoren en gelieerde kantoren wereldwijd: Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Beijing, Beigrado, Berlijn, Bratislava, Bristol, Brussel, Boekarest, Boedapest, Casablanca, Dresden, Düsseldorf, Dubai, Edinburgh, Frankfurt, Hamburg, Kaulen, Kiev, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, Londen, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mexico-Stad, Milaan, Moskou, München, Parijs, Praag, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straatsburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wenen, Zagreb en Zürich.

Gelet op deze ervaringen hebben wij als adviseur van Bouwbedrijf Moes er in juli 2012 voor gekozen de Rechtbank Zwolle-Lelystad te vragen aan te geven wie zij zou benoemen tot bewindvoerder indien een surseance verzoek zou worden ingediend. Gelukkig wilde deze rechtbank meewerken (ondanks dat geen sprake was van een wettelijke regeling) en was zij ook op de hoogte van de publicatie van mr. N.W.A. Tollenaar over de pre-pack.¹ Van enig beleid op het gebied van de pre-pack was geen sprake. De aanvraag vond plaats bij brief aan de rechtbank met daarbij een concept surseance rekest met bijlagen alsmede een toelichting waarom een pre-pack in deze zaak geïndiceerd was. Vervolgens heeft de rechtbank aangegeven wie zij tot bewindvoerder zou benoemen indien het rekest zou worden ingediend. Deze beoogd bewindvoerder heeft enkele dagen gesprekken kunnen voeren met de enig overgebleven doorstartkandidaat en de bank. Twee dagen na verlening van de surseance van betaling en aansluitende faillietverklaring kon de doorstart worden gerealiseerd. Zonder een stille fase als door de Rechtbank Zwolle-Lelystad gefaciliteerd was Bouwbedrijf Moes niet in deze vorm doorgestart en kon de werkgelegenheid van 75 van de 130 mensen niet worden behouden. Met de doorstart is ook de schade van hoop betrokkenen verminderd,

Ook in latere zaken heb ik gezien dat een tijdige aanvraag van de “pre-pack” tot goede resultaten kan leiden voor zowel de opbrengst van de activa als ook het behoud van de werkgelegenheid. Ik ben dus een voorstander van deze figuur, omdat ik de voordelen in de praktijk meermalen heb gezien, en omarm het in consultatie gegeven wetsvoorstel dan ook in overwegende mate. Een kaderregeling als thans voorzien is voor de praktijk ook beter dan een gedetailleerde regeling.

Voor een bespreking (en weerlegging) van enkele in de praktijk geuite bezwaren tegen de “pre-pack” (voor dat het Wetsvoorstel in consultatie was gegeven) verwijs ik kortheidshalve naar mijn recente artikel: “Aan het werk met de pre-pack”.² Het artikel is als bijlage bij deze brief gevoegd.

II Opmerkingen naar aanleiding van Wetsvoorstel en MvT

Hieronder volgen eerst mijn algemene opmerkingen. Vervolgens zal ik bij de bespreking van mijn overige opmerkingen zoveel mogelijk de volgorde van het wetsvoorstel en de MvT aanhouden.

Algemene opmerkingen

Het wetsvoorstel voorziet in een behoefte van de praktijk aan de pre-pack een wettelijke basis te bieden. Het is goed dat is gekozen voor een kaderregeling waarbij de praktijk zo min mogelijk wordt gehinderd en zoveel mogelijk wordt overgelaten aan de praktijk bepaalde punten nader te regelen. Soms weegt de zekerheid die een gedetailleerde wettelijke bepaling biedt niet op tegen de voordelen die een meer algemene wettelijke regeling kan bieden en dat geldt zeker voor de pre-pack. Bovendien zorgt deze wettelijke basis ervoor dat de huidige, door mij ongewenste, situatie dat twee rechtbanken niet hun medewerking wensen te verlenen aan de pre-pack in verband met het ontbreken van een wettelijke regeling, tot het verleden behoort. Er kan nu door RECOFA worden gewerkt aan uniforme regels voor de aanvraag van de pre-pack.³ Dat is voor de praktijk wel van groot belang en wordt nu als groot nadeel ervaren. Zo wordt de pre-pack bij de Rechtbank Noord Holland in Haarlem mondeling gevraagd zonder overlegging van stukken, terwijl bijvoorbeeld bij de rechtbank in Zwolle indiening in

¹ N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechter van Nederland: geef ons de pre-pack', *Tvl* 2011/23.

² M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 7-11.

³ Zie ook MvT, p. 5.

2012 nog plaatsvond door het indienen van een concept surseancerekest. Voor de praktijk is het van belang dat iedere (adviseur van een) schuldenaar weet waaraan een verzoek moet voldoen en welke informatie daarbij dient te worden overgelegd zodat de aanvraag goed kan worden voorbereid.

Indien RECOFA er in de consultatieperiode echter niet in blijkt te zijn geslaagd te komen tot uniforme regels voor de aanvraag van de pre-pack (waaronder een lijst van toe te voegen stukken) is het wenselijk dat in de MvT duidelijk wordt aangegeven welke stukken (indien aanwezig) aan het verzoekschrift moeten worden gehecht. Te denken valt dan aan in ieder geval: alle beschikbare taxatierapporten van de activa bestanddelen, een lijst van (eerdere) geïnteresseerde kandidaten in de activa (doorstart) van de (van de activiteiten) van de schuldenaar, een plan van aanpak voor de periode van de pre-pack, de meest recente financiële gegevens en een liquiditeitsbegroting voor de eerste periode van de pre-pack.⁴ Daarnaast dient duidelijk te zijn voor welke (in eerste instantie beperkte) termijn, met verlengingsmogelijkheid, de beoogd curator wordt aangewezen. Gedacht kan worden aan een eerste termijn van 14 dagen, die op verzoek van de schuldenaar of de beoogd curator kan worden verlengd indien blijkt dat verlenging in het belang is van de gezamenlijke crediteuren of de vervulling van het doel van de pre-pack.

Wanneer later blijkt dat de schuldenaar ten tijde van de indiening van het verzoek over hiervoor genoemde stukken beschikte maar deze desondanks niet aan het verzoekschrift heeft gehecht en ook niet dadelijk ter beschikking aan de beoogd curator heeft gesteld kan dit een grond opleveren voor de rechtbank de beoogd curator ex art. 364 lid 1 Fw te ontheffen van zijn taken.

Het is een goede keuze te bepalen dat het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator komt te vallen onder de categorie verzoekschriften die door een advocaat moeten worden ingediend.⁵ In de eerste plaats dient de schuldenaar bij een dergelijk belangrijk verzoek te beschikken over deskundige bijstand om de redenen als genoemd in de MvT. In de tweede plaats kan de betrokkenheid van een advocaat ook als een zeef fungeren. De pre-pack is in de praktijk erg populair. Het risico bestaat dat ook zaken die zich minder voor de pre-pack lenen toch aan de rechter worden voorgelegd en leiden tot devaluatie van de pre-pack. Dit kan vervolgens leiden tot een (nutteloze) verhoging van de belasting van de rechterlijke macht. Betrokkenheid van een (insolventie)advocaat kan dit voorkomen.

Het wetsvoorstel maakt zeer duidelijk dat de curator zich steeds moet leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren⁶ en dat hij bij zijn handelen steeds de taak van respectievelijk de curator, danwel de bewindvoerder, als uitgangspunt neemt.⁷ Het definiëren van een andere taak zou niet juist zijn geweest. Het wetsvoorstel voldoet ook op dit punt aan de wensen van de praktijk. Het neemt ook het bezwaar weg dat is geuit naar aanleiding van de huidige praktijk van de pre-pack, te weten dat niet duidelijk was welke belangen de aan te wijzen curator diende te behartigen waarbij gevreesd werd voor handelingen door de beoogd curator die de belangen van de crediteuren zouden schaden. Door te bepalen dat de beoogd curator zich moet leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren worden deze bezwaren ondervangen. Ook wordt duidelijk dat de beoogde curator niet uitsluitend de belangen van bijvoorbeeld de werknemers van de schuldenaar kan dienen.

⁴ Zie ook MvT, p. 17 waarin een voor de praktijk nuttige opsomming van belangrijke stukken is gegeven.

⁵ Zie art. I sub A en MvT, p. 13 e.v.

⁶ MvT, p. 4.

⁷ Art. 365 lid 1 Fw.

Het is toe te juichen dat ter voorkoming van financiële afhankelijkheid is bepaald dat de beoogd curator buiten faillissement kan vragen om zekerheidsstelling voor de betaling van zijn salaris en dat indien het salaris onbetaald is gebleven op het moment van faillietverklaring het salaris van de beoogd curator wordt voldaan volgens de regels die gelden voor het salaris van de curator.⁸ Op deze wijze wordt een wettelijke basis gegeven voor het ontstaan van een boedelvordering indien het salaris van de beoogd curator voor faillietverklaring door de schuldenaar niet volledig is voldaan. Het werk van de beoogd curator zou worden bemoeilijkt indien bij aanvang van zijn werkzaamheden geen zekerheid is te verkrijgen ten aanzien van de betaling van diens kosten en de aard van een eventuele vordering die hij na faillissement nog zou hebben. De bepaling dat sprake is van een boedelvordering past in het systeem van de wet. Zo kan worden verwezen naar art. 250 lid 1 Fw op grond waarvan de kosten van de bewindvoerder in de surseance van betaling “promoveren” tot boedelvordering in het op de surseance volgende faillissement.⁹ Dit volgt ook uit art. 249 Fw op basis waarvan surseance en opvolgend faillissement zo veel mogelijk als een worden behandeld. Boedelschulden die zijn ontstaan tijdens de surseance blijven dat in faillissement.

Het is verstandig dat in het wetsvoorstel is bepaald dat uitsluitend de schuldenaar een aanvraag kan doen.¹⁰ Deze procedure leidt hoogstwaarschijnlijk tot een insolventieprocedure. Naast de faillietverklaring, die wel door derden kan worden verzocht, dient deze procedure uitsluitend door de schuldenaar te kunnen worden gestart, zoals ook de surseance van betaling ook uitsluitend kan worden verzocht door de schuldenaar zelve. Bovendien leent de pre-pack zich niet goed voor een bijvoorbeeld onwillige schuldenaar die in de pre-pack is gedwongen door een derde. Dit past ook niet bij de harmonieuze omgang tussen schuldenaar en beoogd curator waar in het wetsvoorstel van uit wordt gegaan. Zou dit middel ook in handen komen van derden dan zou het ook direct aan kracht verliezen. Immers, hoe kan dan nog de gewenste en noodzakelijke vertrouwelijkheid worden gegarandeerd?

Het wetsvoorstel gaat er in art. 363 lid 1 sub a en b Fw vanuit dat de schuldenaar niet aannemelijk hoeft te maken dat er sprake is van een faillissementstoestand. Dat is verstandig want op deze wijze wordt voorkomen dat uitsluitend op een te laat moment gebruik kan worden gemaakt van de pre-pack omdat men moet wachten tot het echt bijna te laat is. Wel dient, teneinde misbruik te voorkomen, duidelijk te zijn dat faillissement aanstaande is en zonder aanwijzing van de beoogd curator faillissement op niet al te lange termijn te verwachten is. Overigens wordt terecht in de MvT¹¹ aangegeven dat de misbruik jurisprudentie ingeval van faillissement van toepassing blijft. Er blijft dus een rechterlijke toets mogelijk van de beslissing van de bestuurders een aanvraag in te dienen voor de aanwijzing van een beoogd curator.

Aan de wens uit de praktijk voor transparantie is voldoende voldaan door de bepaling in art. 364 lid 3 Fw. De transparantie naar aanleiding van een pre-pack is overigens op basis van het wetsvoorstel groter dan voor de wettelijke regeling. Zelfs groter dan indien een doorstart direct na faillissement zou plaatsvinden zonder de voorafgaande fase van de pre-pack. In dat geval volgt namelijk het eerste

⁸ Zie MvT, p. 4-5 en art. 367 Fw.

⁹ Zie ook Rb Rotterdam 11 oktober 1985, *NJ* 1987/186.

¹⁰ Zie art. 363 lid 1 Fw.

¹¹ MvT, p. 10.

openbaar faillissementsverslag pas één maand na de uitspraak van het faillissement.¹² Ik onderschrijf de MvT¹³ waarin de informatievoorziening in de pre-pack wordt vergeleken met de informatievoorziening aan derden in faillissement. Derden worden op dit punt niet benadeeld door de aan een faillissement voorafgegane fase van de pre-pack. Er is dan ook voldoende tegemoet gekomen aan de wens tot transparantie. Niet geëist kan worden dat tijdens de pre-pack tot openheid van zaken wordt overgegaan omdat daarmee uiteraard de noodzakelijke vertrouwelijkheid van de procedure van de pre-pack wordt geschaad. Ook tijdens de behandeling van een faillissement vindt informatieverschaffing aan de gezamenlijke crediteuren gewoonlijk uitsluitend via de openbare verslagen plaats en niet tussentijds. Hier is dus geen verschil met de gangbare en geaccepteerde praktijk bij faillissementen.

Het is belangrijk dat de beoogd curator of beoogd bewindvoerder inderdaad in beginsel ook de daadwerkelijke curator of bewindvoerder wordt. Anders is het vergaren van kennis en de voorbereiding die met hem/haar heeft plaatsgevonden voor niets geweest. Ik deel de opvatting van Tideman niet dat er ingeval van aansluitend faillissement sprake moet zijn van de benoeming van een tweede curator naast de beoogd curator.¹⁴ Dat levert extra boedelkosten op en tijd omdat de “nieuwe” curator zich moet inwerken. Daarmee wordt de snelheid voor de afwikkeling van de doorstart verloren die de pre-pack nu juist moet leveren. Een beoogd curator die zijn taak zorgvuldig uitoefent heeft ook geen tweede curator naast zich nodig, net als een curator die zijn taak zorgvuldig uitoefent dit ook niet nodig heeft.

De budgettaire gevolgen van deze wetgeving lijken mij niet een bezwaarlijk punt. In het algemeen zal een pre-pack niet langer dan enkele dagen (tot maximaal 2 weken) duren. De kosten voor de onderneming ter zake de dienstverlening door de beoogd curator lijken mij dan ook niet een punt van groot belang. Het ligt voor de hand dat de tarieven van de beoogd curator worden vastgesteld conform de RECOFA tarieven die gelden bij faillissement en surseance van betaling zodat iedere aanvrager weet waar hij ter zake van de kosten aan toe is. De belasting van de rechterlijke macht lijkt mij ook geen bezwaar. Niet uitgesloten kan worden dat er sprake is van enige lastenverzwaring, maar indien geen aanvraag voor een pre-pack wordt gedaan zal spoedig van deze schuldenaar een faillissementsaanvraag volgen en zal de rechterlijke macht toch belast worden met deze zaak. De belasting van de rechterlijke macht na de pre-pack bij de omzetting naar een faillissement is vervolgens minder omdat minder voorbereidingstijd nodig is vanwege de reeds bij rechtbank aanwezig kennis. De mogelijke lastenverzwaring bij rechtbank en schuldenaar weegt echter naar mijn idee niet op tegen de bij een succesvolle pre-pack te behalen positieve budgettaire gevolgen bijvoorbeeld voor UWV (omdat werknemers van de failliete onderneming in dienst treden bij de doorstarter) of leveranciers van de failliete onderneming die bij de doorstart een klant kunnen behouden terwijl zou bij liquidatie van de activa zonder dat de activiteiten kunnen worden voortgezet definitief een klant verliezen.

¹² Zie RECOFA-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling 2009, art. 3.2.3 sub a. Opvolgende verslagen worden met inachtneming van de wettelijke termijn van 3 maanden als bedoeld in art. 73a Fw ingediend.

¹³ MvT, p. 12.

¹⁴ Zie B.J. Tideman, 'Kritische kanttekeningen bij de pre-pack', FIP nummer 6, september 2013, p. 192; Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland, geef ons de pre-pack +, FIP, nummer 7, november 2013, p. 237.

Van belang is voorts het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid van 29 november 2013.¹⁵ Dit wetsvoorstel zal als (wellicht onbedoeld) effect kunnen hebben dat er het aantal faillissementen van werkgevers maar ook het aantal pre-pack procedures zal stijgen. Onder het huidige arbeidsrecht vinden reorganisaties van bedrijven in zwaar weer nog vaak plaats via het vragen van ontslagvergunning bij het UWV bij voorgenomen ontslag vanwege bedrijfseconomische omstandigheden. Na het verkrijgen van de ontslagvergunning volgt opzegging van e arbeidsovereenkomst zonder dat een ontslagvergoeding is verschuldigd (afgezien van de mogelijkheid van de werknemer in een kennelijk onredelijk ontslag procedure alsnog enige vergoeding te krijgen). Dit is een goed werkend reorganisatiemiddel. Uit het toelichting op het wetsvoorstel Werk en Zekerheid¹⁶ blijkt dat de werkgever in zwaar weer slechts onder zeer geringe omstandigheden onder de in het wetsvoorstel geïntroduceerde "transitievergoeding" uit kan komen:

"De transitievergoeding is in beginsel altijd verschuldigd. Dat is echter niet het geval als het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. (...)

In het sociaal akkoord is overeengekomen dat het recht op een transitievergoeding niet geldt als de werkgever door het betalen daarvan in ernstige financiële problemen komt. In het wetsvoorstel wordt hiervoor een voorziening getroffen inhoudende dat de transitievergoeding niet verschuldigd is in de situatie van surseance van betaling of faillissement van de werkgever, of als ten aanzien van de werkgever een schuldsaneringsregeling is getroffen. Daarnaast wordt het betalen van een transitievergoeding in de vorm van een betalingsregeling over een nader te bepalen periode mogelijk gemaakt als de betaling hiervan ineens tot onaanvaardbare gevolgen leidt voor de bedrijfsvoering. Om te voorkomen dat een werkgever hier snel toe overgaat, wordt aan een dergelijke betalingsregeling de voorwaarde verbonden dat het te betalen bedrag met een nader bij ministeriële regeling te bepalen percentage wordt verhoogd. Bij deze regeling wordt ook bepaald over welke periode de betalingsregeling zich kan uitstrekken. De werkgever die in problemen verkeert, kan hierdoor tijd winnen. Als mettertijd blijkt dat de werkgever niet aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen, kan hij surseance van betaling vragen aan de rechter. Als de werknemer niet instemt met de betalingsregeling, kan de werknemer (bedoeld is waarschijnlijk werkgever, opm. MvZ) naar de rechter. De rechter moet zich in dat geval uitspreken of het in één keer moeten betalen van de transitievergoeding tot onaanvaardbare gevolgen leidt voor de bedrijfsvoering. In geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan de rechter hier gelijk uitspraak over doen als daarom wordt verzocht."

Indien dit wetsvoorstel wordt aangenomen staan werkgevers die in zwaar weer verkeren en een gedeelte van hun personeel zouden willen ontslaan om te proberen nog te overleven al vrij snel voor de beslissing surseance van betaling of faillissement aan te vragen. Immers, de transitievergoeding is verschuldigd en het beste wat zij kunnen krijgen is ene betalingsregeling. Als zij dat niet kunnen betalen dan moeten zij maar surseance van betaling of faillissement aanvragen. Dit zal ongetwijfeld er toe leiden dat de Faillissementswet nog meer dan thans zal moeten kunnen worden gebruikt als middel tot reorganisatie van op zichzelf waardevolle ondernemingen die echter in de huidige vorm en met de

¹⁵ Wetsvoorstel Werk en Zekerheid, 29 november 2013, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818.

¹⁶ Wetsvoorstel Werk en Zekerheid, 29 november 2013, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 39-42.

huidige kostenstructuur niet kunnen overleven. Juist die werkgevers zullen een beroep gaan doen op de pre-pack nu zij niet meer onder een transitievergoeding uit kunnen komen.¹⁷

In het hierna volgende volgt een aantal opmerkingen met suggesties voor aanpassing.

a) Fout in verwijzing

Ten onrechte vermeldt Artikel I sub A 198. Dit artikel is sinds 1 januari 2003 vervallen na in werking treding van het nieuwe erfrecht.

Advies: verwijderen van art. 198 uit Artikel I sub A.

b) Naam wet en regels met betrekking tot overgang van onderneming

De naam: "Wet continuïteit ondernemingen" voedt het idee dat er bij een verkoop als voorbereid gedurende de pre-pack sprake is, of zou kunnen zijn, van toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming.¹⁸ De regels voor ovo zijn niet van toepassing bij een overgang van onderneming die plaatsvindt in het kader van een faillissement, dat gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie.¹⁹ Bij een verkoop in een ná een pre-pack uitgesproken faillissement gelden dus de regels van art. 7:662 e.v. BW niet.

In surseance zijn deze regels wel van toepassing, omdat de surseance is gericht op voortzetting, terwijl bij een pre-pack sprake is van een (aankomende) faillissementssituatie. In de literatuur wordt mijns inziens ten onrechte gesteld dat de pre-pack nadrukkelijk is gericht op continuïteit.²⁰ Er is in geval van een pre-pack reeds sprake van een faillissementstoestand en faillietverklaring is zeer aanstaande. Er wordt onderzocht of na faillietverklaring een koop van activa uit de boedel zou kunnen plaatsvinden waarmee de activiteiten (gedeeltelijk) kunnen worden voortgezet en wellicht nog een deel van de werkgelegenheid behouden kan worden, terwijl dit zonder dit voorafgaande onderzoek niet mogelijk zou zijn. De overeenkomst wordt (per definitie) gesloten na faillissement door een curator en een koper en na ontslag van het personeel door de curator. In die zin is de pre-pack te beschouwen als (een voorfase van de) liquidatie in faillissement en niet te vergelijken met de surseance die op continuïteit is gericht. Art. 7:662 e.v. BW zijn derhalve niet van toepassing. Bedenkingen die worden geuit ten opzichte van de toepasselijkheid van de regels betreffende overgang van onderneming in geval van de pre-pack richten zich zuiver beschouwd dan ook niet op de pre-pack op zich, maar op het niet toepasselijk zijn van deze regels in geval van faillissement.

De suggestie dat de regels van art. 7:662 e.v. BW mogelijk zouden kunnen gelden moet zoveel mogelijk worden tegengegaan. Immers, indien deze bepalingen van toepassing zouden zijn dan is reorganisatie na een faillissement voorafgegaan door een pre-pack gedoemd te mislukken evenals de door de wetgever bedachte reorganisatie via surseance van betaling. Zonder een dergelijke bepaling zou de MvT²¹ veel werknemers op het idee brengen zich te beroepen op de art. 7:662 e.v. BW. Het

¹⁷ Zie verder hierover: A. van Zanten-Baris, "Een 'kleurloze'(transitie)vergoeding bij ontslag?", nog te publiceren in TRA 2014/27, p. 55 e.v.

¹⁸ Art. 7:7662 e.v. BW, "ovo",

¹⁹ HvJ EU 5 februari 1985, NJ 1985/900, "Abels").

²⁰ J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart- een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38, p. 9.

²¹ MvT, p. 25 bovenaan.

ontbreken in wet en MvT van duidelijkheid of de regels van art. 7:662 e.v. BW wel of niet gelden zal zorgen voor veel (proef)procedures van werknemers en onzekerheid voor doorstartende partijen.

Advies: nadrukkelijk opnemen in de MvT dat de regels van art. 7:662 e.v. BW niet van toepassing zijn tijdens de pre-pack en ook niet tijdens het faillissement dat is uitgesproken na het einde van een pre-pack. In dat geval kan de naam van de wet (zonder risico op onduidelijkheden) gehandhaafd worden.

c) Lopende faillissementsaanvragen

In de MvT mist een bespreking van de gevolgen van lopende faillissementsaanvragen indien een pre-pack aanvangt. Dit is wel relevant omdat een lopende faillissementsaanvraag de doelen van de pre-pack kan doorkruisen. Art. 218 lid 6 Fw bepaalt dat een surseance aanvraag eerder wordt behandeld dan een (reeds aanhangige) faillissementsaanvraag. Op dat punt is wettelijk dus geregeld welke aanvraag voor gaat, namelijk de surseance aanvraag. Het lijkt erop dat ondanks een pre-pack alles gewoon doorloopt. Dat is ook wel begrijpelijk omdat de griffier van de rechtbank de aanvrager van een faillissement niet kan melden dat er inmiddels een pre-pack is gestart want daarmee komt de noodzakelijke geheimhouding ervan in gevaar met alle negatieve gevolgen van dien. Het is dus moeilijk te stellen dat de aanwijzing van een beoogd curator een schorsende werking heeft op faillissementsaanvragen terwijl deze aanvragen wel het effect van de pre-pack kunnen verminderen. Toch zou de rechtbank van de wetgever een opdracht moeten krijgen dat waar mogelijk, de behandeling van faillissementsaanvragen voor de korte duur van de pre-pack worden aangehouden of uitgesteld zonder dat overigens bekend wordt gemaakt dat er een pre-pack is. Zo kan bij de bepaling van de eerste zittingsdatum van net ingediende faillissementsaanvragen met een eventueel net gestarte pre-pack rekening worden gehouden door de griffier.

Advies: De indiening van een verzoekschrift tot het aanwijzen van een beoogd curator zou schorsende werking moeten hebben (zoals surseance aanvraag tijdens lopende faillissementsaanvraag ex art. 218 lid 6 Fw), zonder dat dit overigens door de rechtbank aan derden wordt gecommuniceerd. Ingediende faillissementsaanvragen dienen een eerste behandeling te krijgen op een wat langere termijn en bij lopende faillissementsaanvragen zou moeten worden voorkomen dat op die aanvraag faillissement zou kunnen worden uitgesproken. Dit alles om de pre-pack zoveel mogelijk kans van slagen te geven. Uiteraard zou een beoogd curator in verband met (vele) ingediende faillissementsaanvragen ook tot ene conclusie kunnen komen dat het doel van de pre-pack niet meer kan worden gediend en de rechtbank ex art. 364 lid 1 Fw kunnen verzoeken hem van zijn taak te ontheffen. Deze voorgestelde wijziging is uitsluitend bedoeld het proces daar waar nog enigszins mogelijk niet teveel te verstoren.

d) Geen inspraak/rol werknemers(vertegenwoordiging)

In de MvT²² is gesteld dat de beoogd curator geen adviseur is van de onderneming. Dat past ook bij zijn rol. Door deze karakterschets kan gesteld worden dat de beslissing (van het bestuur van een vennootschap) de rechtbank te vragen een beoogd curator aan te wijzen niet adviesplichtig is en de OR geen rol speelt bij deze besluitvorming. Het is voor de praktijk wenselijk dit als zodanig op te nemen in de MvT. Dit voorkomt discussies met werknemers(vertegenwoordigers) over hun mogelijke rol bij de aanvraag van de pre-pack.

²² MvT, p. 4 en 21.

Van der Pijl²³ en Zaal²⁴ hebben bedenkingen geuit met betrekking tot het ontbreken werknemersvertegenwoordiging bij een pre-pack. De vraag is echter of medezeggenschap past bij de pre-pack en of de gewenste medezeggenschap voor de werknemers enig nut heeft.

Een pre-pack vindt uitsluitend plaats indien er sprake is van een aanstaand faillissement. Dit gegeven pleit ervoor het faillissementsrechtelijke regime te laten gelden ook op het moment dat de pre-pack een aanvang neemt en de rechter-commissaris uitsluitend onder toepassing van de pre-pack het uitspreken van het faillissement voor een korte termijn opschort. Zonder toepassing van de pre-pack zou immers het faillissement al direct worden uitgesproken en zou ook op dat moment het faillissementsrechtelijke regime aanvangen.

De schuldenaar zal spoedig failliet worden verklaard, maar probeert nog een laatste maal de schade voor alle betrokkenen zoveel mogelijk te beperken. De curator zal vervolgens direct na faillietverklaring de arbeidsovereenkomsten opzeggen. Op het moment dat de pre-pack aanvangt staat dus al vast dat de werknemers hun baan zullen verliezen. Dat is niet het gevolg van de pre-pack maar van de faillissementstoestand waarin de schuldenaar zich bevindt, waarvan het intreden nog even wordt uitgesteld onder de voorwaarde dat een pre-pack wordt toegepast. Indien de werknemers iets tegen de pre-pack zouden willen ondernemen, zouden zij moeten stellen dat er sprake is van misbruik van faillissementsrecht en dat de pre-pack uitsluitend is gekozen om de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers te schaden. De werknemers hebben echter na faillissement de nodige mogelijkheden over te gaan tot het nemen van rechtsmaatregelen tegen de uitspraak van het faillissement (recht van verzet ex art. 10 Fw en beroep op art. 13a Fw²⁵), het gegeven ontslag (recht van hoger beroep ex art. 67 lid 2 Fw) of de bestuurder (op grond van bestuurdersaansprakelijkheid).²⁶

Inspraak tijdens de pre-pack is praktisch lastig te realiseren. De tijd voor het inzetten van een uitgebreid medezeggenschapstraject ontbreekt. Het risico op het lekken van informatie (en het alsnog uitbreken van paniek, terwijl de pre-pack nu juist is bedoeld om deze situatie te voorkomen) is groter naar mate meer mensen op de hoogte zijn van de pre-pack. De pre-pack vindt plaats gedurende een korte tijd waarin onder het toezicht van de beoogde curator getracht wordt voorbereidingen te treffen voor een zo goed mogelijke verkoop. De enige voor de werknemers relevante handeling die wordt verricht is uiteindelijk de aanvraag van eigen faillissement na het einde van de pre-pack. En ten aanzien hiervan is nu juist de heersende leer dat de ondernemingsraad geen adviesrecht heeft ten aanzien van de eigen aanvraag tot faillietverklaring.

De stelling van Zaal²⁷ dat deze heersende leer ten onrechte is gebaseerd op het arrest YVC IJsselwerf²⁸ en dat er- los daarvan- geen goede argumenten zijn tegen een adviesrecht is onjuist. In zijn conclusie

²³ J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart - een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38, p. 9.

²⁴ I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40, p. 20-21.

²⁵ Dit artikel bepaalt dat indien het faillissement wordt vernietigd de opzegging van een arbeidsovereenkomst door een curator met terugwerkende kracht wordt beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement.

²⁶ Zie hierover P.R.W. Schaik, 'Misbruik van Faillissementsrecht: pro's en contra's', *ArbeidsRecht* 2013/39, alsmede de noot van J. van der Pijl onder Rb Noord-Nederland 4 april 2013, *JAR* 2013/136.

²⁷ I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40, p. 16-17. Dat het standpunt van Zaal in strijd is met de heersende leer volgt ook uit L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 304. Verburg signaleert hier dat geen adviesrecht geldt indien een ondernemer een deskundige advocaat raadpleegt over de aanpak van een (overwogen of lopende) reorganisatie, niet valt dan ook in te zien dat dit in geval van een pre-pack anders zou zijn.

²⁸ HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477.

voorafgaande aan het arrest heeft AG Mok²⁹ de wetgeschiedenis met betrekking tot de wijziging van art. 25 WOR in 1998 beschreven. Hieruit blijkt dat er destijds nadrukkelijk niet voor is gekozen de besluiten tot het aanvragen van faillissement of surseance van betaling toe te voegen als nieuwe categorieën aan de lijst van adviesplichtige besluiten.³⁰ Ook in het kamerdebat waarin de wijziging van art. 25 WOR werd behandeld is gebleken dat er geen kamermeerderheid aanwezig was voor het uitbreiden van het verplichte adviesrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van de eigen faillissementsaanvraag. De wetgever heeft zich dan ook nadrukkelijk uitgesproken tegen adviesrecht op dit punt.

Zaal stelt dat de minister ten onrechte heeft verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch³¹ omdat daar niet een beroep werd gedaan op de art. 25 lid 1 sub a en e WOR, welke bepalingen volgens Zaal met zich brengen dat het besluit tot het doen van eigen faillissementsaanvraag adviesplichtig is. Echter in haar vonnis heeft de rechtbank nadrukkelijk geoordeeld dat de WOR voornamelijk de medezeggenschap van de collectiviteit van de werknemers in een grote onderneming in haar verhouding tot de werkgever regelt, terwijl de beslissing omtrent het faillissement voornamelijk de belangen van de schuldeisers op het oog heeft. De rechtbank oordeelde dat de opvatting dat de eigen aanvraag tot faillissement adviesplichtig is, met zich zou kunnen brengen dat de Ondernemingskamer zich een oordeel zou moeten vormen over het besluit van de ondernemer tot het doen van eigen aangifte en daarmee over die faillietverklaring zelf. Dit zou in strijd komen met zowel de bevoegdheid van de rechtbank op dat punt als met de bepalingen van de Faillissementswet op grond waarvan een faillissement dient te worden uitgesproken zodra de toestand van te hebben opgehouden te betalen zich voordoet in welk geval voor enige discretionaire bevoegdheid van de rechter geen ruimte is.

In zijn noot onder het arrest YVC IJsselwerf heeft Kortmann³² mijns inziens dan ook terecht gesteld dat men op grond van de wetgeschiedenis en het arrest naar positief recht lijkt te kunnen aannemen dat het aanvragen van faillissement niet adviesplichtig is.

Er zijn overigens nog meer argumenten tegen een adviesrecht. De bevoegdheid van het bestuur tot het doen van aangifte van faillissement is in art. 2:246 BW op geen enkele wijze beperkt door enige bevoegdheid van de ondernemingsraad. Voorts kan er een situatie ontstaan waarin de bestuurder genoodzaakt is over te gaan tot de aanvraag van het faillissement in verband met de financiële positie van de vennootschap en ter voorkoming van bestuurdersaansprakelijkheid. Adviesrecht van de ondernemingsraad zou het bestuurshandelen op dit punt ten onrechte kunnen doorkruisen.

De bedenkingen ten aanzien van de positie van werknemers in de pre-pack betreffen, evenals die op het punt van de marktwerking, in wezen bedenkingen ten aanzien van de positie van werknemers in faillissement. In faillissement geldt echter de *paritas creditorum* en is de curator (en niet het bestuur) belast met het beheer en de vereffening van de boedel onder toezicht van de rechter-commissaris.³³ Een bijzondere positie voor de werknemers verhoudt zich daar niet goed mee. Hoe belangrijk de inspraak van werknemers buiten faillissement ook is in het kader van bescherming en ongelijkheidscompensatie, in faillissement eindigt deze inspraak vooralsnog.

²⁹ Sub 3.3.4.1.

³⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 24615, nr. 9, p. 15-16.

³¹ Rb. 's-Hertogenbosch 9 april 1980, *NJ* 1980/546.

³² *JOR* 2001/146.

³³ Art. 68 Fw.

Advies: opnemen dat de beslissing tot het verzoeken om de aanwijzing van een beoogd curator niet adviesplichtig is en OR/vakbonden bij het verzoeken om de aanwijzing geen advices of inspraakrecht hebben

e) Rol beoogd rechter-commissaris

Een van de belangrijkste argumenten vóór het gebruik van de pre-pack is dat het proces van voorbereiding van een doorstart na faillissement dat anders in "achterafkamertjes" plaatsvindt thans wordt "gecontroleerd", respectievelijk "beschouwd" door de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris.

Aan de andere kant volgt duidelijk uit de MvT dat de beoogd curator geen formele taak heeft. De taak van de beoogd rechter-commissaris wordt niet heel duidelijk omschreven. Houdt de beoogd rechter-commissaris nu ook op enige wijze toezicht op de werkzaamheden van de beoogd curator, zoals hij dat ook zou doen op de werkzaamheden van een curator ex art. 64 Fw? Dat lijkt niet te volgen uit het Wetsvoorstel. De enige rol van de beoogd rechter-commissaris is de beoogd curator van zijn taken te kunnen ontheffen³⁴ en bij faillietverklaring een andere curator aan te wijzen dan de beoogd curator. Verder bepaalt het voorgestelde art. 367 lid 2 Fw dat de beoogd rechter-commissaris van zijn zienswijze kan doen blijken ten aanzien van de in het artikel 365 lid 2 Fw bedoelde uitlatingen indien de beoogd curator of beoogd bewindvoerder daarom vraagt.

Naar mijn idee dient helder te zijn dat er geen enkele sprake is van toezicht ex art. 64 Fw. Dat kan de beoogd rechter-commissaris namelijk niet waarmaken. De MvT p. 28 geeft aan dat beoogd rechter-commissaris kan worden gepolst over activa transactie waarna hij daarna snel toestemming kan verlenen. Dat is zijn feitelijk voor het proces zijn (belangrijkste) rol.

Advies: opnemen in de MvT dat de beoogd rechter-commissaris geen toezicht op het handelen van de beoogd curator uitoefent in de zin van art. 64 Fw.

f) Grootste risico van de regeling: verstoring marktwerking koopprijsbepaling

Ik ben het eens met het gestelde in de MvT³⁵ waarin duidelijk wordt uitgelegd hoe het verkoopproces achteraf transparant wordt voor derden. Het risico blijft bestaan dat de beoogd curator een "slechtere" verkoopprijs realiseert dan hij zou hebben gerealiseerd indien hij na faillissement een (korte) inventarisatie van alle geïnteresseerde concurrenten/gegadigden zou hebben kunnen maken nadat iedereen weet van faillissement en het te koop staan van de onderneming. De kans is aanwezig dat dan andere/meerdere gegadigden aan de onderhandelingstafel verschijnen. Overigens is het naar mijn idee wel de taak van de beoogd curator om ervoor te zorgen dat hij ofwel de zekerheid heeft dat voor de aanvang van de pre-pack de markt goed is verkend ofwel hij tijdens de pre-pack op enigerlei, maar uiteraard wel zeer voorzichtige, wijze de markt alsnog verkent. Indien achteraf blijkt dat er betere kandidaten waren lijkt het mij eerder een tekortkoming van de beoogd curator dan van de wettelijke regeling die de mogelijkheid wel biedt te komen tot een goede transactie.

³⁴ Zie art. 364 Fw.

³⁵ MvT, p. 11 e.v.

Een pre-pack vindt slechts plaats indien sprake is van een faillissementssituatie. De pre-pack is te beschouwen als het aan de faillietverklaring voorafgaande proces, waarin onder aanwezigheid van de stille bewindvoerder een onderzoek wordt gedaan naar de best mogelijke verkoop. Kortom, de door Van der Pijl³⁶ geschetste situatie van het buitensluiten van de normale marktwerking, omdat alleen met de ondernemer zelf of daaraan gelieerde partijen wordt onderhandeld over een doorstart en niet met willekeurige concurrenten, is niet juist. De pre-pack zorgt er juist voor dat het onderhandelingsproces, dat anders ingeval van een faillissement wellicht ook plaatsvindt maar dan zonder de betrokkenheid van de stille bewindvoerder, en de faillissementsaanvraag zorgvuldiger worden begeleid. Hierdoor wordt de schade voor de betrokken partijen aanzienlijk minder dan zonder deze zorgvuldige voorbereiding.

Een pre-pack maakt een doorstart mogelijk die anders wellicht niet had kunnen plaatsvinden na faillissement, omdat de tijd daarvoor dan ontbreekt en voortzetting van de activiteiten door de faillietverklaring in acuut gevaar komt. De beoogd curator zal moeten onderzoeken of in de fase voorafgaand aan de pre-pack voldoende is gezocht naar een koper. Op grond van art. 365 lid 3 Fw dient de schuldenaar de beoogd curator alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor het doen van de verklaring ex art. 365 lid 2 sub b Fw onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator na een eventuele faillietverklaring goederen zal vervreemden. Die informatie maakt het mogelijk te kunnen beoordelen of met de juiste partijen wordt onderhandeld over reële prijzen. Krijgt hij die informatie niet dan kan hij op grond van art. 364 lid 1 Fw (op eigen verzoek) van zijn taak worden ontheven. Indien een transactie overigens zijn instemming niet heeft, zal hij in een opvolgend faillissement ook ervoor kunnen kiezen niet mee te werken aan deze transactie. Hij kan er ook voor kiezen tijdens de pre-pack op zoek te gaan naar andere kopers. Er zijn dus voldoende waarborgen ingebouwd tegen misbruik en verstoring van de marktwerking.

Op dit punt is overigens wel de meeste weerstand te verwachten en al geuit. Dit punt is dan ook de grootste uitdaging voor het wetslagen van de voorgestelde wettelijke regeling. Uiteraard kan gesteld worden dat verkoop na pre-pack een waarde verhogend effect heeft, maar dat is niet altijd zeker. Het lijkt wel vaak het geval te zijn omdat er geen sprake is van een "fire sale" en er geen sprake is van verdampen van goodwill ten gevolge van het faillissement en alle negatieve gevolgen die faillissement met zich brengt.

Uit een recente publicatie blijkt dat er teleurgestelde concurrenten zijn die niet aan tafel mochten komen.³⁷ In de MvT zou meer richting kunnen worden gegeven aan de beoogd curator om een zo hoog mogelijke prijs tot stand te brengen. Zo kan gesteld worden dat de aanvrager van de pre-pack bij de aanvraag waarin hij stelt dat een doorstart mogelijk is stukken moet overleggen ter zake taxatie activa en verkoopproces en mogelijke kandidaten die dan zouden zijn afgehaakt. Dan nog is de beoogd curator afhankelijk van deze informatie maar dan is die informatie tenminste beschikbaar en kan hij onderzoeken of de door de aanvrager voorgestelde transactie met de voorgestelde aspirant koper inderdaad wel de meest voor de hand liggende en beste transactie is. De wetgever laat dit nu over aan de regeling van de rechtbanken en noemt deze zaken alleen maar in de MvT op p. 18 maar neemt ze nu nog niet op als vereiste. Vraag is echter wat de rechtbanken nu gaan regelen. Het is beter dit wel in de MvT op de wet al op te nemen.

³⁶ *ArbeidsRecht* 2013/38.

³⁷ Zie FD 14 november 2013 bij Corso.

Advies: opnemen in MvT bij art. 363 Fw dat in ieder geval stukken ter staving van de prijzen en kandidaat kopers, zo deze er zijn, moeten worden overgelegd.

g) Aanvraag door bestuur zonder AvA besluit en betrokkenheid RvC

Pre-pack moet snel gaan en levert in beginsel nog geen wijziging van beschikkingsbevoegdheid op. De directie moet, net als bij aanvraag surseance, zelfstandig kunnen opereren zonder dat AvA een besluit moet nemen. Art. 2:246 BW stelt dat tenzij bij de statuten anders is bepaald, het bestuur zonder opdracht van de algemene vergadering niet bevoegd is aangifte te doen tot faillietverklaring van de vennootschap. Daar hoeft dus niets aan veranderd te worden. Men zou kunnen zeggen door deze bepaling is surseance verzoek (en pre-pack verzoek) vrijgesteld van instructie AvA (tenzij statuten anders bepalen). Toch is het wenselijk nadrukkelijk op te nemen in de voorgestelde regeling dat het pre-pack verzoek kan worden gedaan door het bestuur van een vennootschap zonder instructie van de AvA. Art 2:274 lid 1 sub i BW bepaalt dat bij structuurvennootschappen de aangifte van het bestuur tot faillissement en surseance van betaling moeten worden goedgekeurd door de raad van commissarissen. De toepasselijkheid van dit artikel dient te worden uitgesloten bij de aanvraag voor de pre-pack om de hiervoor aangegeven redenen.

Advies: opnemen in MvT bij art. 363 Fw dat het bestuur bevoegd is verzoek in te dienen zonder instructie van de AvA en de RvC, tenzij statuten anders bepalen.

h) Aansprakelijkheid beoogd curator

In de MvT p. 23 wordt een naar mijn idee onaanvaardbaar aansprakelijkheidsrisico op de schouders van de beoogd curator gelegd die hem vleugellam gaat maken. Immers, de wetgever geeft duidelijk aan wanneer er sprake kan zijn van zelfs persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator. Niet eens qq maar persoonlijk. Of wordt q.q. bedoeld?

Hoewel deze toelichting ook een begrenzing en beperking van aansprakelijkheid impliceert wordt hiermee wel een lastig onderwerp aangesneden en naar mijn idee niet goed afgewikkeld. Indien de aansprakelijkheidsrisico's ten opzichte van de taak en de middelen die de beoogd curator in handen heeft te groot worden doet niemand dit werk meer en wordt dit waarschijnlijk ook niet (meer) gedekt door de verzekeraars. Hoewel gelukkig in de MvT wel is opgenomen dat terughoudendheid moet worden betracht gaat dit mijns inziens nog steeds te ver. Dit zal ertoe leiden dat een beoogd curator niets meer zal verklaren teneinde mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen en dan verliest de regeling een deel van haar kracht. Hij kan mijns inziens ook niet worden gehouden aan al zijn verklaringen indien hij niet volledig is geïnformeerd. In de MvT³⁸ is wel gesteld dat hij op verklaringen kan terugkomen indien hij niet over adequate informatie beschikte maar die aansprakelijkheid lijkt te blijven bestaan. In deze fase waarin bestuur nog gewoon verantwoordelijk is en ook geadviseerd kan worden door externe adviseurs (advocaat) dient het bestuur niet overal een keurmerk te kunnen vragen/krijgen van de beoogd curator die daarna vervolgens persoonlijk aansprakelijk is te houden door de schuldenaar dan wel derden. Overigens is de vindplaats van het arrest van HR 16 december 2011 onvolledig, dit moet zijn NJ 2012/515.

³⁸ MvT, p. 27.

In het wetsvoorstel wordt er teveel van uit gegaan dat de beoogd curator en de curator te vergelijken zijn en zij dus volgens dezelfde zorgvuldighedsnorm moeten handelen. Echter de curator in het faillissement beschikt over veel meer bevoegdheden ten opzichte van de failliet. Dat maakt dat van hem meer verwacht kan worden en dan nog geldt de terughoudendheid voor persoonlijke aansprakelijkheid als bevestigd in de Maclou norm. De beoogd curator heeft daarentegen geen enkele bevoegdheid en slechts een verplichting zich te laten leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Indien hij onvoldoende informatie krijgt kan hij niets anders dan de rechtbank ex art. 364 lid 1 Fw vragen hem van zijn taak te ontheffen. Faillissementsverhoor of gijzeling zijn niet mogelijk. De Maclou norm is dan ook een te zware norm voor de beoogd curator.

In de MvT dient aangegeven te worden dat ervan wordt uitgegaan dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de advocaten die door de rechtbank worden aangewezen als beoogd curator of beoogd bewindvoerder verzekerd zijn. Aangezien het een nog niet bekende activiteit is staat deze activiteit niet vermeld in de huidige polisvoorwaarden. Zonder dekking echter zal geen advocaat dit werk kunnen doen. Alle aansprakelijkheidsvragen dienen in het faillissement aan de hand van de in de jurisprudentie ontwikkelde zorgvuldighedsnormen waaraan de curator moet voldoen te worden getoetst.

Advies: verwijderen uit MvT p. 23: Zijn de verplichtingen....Maclou norm; HR 16 december 2011, NJ 2012. ”

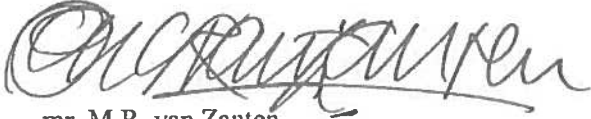
i) Positie banken

Zoals hiervoor al gesteld³⁹ is het goed dat niet de banken de pre-pack kunnen aanvragen. Een harmonieuze relatie met de financier is een vereiste voor het welslagen van een pre-pack. Nu is in de praktijk niet duidelijk of het aanvragen van de pre-pack wel of niet grond is voor opzegging kredietovereenkomst. De MvT zou moeten bepalen dat het indienen van een verzoekschrift tot het aanwijzen van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder geen grond is voor opzegging. Zou dat wel zo zijn dan komt de pre-pack niet van de grond en gaan schuldenaar en bank niet gezamenlijk het traject in. Dan kan de schuldenaar de pre-pack ook met de bank voor bespreken. Vaak is de bank de grootste belanghebbende.

Advies: in MvT bij 363 Fw opnemen dat de aanvraag van de pre-pack niet in kredietdocumentatie kan worden beschouwd als een grond voor opzegging financiering. Er is ook geen wijziging in beschikking en beheer van de schuldenaar en er is ook nog geen faillissementsaanvraag. Of opnemen dat de bepaling in (algemene voorwaarden op) de kredietdocumentatie dat aanvraag pre-pack grond is voor opzegging krediet nietig is.

³⁹ Op p. 4.

Hoogachtend,



mr. M.R. van Zanten

Advocaat

Bijlage(n) : Artikel: 'Aan het werk met de prepack!', ArbeidsRecht 2013/47.

Aan het werk met de pre-pack!

47

Tijdens het Nationaal *ArbeidsRecht* Diner 2013² is gesproken over de pre-pack, die in de praktijk inmiddels veel wordt gebruikt bij het realiseren van een doorstart na faillissement. Veel aanwezigen hadden bedenkingen over de pre-pack.³ Er was een enkel positief geluid te beluisteren. In deze bijdrage wordt ingegaan op de bedenkingen, maar ook op de voordelen van de pre-pack gezien door een curator en dus vanuit het perspectief van het insolventierecht.

De pre-pack, wanneer en waarom?

In geval van faillissement kunnen zich continuïteitsproblemen voordoen waardoor een doorstart wordt belemmerd of zelfs onmogelijk gemaakt, met als gevolg verlies van werkgelegenheid. Omdat faillietverklaring vaak leidt tot chaos in die zin dat leveringen (per direct) worden gestaakt, retentierechten worden ingeroepen en overeenkomsten worden beëindigd, komt het regelmatig voor dat er vrijwel niets van het bedrijf overblijft om te kunnen doorstarten. Een voorbeeld van een branche waarin een doorstart na faillissement lastig is te realiseren, is de bouw. Projecten kunnen niet meer worden afgerond, bouwplaatsen worden verlaten of door crediteuren afgesloten en afnemers zoeken dadelijk naar nieuwe bouwers om het werk alsnog met zo min mogelijk vertraging af te maken. Binnen enkele uren is de bouwplaats veranderd in een bouwval.

Een pre-pack kan deze situatie voorkomen. Hierdoor krijgt een bedrijf een reële(re) kans om na faillissement te kunnen doorstarten. Bij een pre-pack verzoekt de schuldenaar de rechtbank aan te geven wie zij in geval van eigen aangifte tot faillietverklaring als curator zal aanstellen en welke rechter-commissaris dan zal worden benoemd. Een pre-pack maakt het mogelijk, in aanwezigheid van de aanstaande curator, nog vóór faillissement te onderzoeken of een doorstart kan worden gerealiseerd. Hierdoor kan op een zorgvuldige wijze, in relatieve rust, worden onderhandeld en onderzoek worden gedaan naar een doorstart, terwijl vervolgens ná faillissement snel kan worden gehandeld waardoor de kansen op een succesvolle doorstart worden vergroot.

(Arbeidsrechtelijke) bedenkingen

Vooraf vanuit het arbeidsrecht worden, soms begrijpelijke, bedenkingen geuit tegen de pre-pack. Vanuit het insolven-

tiericht wordt de pre-pack breder omarmd.⁴ Wellicht dat dit enthousiasme voortvloeit uit de aparte rol van de curator die dient op te komen voor de belangen van de gezamenlijke crediteuren.⁵ Dit leidt ertoe dat vanuit een ander perspectief naar de specifieke belangen van werknemers wordt gekeken. Overigens dient de curator niet alleen rekening te houden met de belangen van de gezamenlijke crediteuren en de gefailleerde, maar ook met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid van de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde werkzaam waren.⁶

De tegen de pre-pack geuite bedenkingen zien op het ontbreken van een wettelijke regeling voor de pre-pack, het ontbreken van transparantie, het ontbreken van normale marktwerking bij het verkoopproces, strijd met de regels betreffende overgang van onderneming en het ontbreken van medezeggenschap.⁷ Deze bedenkingen zullen hierna worden besproken. Daarnaast wordt aandacht besteed aan overige relevante aspecten, waaronder de recent door enkele rechtbanken opgestelde regels betreffende de invulling en uitvoering van de pre-pack en de kosten van de pre-pack.

Ontbreken van een wettelijke regeling en gebrek aan transparantie

Op dit moment is er geen wettelijke basis voor de pre-pack. De procedure is in de praktijk ontwikkeld.⁸ Men kan zich afvragen of het ontbreken van een wettelijke basis een bezwaar oplevert voor succesvolle toepassing van een regeling. In veel rechtsgebieden wordt tot ieders tevredenheid gewerkt met regelingen die niet zijn gecodificeerd. Het meest succesvolle voorbeeld komt bovendien uit het arbeidsrecht in de vorm van de kantonrechttersformule. Het enkele feit dat er geen wettelijke basis is voor de pre-pack,

¹ Mr. M.R. van Zanten is advocaat bij CMS te Amsterdam.

² 'Arbeidsrecht en Insolventie. We zullen doorgaan', 26 juni 2013.

³ Zie de bijdragen van J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart - een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38 en I. Zaai, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40.

⁴ N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechter van Nederland: geef ons de pre-pack', *Tvl* 2011/23 die als eerste dit fenomeen vanuit Engeland toepasbaar heeft gemaakt voor Nederland; P.R.W. Schaïnk, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Serie Recht en Praktijk - Insolventierecht, deel 4, Deventer: Kluwer 2012, hfdst. 11; E. Loesberg, 'Heiligt het doel de middelen? Pre-pack in het Nederlandse Insolventierecht', *TOP* 2013/1.

⁵ De curator is vanwege deze bijzondere positie, waarin hij moet opkomen voor alle belangen, ook wel betiteld als octopus, zie S.C.J.J. Kortmann (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

⁶ HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 (*Sigmatom II*); HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou en Provoust*).

⁷ J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart - een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38; I. Zaai, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40; J. van der Pijl, 'Wat behelst de positie van de werknemer bij een doorstart?', *Advocatenblad* augustus 2013, p. 49.

⁸ Recente voorbeelden uit de praktijk zijn: De Schoonenreus (januari 2013), bloemenleverancier Ciccollella (februari 2013) en Florimex (april 2013), champignonwekerij Prime Champ (april 2013) en ziekenhuis Ruwaard van Putten (juni 2013). Bij de Rechtbank Amsterdam zijn gedurende de periode februari-juli 2013 tien verzoeken om toepassing van een pre-pack ingediend.

overtuigt dus onvoldoende. Bovendien verzet de huidige Faillissementswet zich niet tegen toepassing van de pre-pack.⁹

Wettelijke regeling

Naar verwachting zal een wettelijke regeling van de pre-pack niet lang meer op zich laten wachten. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft bij brief van 26 november 2012¹⁰ het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' aangekondigd. De bedoeling hiervan is onder meer het reorganiserend vermogen van bedrijven te versterken. Bij brief van 26 juni 2013¹¹ heeft de minister de Tweede Kamer geïnformeerd over de voortgang van het programma. Er wordt gewerkt aan een wetsvoorstel waarmee de minister beoogt een grondslag in de wet te bieden voor de pre-pack. Met de pre-pack kan volgens de minister een bijdrage worden geleverd aan het behoud van werkgelegenheid. Ter bevordering van de rechtszekerheid is het volgens hem wenselijk de Nederlandse variant van de pre-pack een expliciete wettelijke grondslag te bieden. De minister benadrukt de wens om te komen tot een regeling die voldoende flexibel is, zodat de bestaande praktijk waarin inmiddels goede ervaringen zijn opgedaan – wordt ondersteund en niet wordt belemmerd. Het voorontwerp van deze wettelijke regeling wordt in het najaar in consultatie gegeven. De wetgever hoeft bij het vormgeven van de wettelijke regeling niet vanaf nul te beginnen; de rechterlijke macht heeft buitengewoon bruikbaar voorwerk gedaan, dat als inspiratiebron kan dienen.

Transparantie

Een aantal rechtbanken heeft een voor de aanvrager en de te benoemen curator (ten tijde van de pre-pack vaak 'stille bewindvoerder' genoemd) bestemde brief opgesteld waarin een duidelijk kader wordt geschetst dat dient te worden gehanteerd bij toepassing van een pre-pack.¹² Uit de brieven blijkt dat het doel van de pre-pack is een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren voor de gezamenlijke crediteuren. Daartoe is de stille bewindvoerder aanwezig om mee te kijken, zich te informeren en zich te laten informeren, waarbij hij zich uitsluitend laat leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers als ware de insolventie al uitgesproken. Hij controleert of het onderhandelingsresultaat het best haalbare resultaat is. Door de aanwijzing van een stille bewindvoerder en een rechter-commissaris kunnen betrokkenen voorafgaand aan het faillissement al kennisnemen van hun standpunten tijdens het faillissement, waardoor instemming met het bereikte onderhandelingsresultaat na faillissement kan worden verzekerd. De pre-pack geldt voor een relatief korte periode van twee weken, met de mogelijkheid van verlenging indien dit het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient. Indien het faillissement

wordt uitgesproken moet de stille bewindvoerder in het openbaar faillissementsverslag aan de rechter-commissaris en alle betrokkenen verantwoording afleggen over de pre-pack-fase. Behalve dat het kader van de rechtbank als inspiratie voor de wetgever kan dienen, leidt het tot inzicht in de gang van zaken en dus tot transparantie. Alle betrokken partijen weten wat zij kunnen verwachten van de stille bewindvoerder en wat het doel van de pre-pack is. Door de betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de pre-pack wordt bovendien al voordat het faillissement daadwerkelijk is uitgesproken rechterlijke controle mogelijk gemaakt.

Kosten

Het is belangrijk iets te zeggen over de kosten. Duidelijkheid hierover draagt bij aan transparantie. Een goede regeling ter zake de kosten zorgt ervoor dat de stille bewindvoerder onafhankelijk kan handelen en daarmee de door de rechtbank opgedragen taak zo goed mogelijk kan vervullen. Op dit moment wordt door de rechtbanken nog verschillend gedacht over de wijze waarop de kosten van de pre-pack na faillissement moeten worden behandeld. Ten aanzien van de kosten bepaalt de Rechtbank Amsterdam dat de stille bewindvoerder kan verlangen dat aan hem een voorschot op zijn salaris wordt betaald en voorts dat een budget ter beschikking wordt gesteld ter delging van kosten die hij als stille bewindvoerder maakt in het kader van zijn aanstelling. Ook indien geen insolventieprocedure volgt dient de schuldenaar het salaris en de kosten van de stille bewindvoerder te voldoen. Dit leidt tot het mogelijke risico dat – ondanks alle door de Rechtbank Amsterdam in haar brief gecreëerde waarborgen – toch een situatie kan ontstaan waarin de stille bewindvoerder zich afhankelijk voelt van de schuldenaar, dan wel waarin de schuldenaar meent het voor het zeggen te hebben omdat hij immers ook de financiële lasten draagt. Aan de andere kant dient de stille bewindvoerder zekerheid te hebben over de voldoening van zijn kosten en is in die zin de Amsterdamse opvatting in de praktijk bruikbaar.

De Rechtbank Oost-Brabant informeert partijen in haar aanstellingsbrief dat de kosten van de stille bewindvoerder via vaststelling van het salaris tijdens de insolventieprocedure ten laste van de boedel zullen komen nu deze werkzaamheden (ook in zijn hoedanigheid van stille bewindvoerder) zijn gemaakt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Voor zover de Rechtbank Oost-Brabant wil vastleggen dat de kosten van de stille bewindvoerder als boedelkosten, en derhalve vóór alle andere crediteuren net als zijn salaris als curator, moeten worden voldaan, kan dit geen effect sorteren. Zonder wettelijke basis kunnen deze pre-faillissementskosten namelijk niet promoveren tot boedelkosten. Op grond van art. 250 lid 1 Fw promoveren de kosten van de bewindvoerder in de aan het faillissement voorafgaande surseance van betaling wel tot boedelvordering.¹³ Dit volgt ook uit art. 249 Fw op basis waarvan surseance en opvolgend faillissement zo veel als mogelijk als een worden be-

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

10 *Kamerstukken II* 2012/13, 29 911, nr. 74.

11 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 1.

12 Met dank aan mr. M.J.E. Geradts, voorzitter team insolventies van de Rechtbank Amsterdam voor de ontvangen informatie.

13 *Rb. Rotterdam* 11 oktober 1985, *NJ* 1987/186.

handeld. Boedelschulden die ontstaan zijn tijdens de surseance blijven dat in faillissement.

Het behandelen van de kosten van de pre-pack als boedelkosten is het meest zuiver. Indien geen insolventieprocedure volgt dienen de kosten voor rekening te komen van de schuldenaar. Met betrekking tot de voldoening van de kosten kan het probleem gesignaleerd worden dat de meest zuivere variant nog niet mogelijk is en de meest wenselijke variant met zich brengt dat extra belang dient te worden gehecht aan de waarborgen die door de rechtbanken worden gesteld aan de onafhankelijkheid van de stille bewindvoerder. De advocaat die optreedt als stille bewindvoerder mag geacht worden zich, ondanks dat hij betaling ontvangt van de schuldenaar, onafhankelijk te blijven opstellen. Gelet op het vorenstaande dient in het wetsvoorstel aandacht te worden besteed aan de kosten. Er zal een bepaling moeten worden opgenomen dat de kosten van de pre-pack zullen worden behandeld als boedelvordering, omdat de huidige wetgeving hierin niet voorziet.

Ontbreken van de normale marktwerking bij het verkoopproces

Een pre-pack vindt slechts plaats indien sprake is van een faillissementssituatie. De pre-pack is te beschouwen als het aan de faillietverklaring voorafgaande proces, waarin onder aanwezigheid van de stille bewindvoerder een onderzoek wordt gedaan naar de best mogelijke verkoop. Kortom, de door Van der Pijl geschetste situatie van het buitensluiten van de normale marktwerking, omdat alleen met de ondernemer zelf of daaraan gelieerde partijen wordt onderhandeld over een doorstart en niet met willekeurige concurrenten, is niet juist. De pre-pack zorgt er juist voor dat het onderhandelingsproces, dat anders in geval van een faillissement wellicht ook plaatsvindt maar dan zonder de betrokkenheid van de stille bewindvoerder, en de faillissementsaanvraag zorgvuldiger worden begeleid. Hierdoor wordt de schade voor de betrokken partijen aanzienlijk minder dan zonder deze zorgvuldige voorbereiding.

Een pre-pack maakt een doorstart mogelijk die anders wellicht niet had kunnen plaatsvinden na faillissement, omdat de tijd daarvoor dan ontbreekt en voortzetting van de activiteiten door de faillietverklaring in acuut gevaar komt. De stille bewindvoerder zal moeten onderzoeken of in de fase voorafgaand aan de pre-pack voldoende is gezocht naar een koper. Uit de brieven van de rechtbank blijkt dat het bestuur van de schuldenaar de stille bewindvoerder, gevraagd en ongevraagd, alle informatie dient te verschaffen en inzicht dient te geven in haar administratie. Die informatie maakt het mogelijk te kunnen beoordelen of met de juiste partijen wordt onderhandeld over reële prijzen. Op basis van de brieven van de rechtbank kan de stille bewindvoerder, zodra hij van mening is dat er sprake is van handelen in strijd met de wet of het doel van zijn betrokkenheid (te weten een zo hoog mogelijke opbrengst realiseren voor de crediteuren), zijn werkzaamheden beëindigen. Indien een transactie zijn instemming niet heeft, zal hij in een opvolgend faillissement niet meewerken aan deze transactie. Hij

kan er ook voor kiezen tijdens de pre-pack op zoek te gaan naar andere kopers.

Toepasselijkheid regels betreffende overgang van onderneming

Van der Pijl wijst op mogelijke strijd met de Europese Richtlijn aangaande overgang van ondernemingen, zoals geïncorporeerd in art. 7:662 e.v. BW.¹⁴ Deze regels zijn niet van toepassing indien er sprake is van een liquidatieprocedure, zoals een faillissement. In surseance zijn deze regels wel van toepassing, omdat de surseance is gericht op voortzetting, terwijl bij een pre-pack sprake is van een (aankomende) faillissementssituatie. Van der Pijl stelt mijns inziens ten onrechte dat de pre-pack nadrukkelijk is gericht op continuïteit. Er is in geval van een pre-pack reeds sprake van een faillissementstoestand en faillietverklaring is zeer aanstaande. Er wordt onderzocht of na faillietverklaring een koop van activa uit de boedel zou kunnen plaatsvinden waarmee de activiteiten (gedeeltelijk) kunnen worden voortgezet en wellicht nog een deel van de werkgelegenheid behouden kan worden, terwijl dit zonder dit voorafgaande onderzoek niet mogelijk zou zijn. De overeenkomst wordt (per definitie) gesloten na faillissement door een curator en een koper en na ontslag van het personeel door de curator. In die zin is de pre-pack te beschouwen als (een voorfase van de) liquidatie in faillissement en niet te vergelijken met de surseance die op continuïteit is gericht. Art. 7:662 e.v. BW zijn derhalve niet van toepassing. Bedenkingen die worden geuit ten opzichte van de toepasselijkheid van de regels betreffende overgang van onderneming in geval van de pre-pack richten zich zuiver beschouwd dan ook niet op de pre-pack op zich, maar op het niet-toepasselijk zijn van deze regels in geval van faillissement.

Medezeggenschap bij de pre-pack

Van der Pijl¹⁵ en Zaal¹⁶ hebben bedenkingen geuit met betrekking tot het ontbreken van werknemersvertegenwoordiging bij een pre-pack. De vraag is echter of medezeggenschap past bij de pre-pack en of de gewenste medezeggenschap voor de werknemers enig nut heeft.

Een pre-pack vindt uitsluitend plaats indien er sprake is van een faillissementstoestand. Dit gegeven pleit ervoor het faillissementsrechtelijke regime te laten gelden ook op het moment dat de pre-pack een aanvang neemt (en de rechter-commissaris uitsluitend onder toepassing van de pre-pack het uitspreken van het faillissement voor een korte termijn opschort). Zonder toepassing van de pre-pack zou immers het faillissement al direct worden uitgesproken en zou ook op dat moment het faillissementsrechtelijke regime aanvragen.

14 Richtlijn 2001/23 EG van 12 maart 2001 (PbEG van 22 maart 2001, L 82/16).

15 J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart - een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38, p. 9.

16 I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40, p. 20-21.

De schuldenaar zal spoedig failliet worden verklaard, maar probeert nog een laatste maal de schade zo veel mogelijk te beperken. De curator zal vervolgens de arbeidsovereenkomsten opzeggen. Op het moment dat de pre-pack aanvangt staat dus al vast dat de werknemers hun baan zullen verliezen. Dat is niet het gevolg van de pre-pack maar van de faillissementstoestand waarin de schuldenaar zich bevindt, waarvan het intreden nog even wordt uitgesteld onder de voorwaarde dat een pre-pack wordt toegepast. Indien de werknemers iets tegen de pre-pack zouden willen ondernemen, zouden zij moeten stellen dat er sprake is van misbruik van faillissementsrecht en dat de pre-pack uitsluitend is gekozen om de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers te schaden. De werknemers hebben na faillissement de nodige mogelijkheden over te gaan tot het nemen van rechtsmaatregelen tegen de uitspraak van het faillissement (recht van verzet ex art. 10 Fw en beroep op art. 13a Fw¹⁷), het gegeven ontslag (recht van hoger beroep ex art. 67 lid 2 Fw) of de bestuurder (op grond van bestuurdersaansprakelijkheid).¹⁸

Inspiraak tijdens de pre-pack is praktisch bezien lastig te realiseren. De tijd voor het inzetten van een uitgebreid medezeggenschapstraject ontbreekt en het risico op het lekken van informatie (en het alsnog uitbreken van paniek, terwijl de pre-pack nu juist is bedoeld om deze situatie te voorkomen) is groter naarmate meer mensen op de hoogte zijn van de pre-pack. De pre-pack vindt plaats gedurende een korte tijd waarin onder het toezicht van de aanstaande curator getracht wordt voorbereidingen te treffen voor een zo goed mogelijke verkoop. De enige voor de werknemers relevante handeling die wordt verricht is uiteindelijk de aanvraag van eigen faillissement na het einde van de pre-pack. En ten aanzien hiervan is nu juist de heersende leer dat de ondernemingsraad geen adviesrecht heeft ten aanzien van de eigen aanvraag tot faillietverklaring.

De stelling van Zaal¹⁹ dat deze heersende leer ten onrechte is gebaseerd op het arrest *YVC IJsselwerf*²⁰ en dat er – los daarvan – geen goede argumenten zijn tegen een adviesrecht is onjuist. In zijn conclusie voorafgaande aan het arrest heeft A-G Mok²¹ de wetsgeschiedenis met betrekking tot de wijziging van art. 25 WOR in 1998 beschreven. Hieruit blijkt dat er nadrukkelijk niet voor is gekozen de besluiten tot het aanvragen van faillissement of surseance van be-

taling toe te voegen als nieuwe categorieën aan de lijst van adviesplichtige besluiten.²² Ook in het Kamerdebat waarin de wijziging van art. 25 WOR werd behandeld is gebleken dat er geen Kamermeerderheid aanwezig was tot het uitbreiden van het verplichte adviesrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van de eigen faillissementsaanvraag. De wetgever heeft zich dan ook nadrukkelijk uitgesproken tegen adviesrecht op dit punt.

Zaal stelt dat de minister ten onrechte heeft verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch²³ omdat daar niet een beroep werd gedaan op art. 25 lid 1 onder a en e WOR, welke bepalingen volgens Zaal met zich brengen dat het besluit tot het doen van eigen faillissementsaanvraag adviesplichtig is. Echter in haar vonnis heeft de rechtbank nadrukkelijk geoordeeld dat de WOR voornamelijk de medezeggenschap van de collectiviteit van de werknemers in een grote onderneming in haar verhouding tot de werkgever regelt, terwijl de beslissing omtrent het faillissement voornamelijk de belangen van de schuldeisers op het oog heeft. De rechtbank oordeelde dat de opvatting dat de eigen aanvraag tot faillissement adviesplichtig is, met zich zou kunnen brengen dat de Ondernemingskamer zich een oordeel zou moeten vormen over het besluit van de ondernemer tot het doen van eigen aangifte en daarmee over die faillietverklaring zelf. Dit zou in strijd komen met zowel de bevoegdheid van de rechtbank op dat punt als met de bepalingen van de Faillissementswet op grond waarvan een faillissement dient te worden uitgesproken zodra de toestand van te hebben opgehouden te betalen zich voordoet in welk geval voor enige discretionaire bevoegdheid van de rechter geen ruimte is.

In zijn noot onder het arrest *YVC IJsselwerf* heeft Kortmann²⁴ dan ook terecht gesteld dat op grond van de wetsgeschiedenis en het arrest men naar positief recht lijkt te kunnen aannemen dat het aanvragen van faillissement niet adviesplichtig is.

Er zijn overigens nog meer argumenten tegen een adviesrecht. De bevoegdheid van het bestuur tot het doen van aangifte van faillissement is in art. 2:246 BW op geen enkele wijze beperkt door enige bevoegdheid van de ondernemingsraad. Voorts kan er een situatie ontstaan waarin de bestuurder genoodzaakt is over te gaan tot de aanvraag van het faillissement in verband met de financiële positie van de vennootschap en ter voorkoming van bestuurdersaansprakelijkheid. Adviesrecht van de ondernemingsraad zou het bestuurshandelen op dit punt ten onrechte kunnen doorkruisen.

De bedenkingen ten aanzien van de positie van werknemers in de pre-pack betreffen, evenals die op het punt van de marktwerking, in wezen bedenkingen ten aanzien van de positie van werknemers in faillissement. In faillissement geldt echter de *paritas creditorum* en is de curator (en niet het bestuur) belast met het beheer en de vereffening van de boedel onder toezicht van de rechter-commissaris.²⁵ Een

17 Dit artikel bepaalt dat Indien het faillissement wordt vernietigd de opzegging van een arbeidsovereenkomst door een curator met terugwerkende kracht wordt beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement.

18 Zie hierover P.R.W. Schaink, 'Misbruik van faillissementsrecht: pro's en contra's', *ArbeidsRecht* 2013/39, alsmede de noot van J. van der Pijl onder Rb. Noord-Nederland 4 april 2013, *JAR* 2013/136.

19 I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40, p. 16-17. Dat het standpunt van Zaal in strijd is met de heersende leer volgt ook uit L.G. Verburg, 'Rood's Wet op de ondernemingsraden', Deventer: Kluwer 2013, p. 304. Verburg signaleert hier dat geen adviesrecht geldt indien een ondernemer een deskundige advocaat raadpleegt over de aanpak van een (overwogen of lopende) reorganisatie. Niet valt in te zien waarom dit in geval van een pre-pack anders zou zijn.

20 HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477.

21 Sub 3.3.4.1.

22 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 15-16.

23 Rb. 's-Hertogenbosch 9 april 1980, *NJ* 1980/546.

24 *JOR* 2001/146.

25 Art. 68 Fw.

bijzondere positie voor de werknemers verhoudt zich daar niet goed mee. Hoe belangrijk de inspraak van werknemers buiten faillissement ook is in het kader van bescherming en ongelijkheidscompensatie, in faillissement eindigt deze inspraak vooralsnog.

Voordeel van de pre-pack

Het grote voordeel van de pre-pack is dat een activatransactie al vóór faillissement kan worden voorbereid zonder dat de negatieve gevolgen van een faillissement op de marktwaarde vanwege de externe bekendheid met het faillissement een rol spelen en zonder dat sprake is van grote tijdsdruk om tot een transactie te komen. De pre-pack zorgt ervoor dat het mogelijk wordt de herstructurering via faillissement vooraf te plannen waarmee het faillissement verandert van een paardenmiddel in een reëel herstructureeringsinstrument,²⁶ waarbij (een deel van de) werkgelegenheid kan worden behouden. Voor alle partijen is daarbij bekend of de toekomstige curator en rechter-commissaris na faillissement zullen meewerken aan deze transactie.²⁷ Een transactie die is voorbereid onder toezicht van de toekomstige curator en rechter-commissaris is sterker en zorgvuldiger dan een onderhandse transactie waarbij dit onafhankelijke toezicht ontbreekt.²⁸ Tegenstanders van de pre-pack verliezen uit het oog dat zonder de pre-pack de doorstartonderhandelingen voorafgaand aan het faillissement ook plaatsvinden, maar dan zonder het toezicht van de toekomstige curator. Risico daarvan is dat de doorstart na faillissement alsnog mislukt en werkgelegenheid alsnog verloren gaat. In die zin zou zelfs gesteld kunnen worden dat indien bestuurders de mogelijkheid van een doorstart na een pre-pack niet onderzoeken dit tot plichtsverzuim zou kunnen leiden.²⁹

De pre-pack werkt

Onbekend maakt onbemind. Meer kennis en transparantie ten aanzien van de toepassing van de pre-pack leidt hopelijk tot minder bedenkingen vanuit het arbeidsrecht. Een groot deel van de geuite bedenkingen (zoals de toepasselijkheid van regels betreffende overgang van onderneming en medezeggenschap) lijkt zich niet zozeer te richten tegen de pre-pack, maar tegen de positie van werknemers in faillissement. Een rechtsgebied zoals het insolventierecht, waarin voor werknemers geen bijzondere bescherming geldt, blijft een vreemde figuur voor de arbeidsrechtjurist. De zoektocht door arbeidsrechtjuristen naar meer werknemersbescherming in geval van faillissement³⁰ is niet nieuw

en zal ongetwijfeld niet op korte termijn eindigen.³¹ Juist omdat de pre-pack deze scheidslijn zo duidelijk benadrukt is het begrijpelijk dat vanuit twee rechtsgebieden de discussie opbloeit. Wellicht kan het gezamenlijk nadenken over de invulling en vormgeving van de pre-pack, deze twee zo verschillende rechtsgebieden nader tot elkaar brengen, met als resultaat een voor alle partijen acceptabele invulling van de pre-pack.

De voordelen van de pre-pack zijn groot, niet in de laatste plaats voor werknemers. Faillissementen worden zorgvuldiger gestart en doorstartonderhandelingen worden onder toezicht van de aanstaande curator gevoerd, met meer kans op behoud van werkgelegenheid en beperking van schade van direct betrokkenen. Kortom, aan het werk met de pre-pack!

26 N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechter van Nederland: geef ons de pre-pack', *Tvl* 2011/23.

27 H. Koster, 'Herstructureren bij insolventie: naar de pre-pack plus!', *Tvl* 2013/7.

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

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

30 Denk hierbij bijv. aan HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662 (*Van Gelder Papier*) en HR 14 juli 2006, *NJ* 2007/101 (*Boekenvoordeel/Isik*).

31 Zie zeer recent, A.T.J.M. Jacobs, 'De hervorming van de arbeidsmarkt volgens het Sociaal Akkoord 2013', *TRA* 2013/80. Hij noemt het niet-toekennen van een ontslagvergoeding in faillissement een 'evidente ongerechtigheid'.

Transport en Logistiek Nederland (TLN) maakt graag gebruik van de mogelijkheid om input te geven inzake het wetsontwerp Wet Continuïteit Ondernemingen I.

TLN is de ondernemersvereniging voor het transport en de logistiek. Gesteund door zo'n 5.600 leden, behartigt TLN de belangen van kleine, middelgrote en grote ondernemingen. Een brede achterban met een gezamenlijk doel: de ontwikkeling van een –internationaal-concurrerende sector waarin kwaliteit, innovatie en duurzaamheid centraal staan.

Om er in geval van een beoogde doorstart voor te zorgen dat de betrokken curator en rechter-commissaris zo goed mogelijk zijn geïnformeerd en daarmee het aantal malafide doorstarts terug te dringen, hebben werkgevers en werknemers de Stichting Aanpak Malafide Doorstarters in de Transportsector (SAMDT) opgericht. De stichting heeft als doel malafide doorstarters op een efficiënte en effectieve wijze te bestrijden of te voorkomen dat zij een doorstart kunnen maken.

TLN signaleert dat veel gefailleerde bedrijven alweer snel een nieuwe onderneming opzetten; vaak met dezelfde bestuurders. In een aantal gevallen kan zo'n doorstart als "malafide" worden aangemerkt. Dat is het geval als door manipulatie met (o.a. loon- en premieheffing) bewust op een faillissement wordt aangestuurd, om vervolgens 'met een schone lei' via een nieuw bedrijf 'gewoon' door te gaan. Het vermoeden bestaat dat het faillissement voor velen een gemakkelijke wijze van schuldsanering is. Hiernaast worden transportondernemers regelmatig geconfronteerd met het faillissement van zakelijke relaties. Het komt voor dat een transportondernemer werkzaamheden verricht voor een opdrachtgever, de vordering lange tijd oploopt, waarna de opdrachtgever vervolgens faillieert. In de meeste gevallen blijft de betreffende vordering uiteindelijk onbetaald.

Een malafide doorstart is vaak al ruim tevoren geregisseerd en fraudeurs kunnen zich lange tijd staande houden. Dit is niet alleen in het nadeel van bonafide transportondernemers die geconfronteerd worden met oneerlijke concurrentie. Het kost de maatschappij veel geld vanwege het weglekken van aanzienlijke bedragen wegens niet afgedragen belastingen en premies.

Het is cruciaal dat het faillissementsrecht niet oneigenlijk wordt gebruikt. De schuldenaar dient aan te tonen dat een mogelijke doorstart realistisch is. TLN pleit voor o.a. concretisering door middel van een ondernemingsplan met een gedegen financiële en bedrijfseconomische onderbouwing.

Mr. H.W.S. Minderman – Transport en Logistiek Nederland



INSOLAD
VERENIGING INSOLVENTIERECHT ADVOCATEN



Postbus 35005
3508 AA UTRECHT
T. 030 - 2595 566
F. 030 - 2595 507
E. alicevanderschee@vbk.nl
KvK nr. 40482067
Bankrekeningnr. 53.79.41.290

10:44 001

Ministerie van Veiligheid en Justitie
Directie Wetgeving/Sector Privaatrecht
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Tevens per mail: ...

Amsterdam, 29 januari 2014

Geachte heer

Tot mijn spijt is aan u niet de definitieve versie van het INSOLAD advies over de Wet Continuïteit Ondernemingen I gestuurd. Ik doe het u hierbij toekomen. Ik begrijp dat de eerdere versie al op het internet is geplaatst en zou het zeer op prijs stellen als u deze door de bijgaande versie zou willen vervangen.

Hoogachtend,

R.J. van Galen,
Voorzitter INSOLAD

De Vereniging Insolventierecht Advocaten (hierna "INSOLAD") heeft het voorontwerp voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I bestudeerd. Gaarne brengt zij daarover de volgende opmerkingen onder uw aandacht.

INSOLAD is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. INSOLAD heeft ca. 650 leden. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties.

Algemene opmerkingen

Blijkens de Memorie van Toelichting (hierna "MvT") wordt gekozen voor een kaderregeling die geldt voor ondernemingen, ongeacht welke activiteiten zij ontplooiën of de rechtsvorm waarin zij worden gedreven. Deze keuze zou gebaseerd zijn op goede ervaringen die bij proeven in de praktijk zouden zijn opgedaan.

INSOLAD betwijfelt of er zoveel goede ervaringen in 2013 met de "stille bewindvoering" zijn opgedaan als in de MvT wordt gesuggereerd. Bij Schoenenreus, een grote stille bewindvoering, hebben leveranciers en vakbonden, maar ook concurrenten in de media geklaagd over de wijze waarop zij met voldongen feiten bij een eenmaal uitgesproken faillissement zijn geconfronteerd. Daarnaast is de stille bewindvoering toegepast bij enige tientallen relatief kleine ondernemingen met minder dan vijftig werknemers die geen unieke en relevante maatschappelijke taken uitvoerden die een bijzondere bescherming wenselijk zouden kunnen maken, waarbij het voornemen van de directie en/of aandeelhouders om in stilte een doorstart onder leiding van dezelfde directie en/of aandeelhouders mogelijk te maken, lijkt te hebben geprevaleerd. In die situaties wordt in de media al snel gesproken van concurrentievervalsing.

Bij een ziekenhuis dat gaat failleren, zoals het Ruwaard van Putten Ziekenhuis in Spijkenisse, blijkt de stille bewindvoering wel goede diensten te kunnen bewijzen om de bedrijfsvoering zo min mogelijk te schaden door een faillissement en om op faillissementsdatum met een doorstart onmiddellijk de onderneming in afgeslankte vorm te kunnen voortzetten.

Het is gezien deze ervaringen volgens INSOLAD uiterst wenselijk dat er een strenge ingangstoets plaatsvindt bij het verzoek tot het benoemen van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder. De wetgever lijkt aan Recofa respectievelijk de lokale rechtbanken veel vrijheid te verlenen voor het opstellen van een vragenlijst en te hanteren criteria bij de eventuele toewijzing van het verzoek tot het benoemen van een beoogd bewindvoerder/beoogd curator. Om lokale verschillen per rechtbank en daarmee ook eventuele "forumshopping" te voorkomen, is het in de visie van INSOLAD essentieel dat de te hanteren criteria zo snel en zo veel mogelijk worden geüniformeerd.

INSOLAD ziet dit primair als een taak voor de rechterlijke macht (Recofa) zelf en het verdient naar de mening van INSOLAD de voorkeur, ook vanuit oogpunt van flexibiliteit, de te hanteren criteria niet in de wet op te nemen.¹

INSOLAD benadrukt dat hier ook een belangrijke rol en verantwoordelijkheid is weggelegd voor de (insolventierecht)adviseur van de schuldenaar/verzoeker, die strikt zal moeten controleren of is voldaan aan de door de rechtbank voor een benoeming van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder gehanteerde criteria en er tevens op moet toezien dat de rechtbank daadwerkelijk alle gevraagde informatie en stukken ontvangt.

Artikelsgewijs commentaar

INSOLAD heeft geen *inhoudelijk* commentaar bij de onder artikel I letters a tot en met f aangeduide wijzigingen in bestaande wetsartikelen. Deze wijzigingsvoorstellen spreken voor zich. *Insolad wijst wel op twee onvolkomenheden die eenvoudig aan te passen zijn.*

In artikel I onder D dient de genoemde tekst niet te worden toegevoegd aan lid 1 maar aan lid 2 van artikel 215 Fw na de tweede zin. In lid 3 dient in de eerste regel "voorlopige" voor "surseance" te worden toegevoegd.

Artikel 363 [Aanwijzing beoogd curator of beoogd bewindvoerder]

Lid 1

Het wetsvoorstel stelt als voorwaarde voor de aanwijzing van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder dat a) met de aanwijzing het belang van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar is gediend óf b) belangen van maatschappelijke aard, zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers, gebaat zijn bij de aanwijzing.

INSOLAD wijst erop dat de onder b) genoemde maatschappelijke belangen vaak haaks staan op althans zeker niet altijd parallel lopen aan het belang van de gezamenlijke schuldeisers (te weten een zo hoog mogelijke netto-opbrengst). Aangezien de aanwijzing van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder plaatsvindt vooruitlopend of met het oog op een (mogelijke) insolventieprocedure, die naar zijn aard gericht is op de vereffening van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers, meent INSOLAD dat de belangen van laatstgenoemden zouden moeten prevaleren boven belangen van maatschappelijke aard en derhalve hoe dan ook gediend moeten zijn bij de aanwijzing van een beoogd curator. INSOLAD zou zich daarom kunnen voorstellen dat lid 1 sub b) wordt geschrapt en dat tegelijkertijd in de MvT duidelijk wordt gemaakt dat de

¹ De door de rechtbank Rotterdam momenteel gehanteerde uitgebreide vragenlijst (**bijlage**) zou naar de mening van INSOLAD zeer wel als basis voor een uniforme, landelijk geldende vragenlijst kunnen dienen.

rechtbank bij de beoordeling van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator mede belangen van maatschappelijke aard kan betrekken. Met deze wijziging past artikel 363 lid 1 in de optiek van INSOLAD ook beter bij de rest van het wetsvoorstel dat steeds (enkel) het belang van de gezamenlijke schuldeisers centraal stelt.

Lid 2

Met de hierboven voorgestelde schrapping van lid 1 sub b) zou in lid 2 de verwijzing naar sub b) moeten komen te vervallen.

Lid 3

INSOLAD wijst erop dat het verbinden van een termijn aan de aanwijzing van een beoogd curator een prijsdrukkend effect kan hebben, omdat in beginsel binnen die termijn overeenstemming bereikt zal moeten worden over een eventuele (doorstart)transactie. Dit nadeel wordt slechts deels weggenomen door de in lid 3 opgenomen verlengingsmogelijkheid.

INSOLAD kan zich voorstellen dat de rechtbank en de beoogd rechter-commissaris bij de bepaling van de termijn van de aanwijzing en de eventuele verlenging daarvan aansluiting zoeken bij het door de schuldenaar bij zijn verzoek over te leggen plan (zie pagina 17 MvT) en voorts, in het geval van een verlengingsverzoek, de in de visie van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder benodigde additionele termijn. Indien uit voornoemd plan of verlengingsverzoek niet blijkt welke termijn in de visie van de schuldenaar nodig is voor de aanwijzing, ligt het naar het oordeel van INSOLAD op de weg van de rechtbank dan wel beoogd rechter-commissaris om de schuldenaar daarnaar te vragen.

Het is in de visie van INSOLAD essentieel dat de beoogd curator of beoogd bewindvoerder in het kader van een verzoek tot verlenging van de termijn van de aanwijzing wordt gehoord. Hij kan de beoogd rechter-commissaris voorzien van informatie en daarbij – desgevraagd – aangeven of hij verlenging van de aanwijzing zinvol acht, wat de duur van de verlenging zou moeten zijn (zie hierboven) en voorts of daaraan naar zijn oordeel voorwaarden verbonden zouden moeten worden en zo ja welke. De huidige tekst van lid 3 voorziet niet in die mogelijkheid althans benoemt die mogelijkheid niet expliciet. INSOLAD stelt daarom voor om in de eerste zin na de woorden “bedoeld in artikel 367,” in te voegen “nadat hij de beoogd curator gehoord heeft,”.

In de tweede zin dient voor “rechter-commissaris” de term “beoogd” te worden ingevoegd.

Lid 4

Geen opmerkingen.

Lid 5

De tekst van lid 5 suggereert dat de beschikking houdende de afwijzing van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder (in tegenstelling tot een toewijzende beschikking) openbaar wordt gemaakt. INSOLAD acht dat niet wenselijk en stelt voor de tekst van lid

5 op dat punt te wijzigen. Hetzelfde geldt voor de hoger beroepsmogelijkheid. De huidige tekst sluit die mogelijkheid enkel uit voor toewijzende beschikkingen. Uit de tekst van de MvT lijkt te volgen dat het de bedoeling van de wetgever is die mogelijkheid zowel voor toe- als afwijzende beschikkingen uit te sluiten. INSOLAD kan zich in een dergelijke uitsluiting vinden en stelt voor de tekst van lid 5 op dit punt te verduidelijken. INSOLAD stelt in dit kader de volgende tekst voor:

“5. De beschikking op een verzoek als bedoeld in het eerste lid wordt niet openbaar gemaakt en tegen deze beschikking kan geen hoger beroep worden ingesteld.”

Artikel 364 [Ontheffing van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder van zijn taken]

Het wetsvoorstel verbindt aan de aanwijzing van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder geen wijziging in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. De MvT geeft aan dat de beoogd curator geen adviseur is van de onderneming, geen betrekking of bevoegdheden heeft binnen de onderneming en aan de onderneming geen enkele verplichting heeft (met uitzondering van de verplichting tot geheimhouding). Hieruit vloeit voort dat de beoogd curator of beoogd bewindvoerder ook slechts zeer beperkte verantwoordelijkheden kan hebben. INSOLAD onderschrijft dit uitgangspunt en acht het hiermee in lijn dat niet van taken (artt. 364 en 365) en bevoegdheden (art. 365) van de beoogd curator wordt gesproken. Het verdient de voorkeur dat in plaats van ontheffing van taken wordt gesproken van ‘intrekking van de aanwijzing’, zowel in het kopje bij het artikel als in het artikel zelf.

Het eerste lid voorziet in het horen van de beoogd curator voordat hij wordt ontheven van zijn taak (bij voorkeur: de aanwijzing wordt ingetrokken, zie hiervóór). Het ligt in de rede dat ook de schuldenaar wordt gehoord en daar lijkt de MvT ook van uit te gaan (p. 19). INSOLAD stelt daarom voor lid 1 zo aan te passen dat ook de schuldenaar wordt gehoord.

In artikel 364 lid 2 derde regel wordt ter verduidelijking geadviseerd “dat artikel” dat lijkt te verwijzen naar artikel 365 te vervangen door “artikel 363”.

Artikel 365 (Taken en bevoegdheden beoogd curator/beoogd bewindvoerder)

Lid 1

INSOLAD is van mening dat in lid 1 ten onrechte is opgenomen dat de beoogd curator of beoogd bewindvoerder bij zijn handelen “steeds de taak van respectievelijk de curator dan wel de bewindvoerder als uitgangspunt” neemt. Het wetsvoorstel en de MvT bedelen de beoogd curator of beoogd bewindvoerder een wezenlijk andere (beperkttere) rol toe dan die van curator of bewindvoerder. Volgens INSOLAD verdient het de voorkeur in de wettekst aansluiting te zoeken bij het op verschillende plaatsen in de MvT vermelde uitgangspunt dat de beoogd curator of beoogd bewindvoerder zich laat leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. INSOLAD stelt daarom voor de tekst van lid 1 te vervangen door de volgende tekst:

"De beoogd curator of de beoogd bewindvoerder neemt steeds de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar als uitgangspunt."

Lid 2

In lid 2 wordt een niet limitatieve opsomming gegeven van onderwerpen waarover de beoogd curator of beoogd bewindvoerder een verklaring kan geven aan de schuldenaar. Gezien de in het wetsvoorstel besloten liggende beperkte rol en bevoegdheden dient naar het oordeel van INSOLAD de beoogd curator of beoogd bewindvoerder een grote mate van vrijheid te hebben in het bepalen of en zo ja welke verklaringen hij meent te kunnen geven. Lid 2 bepaalt weliswaar dat de beoogd curator of beoogd bewindvoerder deze verklaringen kán geven (en dat dus niet hoeft te doen), maar het in de wet opnemen van deze (voorbeeld)verklaringen scheidt wel verwachtingen. Aan die verwachtingen lijken blijkens de MvT ook verantwoordelijkheden te kleven die naar het oordeel van INSOLAD niet passen bij de functievervulling van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder. INSOLAD is van oordeel dat het doel van deze kaderregeling beter wordt gediend door de beoogd curator of beoogd bewindvoerder de volledige vrijheid te geven om al dan niet door schuldenaar gevraagde verklaringen te geven. INSOLAD stelt daarom voor lid 2 in zijn geheel te schrappen.

Indien lid 2 gehandhaafd zou worden, dient naar het oordeel van INSOLAD de MvT duidelijk naar voren te brengen dat de beoogd curator of beoogd bewindvoerder gezien zijn beperkte bevoegdheden een dergelijke verklaring niet lichtvaardig zal geven. Blijkens het wetsvoorstel en de MvT blijft de schuldenaar immers volledig beheers- en beschikkingsbevoegd, mag de beoogd curator of beoogd bewindvoerder niet handelen zonder de instemming van de schuldenaar en kan de schuldenaar de rechtbank te allen tijde verzoeken de aanwijzing in te trekken. Daarnaast is de beoogd curator of beoogd bewindvoerder blijkens de MvT geen toezichthouder (en ontbeert hij daartoe ook de instrumenten) en blijft de verantwoordelijkheid voor (de voortzetting van) de bedrijfsvoering geheel rusten bij de schuldenaar. Om die reden past terughoudendheid van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder bij het geven van de in lid 2 genoemde verklaringen. Hij zal deze alleen (kunnen) geven indien in zijn visie zeer aannemelijk is dat de beoogde transactie of het (in dat kader) continueren van de bedrijfsvoering (waaronder het aantrekken van een nootkrediet waar blijkens de MvT lid 2 sub a vooral op ziet) het belang dient van de gezamenlijke schuldeisers. *Voorzover lid 2 letter a toch gehandhaafd blijft, stellen wij voor dat in de eerste regel de woorden "specifiek aangeduide" worden tussengevoegd voor "rechtshandelingen".*

De beoogd curator of beoogd bewindvoerder dient daarom ook grote vrijheid te hebben een in lid 2 genoemde verklaring niet te geven. Gezien zijn beperkte bevoegdheden en de mogelijkheid die de schuldenaar heeft om de beoogd curator of beoogd bewindvoerder in te laten trekken, zal aansprakelijkheid voor zijn werkzaamheden zich slechts in zeldzame gevallen kunnen voordoen. De grote vrijheid die de beoogd curator of beoogd bewindvoerder dient te hebben om geen verklaring af te leggen is voorts enerzijds noodzakelijk omdat de beoogd bewindvoerder of beoogd curator

veelal niet over voldoende informatie en overzicht zal kunnen beschikken om zo'n verklaring te kunnen geven en anderzijds veelal weinig bezwaarlijk omdat de schuldenaar bevoegd blijft de voorgenomen rechtshandeling te verrichten.

De MvT gaat er voorts ten onrechte van uit dat de beoogd curator of beoogd bewindvoerder zijn "instemming" aan een transactie zal geven of onthouden. Het verdient de voorkeur hier te spreken van een positieve verklaring.

Insolad kan zich er in vinden dat een eventuele andere opvolgende curator gebonden is aan door de stille bewindvoerder gegeven verklaringen omdat derden aan een dergelijke verklaringen gerechtvaardigde verwachtingen mogen ontlenen en de eisen van het rechtsverkeer met deze zekerheid gediend zijn. Eventuele verwijtbare onjuiste verklaringen welke ten nadele van de boedel strekken en tot schade voor de crediteuren hebben geleid, kunnen dan door de curator zonodig via een aansprakelijkheidsprocedure jegens de voormalige stille bewindvoerder in persoon worden opgelost.

In de MvT wordt aangegeven dat schuldeisers in het faillissement alsnog zouden kunnen opkomen tegen transacties die voor de faillietverklaring met instemming van de beoogd curator zijn verricht of voorbereid. In deze situatie ontstaat tegelijkertijd een tegenstrijdig belang tussen de curator, voorheen beoogd curator enerzijds en anderzijds de crediteuren die op basis van artikel 69 Fw de rechter-commissaris verzoeken de curator te bevelen de eerder akkoord bevonden transacties alsnog te vernietigen. INSOLAD is van oordeel dat in een dergelijke situatie een curator door de rechtbank ontslagen dient te worden indien een rechter-commissaris daadwerkelijk de curator beveelt de voor faillietverklaring verrichte transacties alsnog te vernietigen of dat een curator dient te worden toegevoegd die belast is met het geschil.

In de MvT bij lid 2 sub b wordt veel nadruk gelegd op de transactie en de voorwaarden waaronder deze na faillissementsdatum zal plaatsvinden. Daarbij wordt aangegeven dat de transactie en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt al voor het eventuele faillissement worden vormgegeven om zo min mogelijk waardeverlies te laten optreden. INSOLAD is van oordeel dat het raadzaam is te benadrukken dat een transactie pas na het uitspreken van het faillissement kan worden geëffectueerd indien het de bedoeling is dat niet alle werknemers mee over gaan en geeft in overweging in de MvT op te nemen dat het in verband met het bepaalde in art. 7:662 e.v. BW van belang kan zijn een zorgvuldige afweging te maken bij het verrichten van voorbereidingshandelingen.

Voor een toepassing van lid 2 sub c wordt in de MvT als voorbeeld genoemd de aan de schuldenaar onder eigendomsvoorbehoud geleverde schoenen, die de schoenfabrikant anders onmiddellijk komt terughalen, wat zou leiden tot waardeverlies. Naar het oordeel van INSOLAD is dit geen goed voorbeeld omdat hier de mogelijkheid van een afkoelingsperiode over het hoofd wordt gezien, die in de weg staat aan een onmiddellijke revindicatie door de fabrikant en (mede) ten doel heeft de bedrijfsvoering van de failliet te kunnen continueren.

Lid 3

INSOLAD acht het niet wenselijk om de inlichtingenplicht van de schuldenaar jegens de beoogd curator of beoogd bewindvoerder te beperken tot de onderwerpen als bedoeld in lid 2 (indien gehandhaafd) van dit artikel en dus slechts in de situatie dat de schuldenaar om een verklaring vraagt. Op de schuldenaar zou een inlichtingenplicht op de schuldenaar moeten rusten ter zake van alle onderwerpen die de beoogd curator of beoogd bewindvoerder relevant acht in het kader van de behartiging van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

INSOLAD stelt daarom voor de eerste volzin van lid 3 te wijzigen in:

“De schuldenaar verschafft de beoogd curator of de beoogd bewindvoerder op eerste verzoek alle inlichtingen die hij nodig acht voor het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.”

Artikel 366 [Kosten van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder]

Algemeen

Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat de beoogd curator of beoogd bewindvoerder en de onderneming/schuldenaar volledig vrij zijn in het bepalen van de (hoogte van de) beloning van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder en de kosten van de door hen ingeschakelde derden.

INSOLAD is in de eerste plaats van mening dat ten tijde van de behandeling van het verzoek tot benoeming van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder duidelijk moet zijn dat de verzoeker voldoende (liquide) middelen heeft om de met deze aanwijzing gepaard gaande kosten te voldoen. De rechtbank dient dit ook actief te toetsen. Indien hierover gerede twijfel bestaat, staat dit naar de mening van INSOLAD aan een aanwijzing in de weg en lijkt het uitspreken van het faillissement van de schuldenaar geïndiceerd.

Het wetsvoorstel gaat er ook van uit dat de mogelijkheid bestaat dat deze kosten niet altijd volledig zullen zijn voldaan op het tijdstip van het faillissement van de onderneming, in welk geval deze kosten als algemene faillissementskosten in de zin van art. 182 Fw worden voldaan. In dit laatste geval wordt het salaris van de curator uiteindelijk door de rechtbank vastgesteld met inachtneming van de ter zake geldende Recofa richtlijnen (zie art. 71 lid 1 Fw).

INSOLAD vraagt zich af of het – ter vermindering van discussies achteraf – niet beter zou zijn als de rechtbank (achteraf) ook de hoogte van de vóór de surseance of het faillissement aan de beoogd curator of beoogd bewindvoerder uitbetaalde honorering vaststelt (dan wel bij rechterlijke beslissing bekrachtigt).

Lid 1 en lid 2

In dit lid wordt gesproken over "salaris" van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder. Ten aanzien van de bewindvoerder in een (voorlopig verleende) surseance van betaling spreekt de Faillissementswet thans over "loon" (zie art. 250 lid 1 Fw).

Mede omdat de honorering eventueel met toepassing van art. 366 lid 3 door de rechtbank zou kunnen plaatsvinden (en dan dus sprake is van "loon"), geeft INSOLAD in overweging om de woorden "het salaris" in lid 1 en lid 2 te vervangen door "de kosten" als meer neutraal begrip. In lid 3 zouden dan de woorden "het salaris van de beoogd curator en" kunnen vervallen.

Lid 3

Dit lid biedt volgens de MvT een "oplossing" voor het geval "de schuldenaar niet in staat is de kosten van de beoogd curator of door hem ingeschakelde derden te voldoen of daarvoor zekerheid te stellen". De oplossing wordt gezocht in het feit dat de tijde van de faillietverklaring nog niet betaalde kosten als algemene faillissementskosten (boedelkosten) worden voldaan.

INSOLAD is van mening dat in een geval waarin de schuldenaar niet in staat is de kosten van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder of door hem ingeschakelde derden te voldoen of daarvoor zekerheid te stellen een aanwijzing van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder niet aan de orde kan zijn. In dat geval is de financiële situatie van de schuldenaar kennelijk zodanig ernstig dat geen belanghebbende te vinden is die voor de kosten wil instaan, zodat liquidatie in faillissement geïndiceerd is. De rechtbank dient dit punt bij de beoordeling van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder ook strikt te toetsen.

De kwalificatie van de ten tijde van het faillissement nog niet betaalde kosten van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder als "algemene faillissementskosten" (en daarmee als boedelschulden) is ook overigens geen oplossing voor het hier gesignaleerde probleem. Het is een feit van algemene bekendheid dat in veel faillissementen – ondanks de hoge voorrang van het salaris van de curator – niet voldoende middelen beschikbaar zijn om het salaris van de curator (volledig) te voldoen (de bekende "lege boedel"-problematiek). Het artikellid bevat in die zin dus slechts een schijnoplossing.

Aanvullende opmerkingen

Het wetsvoorstel voorziet niet in de situatie van een samenloop tussen een externe faillissementsaanvraag en een (verzoek tot) aanwijzing van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder. Tijdens de periode van aanwijzing van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder kan een schuldeiser het faillissement van de schuldenaar aanvragen. Het is de vraag of daarmee de aanwijzing moet kunnen worden doorkruist. Naar het oordeel van INSOLAD dient, mede gezien de als uitgangpunt korte periode van de aanwijzing, de behandeling van een faillissementsaanvraag te worden aangehouden tot de termijn van de aanwijzing is verstreken. Een tweede vraag is of nadat een externe faillissementsaanvraag is ingediend een aanwijzing van een

beoogd curator of beoogd bewindvoerder nog mogelijk is. INSOLAD is van oordeel dat een dergelijk verzoek ontvankelijk zou moeten zijn en bij toewijzing leidt tot aanhouding van de faillissementsaanvraag. Een dergelijk verzoek kan uiteraard niet uitsluitend dienen om het faillissement af te wenden of uit te stellen, zodat het extra kritisch zal moeten worden beschouwd. Beide situaties hebben overigens tot gevolg dat in ieder geval de aanvrager van het faillissement op de hoogte zal komen van (het verzoek tot) de aanwijzing van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder, maar naar het oordeel van INSOLAD weegt dit bezwaar niet op tegen het alternatief dat een (voortdurende) aanwijzing als gevolg van een faillissementsaanvraag niet langer tot de mogelijkheden zou behoren.

[(Het verzoek tot) aanwijzing van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder zal niet volledig 'stil' blijven en doorgaans snel bekend worden bij de belangrijkste schuldeisers van de schuldenaar, zoals de huisbankier. Niettemin kan het van belang zijn dat de schuldenaar niet verplicht is de opening van de procedure aan specifieke schuldeisers te melden. Wil de aanwijzing het beoogde effect kunnen sorteren, zal bekendheid met (het verzoek tot) de aanwijzing bovendien niet mogen leiden tot beëindiging door schuldeisers van overeenkomsten gesloten met de schuldenaar of het gebruik maken van opschortingsrechten. Insolad stelt daarom voor aan de regeling een artikel toe te voegen, luidende als volgt:

Artikel 368

1. Bedingen die de schuldenaar verplichten informatie te verstrekken over een verzoek als bedoeld in artikel 363 lid 1 of over de aanwijzing van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder als bedoeld in die bepaling zijn nietig.
2. Bedingen die beëindiging of wijziging van een overeenkomst behelzen wegens indiening van een verzoek als bedoeld in artikel 363 lid 1 of wegens de aanwijzing van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder als bedoeld in die bepaling of die in zodanig geval voorzien in een opzeggingsbevoegdheid voor de wederpartij van de schuldenaar zijn nietig. Mogelijk zal de herziene Europese Insolventieverordening voorzien in erkenning van procedures als de onderhavige. Voorts is bekend dat een Europese richtlijn in voorbereiding is die voorziet in vertrouwelijke insolventieprocedures, waartoe ook de onderhavige zou kunnen behoren. Mogelijk zal de regeling aangepast moeten worden om aan de eisen van die richtlijn te voldoen.

29 januari 2014

**ADVIESCOMMISSIE INSOLVENTIERECHT NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN
MET BETREKKING TOT AMBTELIJK VOORONTWERP WETVOORSTEL
CONTINUÏTEIT ONDERNEMINGEN I (“PRE-PACK”)**

De adviescommissie heeft met belangstelling kennis genomen van het in de aanhef genoemde voorontwerp (het “voorontwerp”). Het voorontwerp beoogt een wettelijke basis te geven aan de praktijk waarbij verschillende rechtbanken een beoogd curator aanwijzen die in een voortraject naar een faillissement toe betrokken wordt bij de onderneming van de schuldenaar met de bedoeling om een doorstart in faillissement te faciliteren (de “pre-pack”).

In dit advies wordt eerst (hoofdstukken 1 - 8) ingegaan op de algemene aspecten van het voorontwerp en de daarop gegeven toelichting in de ontwerp Memorie van Toelichting (de “MvT”), waarna artikelsgewijs commentaar wordt gegeven (hoofdstuk 9).

Samengevat meent de adviescommissie dat (i) enerzijds niet blijkt van een lacune in de wetgeving die in de praktijk tot grote bezwaren heeft geleid en thans door wetgeving moet worden gedicht en dat (ii) anderzijds het voorontwerp een aantal belangrijke (rechts-)onzekerheden oproept en onvoldoende bescherming biedt tegen misbruik. De adviescommissie ontraadt om die redenen het voorontwerp. Voor het geval dat toch wordt overwogen om de pre-pack wettelijk te regelen, doet de adviescommissie enkele aanbevelingen.

1. Aanleiding en doel van het voorontwerp

- 1.1 De ontwerp MvT spreekt in de inleiding over de “goede ervaringen” bij “proeven in de praktijk” met de pre-pack waar het voorontwerp op ziet. Deze stelling wordt niet uitgewerkt en niet gestaafd aan de hand van enige identificatie en evaluatie van deze “proeven in de praktijk”.
- 1.2 In de pers en literatuur wordt de pre-pack praktijk juist zeer kritisch benaderd, en eigenlijk alleen vanuit een kleine groep belanghebbenden gepromoot. Op de kritiek en de wijze waarop het voorontwerp met die kritiek is omgegaan wordt hierna nog ingegaan.
- 1.3 Het voorontwerp dient ertoe om een wettelijke grondslag te bieden voor de benoeming van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris. Daarmee beoogt de minister enerzijds “*de gestructureerde en doelmatige afwikkeling van faillissementen te faciliteren*” (doel 1) en anderzijds om “- *waar dit mogelijk blijkt - de doorstart van op zichzelf levensvatbare gedeelten van de onderneming na faillissement te bespoedigen door de onderneming in staat te stellen daartoe al voorafgaand aan het moment van faillietverklaring de benodigde voorbereidingen te treffen en deze af te stemmen met de beoogd curator*” (doel 2).
- 1.4 In de MvT ontbreekt een toelichting om welke redenen het in de huidige faillissementspraktijk aan structuur ontbreekt, en welke voor verbetering vatbare consequenties dat heeft. Evenmin wordt toegelicht of met het voorontwerp die verbeteringen worden gerealiseerd. Verder maakt de MvT niet duidelijk welke ervaringsgegevens zouden duiden op een gebrek aan doelmatigheid dat met de voorgestelde wijzigingen zou worden geredresseerd.
- 1.5 Het ontbreken van empirisch en juridisch onderzoek maakt dat enige kenbare legitimatie voor het voorontwerp ontbreekt.

2. Huidige praktijk

- 2.1 In de huidige faillissementspraktijk worden levensvatbare gedeelten van de onderneming, en soms de gehele onderneming, na faillissement veelal door de curator aan (markt)partijen die zich daarvoor aandienen door middel van een activa-transactie verkocht. In het geval deze “doorstart” reeds voor het faillissement is voorbereid is de bij de faillietverklaring aangestelde curator in beginsel niet bij die voorbereiding betrokken geweest. Een dergelijke betrokkenheid kan voordelen hebben maar heeft ook nadelen.
- 2.2 Een voordeel van een betrokkenheid van de later aangestelde (“beoogd”) curator bij de voorbereiding van een “doorstart” kan zijn dat de curator meer tijd heeft om zich over die “doorstart” een oordeel te vormen en wellicht daar ook meer invloed op kan uitoefenen. Aldus is het mogelijk een “doorstart” sneller na het uitspreken van het faillissement te realiseren zodat het door te starten bedrijf(sgedeelte) zo min mogelijk schade en hinder van het faillissement ondervindt. Ook zou een “doorstart” door een betere voorbereiding daarvan en de eerdere betrokkenheid van de (beoogd) curator tegen betere condities kunnen plaatsvinden. Aldus – kort samengevat – de MvT.
- 2.3 Naar die schade en hinder heeft echter geen empirisch onderzoek plaatsgevonden. De indruk is dat het met die schade en hinder wel meevalt en dat bedrijven of gedeelten daarvan die levensvatbaar zijn ook in de huidige faillissementspraktijk door middel van een “doorstart” kunnen worden voortgezet. Ook voor de gedachte dat een eerdere betrokkenheid van de (beoogd) curator tot betere condities leidt bestaat geen enkel bewijs. Het is zeer de vraag of een beoogd curator die voor de af te wegen informatie grotendeels afhankelijk is van de schuldenaar en de beoogde overnemer, en geen reële mogelijkheid heeft zelf andere potentiële overnemers uit te nodigen een bod uit te brengen, wel in staat zal zijn de gewenste invloed op de “doorstart” uit te oefenen. Veeleer moet worden gevreesd dat hij door zijn betrokkenheid bij een door de schuldenaar gewenste transactie daaraan gecommitteerd raakt, en dat andere gegadigden die mogelijk bereid waren betere condities te bieden geen kans meer maken.
- 2.4 De eerdere betrokkenheid van de (beoogd) curator heeft ook andere nadelen. Een faillissement gevolgd door een “doorstart” van het failliete bedrijf wordt door schuldeisers, contractspartijen (zoals verhuurders, leveranciers, afnemers) en werknemers ervaren als ontneming van hun rechten. Schuldeisers zonder zekerheidsrechten zullen in veruit de meeste gevallen niets uit het faillissement ontvangen. Het komt er op neer dat zij hun vordering verliezen. Contractspartijen verliezen hun wederpartij en werknemers hun baan zonder een behoorlijke afvloeiingsregeling. Dit alles terwijl het bedrijf (of een deel ervan) wel wordt voortgezet, vaak met dezelfde aandeelhouders en onder leiding van dezelfde directie.
- 2.5 Een dergelijke ontneming zou in de regeling van het voorontwerp in stilte (“achterkamertjes”) worden voorbereid en (zeer) kort na het uitspreken van het vaak bij verrassing uitgesproken faillissement worden gerealiseerd. Het beeld dat de bedoelde schuldeisers, contractspartijen en werknemers van een onder de voorgestelde regeling gerealiseerde “doorstart” zullen hebben is dat zij “overnight” in een door hun schuldenaar/contractspartij/werkgever en de (beoogd) curator “bekokstoofde” opzet van al hun rechten zijn beroofd. De vraag is daarom of de voorgestelde regeling wel voldoende maatschappelijk draagvlak zal hebben.
- 2.6 Ook in de huidige praktijk verliezen bedoelde partijen hun rechten maar dat gebeurt in een proces dat in beginsel open en openlijk is. Het is open doordat meer partijen een reële kans maken om het bedrijf van de schuldenaar over te nemen en het bedrijf

daarbij in beginsel naar de beste bieder zal gaan. Het is openlijk omdat het faillissement openbaar is. Niet alleen kan iedere betrokkene een eigen inschatting maken van wat de consequenties van het faillissement voor hem of haar zullen zijn, maar ook kan hij of zij invloed trachten uit te oefenen op de wijze van afwikkeling ervan.

- 2.7 Tot slot moet nog worden gewezen op het gevaar van misbruik. Een faillissement is niet iets wat een partij alleen maar overkomt. Vaak is het ook een bewuste keuze. Een bedrijf wordt meestal door een vennootschap gevoerd en wordt door de aandeelhouders daarvan en andere geldschieters gefinancierd. In het geval het bedrijf zijn schulden of werknemersbestand wil saneren kan het dat doen door zijn schuldeisers en werknemers een regeling aan te bieden. Een dergelijke regeling kost echter geld. Een alternatief voor de financiers zou kunnen zijn de vennootschap die het bedrijf voert in staat van faillissement te laten verklaren en vervolgens het bedrijf in dat faillissement zonder schulden en zonder verplichtingen jegens werknemers over te nemen. In dat geval kunnen de kosten van een schuldsanering en van een afvloeiingsregeling voor het personeel worden bespaard.
- 2.8 Een dergelijk misbruik is moeilijk tegen te gaan. Dat geldt ook onder de voorgestelde regeling. Het is niet moeilijk om voor de (beoogd) curator de (uiteindelijke) financiers van de overnemende partij en de motieven daarvan verborgen te houden. De voorgestelde regeling maakt een dergelijk misbruik juist nog gemakkelijker en aantrekkelijker. De schuldenaar heeft immers in het voortraject de regie, en de betrokkenheid van de (beoogd) curator bij dat voortraject maakt dat een snelle "doorstart" zonder (reële) competitie van derden kan plaatsvinden.
- 2.9 Op bovenstaande bezwaren zal in de volgende onderdelen van het advies nog worden teruggekomen.

3. **Reikwijdte van de regeling**

- 3.1 Het voorontwerp heeft - als gezegd - een beperkte reikwijdte. De voorgestelde regeling betreft niet de invoering van een nieuw of aanvullend insolventieregime, maar leidt er - slechts - toe dat in de Faillissementswet een uitdrukkelijke grondslag wordt geboden om een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris al bij *"een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming te betrekken voordat sprake is van een faillissement"*.
- 3.2 Het tweeledige doel van de regeling wordt als volgt beschreven:
- (A) de aanwijzing van een beoogd curator heeft ten doel om de gestructureerde en doelmatige afwikkeling van faillissementen te faciliteren.
 - (B) Anderzijds is zij erop gericht om – waar dit mogelijk blijkt – de doorstart van op zichzelf levensvatbare gedeelten van de onderneming na faillissement te bespoedigen door de onderneming in staat te stellen daartoe al voorafgaand aan het moment van faillietverklaring de benodigde voorbereidingen te treffen en deze af te stemmen met de beoogd curator. Daarbij gaat het vooral om de voorbereiding van een activatransactie uit faillissement waarbij de levensvatbare bedrijfsonderdelen ten behoeve van de doorstart worden verkocht aan een derde.
- 3.3 Dit klinkt helder, maar bij verdere lezing van de MvT en van het voorontwerp blijkt dat de voorgestelde regeling op twee gedachten hinkt. Vanuit de geformuleerde reikwijdte en doelen die met het voorontwerp beoogd worden, gaat het er om op zich

zelf beschouwd levensvatbare onderdelen van ondernemingen door middel van een goed – in stilte – voorbereide activatransactie te redden uit de handen van een zo goed als failliete ondernemer.

- 3.4 Maar uit het voorontwerp blijkt dat het niet alleen dient om een beoogd curator voor een uit te spreken faillissement op voorhand aan te wijzen, maar ook dient om een beoogd bewindvoerder te benoemen voor een nog te verlenen (voorlopige) surseance van betaling. Een surseance van betaling is een schuldsanerings- en reorganisatieprocedure die juist beoogt om de ondernemer in staat te stellen zijn onderneming te saneren en te continueren. De wetgever ziet volgens de MvT ook een actieve rol voor de beoogd curator (beoogde bewindvoerder) als schuldbemiddelaar.
- 3.5 Het gaat dus niet alleen maar om de voorbereiding van doorstarts door middel van activatransacties te verbeteren, maar ook om een stille bewindvoering mogelijk te maken die niet eindigt in een faillissement. Nergens in het voorontwerp wordt de stille bewindvoering verder uitgewerkt, en die wordt ook niet gelegitimeerd door de gememoreerde "goede ervaringen" en evenmin door de wél geformuleerde doelstellingen. Het is ook onduidelijk wat de taak van een beoogd bewindvoerder zijn, en waarin die verschillen van die van de beoogd curator. Die hierna te bespreken - uiterst beperkte maar wezenlijke - in artikel 365 genoemde bevoegdheden van de bewindvoerder en curator zijn het zelfde en alle relevant in faillissement.

4. **Effectiviteit en misbruikgevoeligheid**

- 4.1 Volgens de MvT beoogt de regeling het waardeverlies dat veelal optreedt doordat de onderneming na de faillietverklaring te maken krijgt met negatieve publiciteit en daardoor in een ongecontroleerd proces terecht komt, zoveel mogelijk te beperken. Zo wordt bewerkstelligd dat ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement een zo hoog mogelijke opbrengst kan worden gerealiseerd. Daarnaast leidt de doorstart ertoe dat de in de onderneming aanwezige werkgelegenheid ten behoeve van het daarin werkzame personeel zoveel mogelijk behouden blijft. Aldus de MvT.
- 4.2 Het is niet aannemelijk dat met het huidige voorontwerp deze doelen worden bereikt. Het voorontwerp leidt er toe dat een doorstart in faillissement geheel en al in stilte wordt voorbereid. Uit publicaties over praktijkvoorbeelden blijkt dat de beoogd curator in feite gevraagd wordt om een door de schuldenaar voorbereide doorstart te beoordelen.
- 4.3 In het geval waarin de schuldenaar in financiële nood verkeert, wordt zijn onderneming gedreven voor rekening en risico van de schuldeisers. Het zijn de schuldeisers die het grootste belang hebben bij de maximalisatie van de waarde van de onderneming, maar die schuldeisers worden door het voorontwerp feitelijk buitenspel gezet.
- 4.4 Het is de falende schuldenaar die in feite de regie krijgt over de verkoop van het bedrijf. Daar komt nog bij dat in de meeste pre-packs juist het bestuur en/of de financiers van de schuldenaar aan de kant van de koper betrokken zullen zijn. Het belang van de schuldeisers blijft dan geheel buiten beeld. De betrokkenheid van de beoogd curator lost dit probleem niet op. De beoogd curator is immers voor de door hem af te wegen informatie grotendeels afhankelijk is van de schuldenaar en de beoogde overnemer. Op dit bezwaar is in de literatuur meermalen gewezen.

- 4.5 In de overgrote meerderheid van de gevallen zijn de over te dragen activa voor een belangrijk deel belast met zakelijke zekerheidsrechten of in eigendom van een derde. Pand- en hypotheekhouders, verhuurders en eigendom voorbehoudende schuldeisers (de "zekerheids schuldeisers") kunnen in beginsel hun rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is. Het is om die reden onvermijdelijk dat deze zekerheids schuldeisers betrokken worden bij de voorbereidingen van een doorstart. Wanneer een schuldenaar in financiële nood verkeert is de zekerheids schuldeiser (meestal een bank) onvermijdelijk nauw betrokken bij een activatransactie.
- 4.6 Dit doet af aan de legitimatie van het voorontwerp (stilte als voorwaarde voor continuïteit en waardebehoud). Daar komt nog bij dat het belang van deze zekerheids schuldeisers anders is dan dat van de schuldeisers zonder zekerheidsrecht. Het belang van de zekerheids schuldeisers is vanzelfsprekend vooral dat de waarde van hun zekerheden of eigendommen wordt gemaximaliseerd en gerealiseerd, zodat zij zelf zoveel en zo snel mogelijk zullen worden voldaan. Het is om deze redenen onaannemelijk dat met het voorontwerp de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden gediend.
- 4.7 Hierboven werd al gewezen op het gevaar dat de schuldenaar een "doorstart" van de onderneming in faillissement misbruikt als een middel om relatief goedkoop van te dure duurovereenkomsten af te komen¹. Te denken valt daarbij vooral aan arbeidsovereenkomsten en huurovereenkomsten. In die gevallen staat het belang van de schuldenaar (die vaak een relatie met de koper heeft) voorop en kunnen de rechten van de gezamenlijke schuldeisers en in ieder geval van werknemers en (bijvoorbeeld) verhuurders ernstig worden geschonden.
- 4.8 Daar waar het voorontwerp beoogt om de schuldenaar in exclusiviteit, maar met betrokkenheid van een beoogd curator, een doorstart voor te bereiden, wordt de kat op het spek gebonden.
- 4.9 Het voorontwerp kent twee voorzieningen om misbruik door de schuldenaar (en de koper) tegen te gaan. De eerste is de aanwijzing van een beoogd curator wiens taak het is om te waken voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.
- 4.10 De taak van een beoogd bewindvoerder is een andere, en het is niet duidelijk of diens taak eigenlijk hetzelfde inhoudt in de pre-pack-fase als die van de beoogd curator.
- 4.11 De andere voorziening is dat de schuldenaar bij het verzoek aan de rechtbank aannemelijk moet maken dat het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers is gediend, of belangen van maatschappelijke aard - zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers - gebaat zijn (vgl. artikel 363 lid 1).
- 4.12 Ten aanzien van de eerstgenoemde voorziening: de beoogd curator zal niet in staat zijn om op adequate wijze het belang van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. De beoogd curator heeft geen enkele bevoegdheid en kan informatie niet afdwingen van de schuldenaar. Omdat de beoogd curator een "stille curator" is, kan hij de schuldeisers niet om informatie of om hun mening vragen - daartoe is hij ook niet bevoegd. Andersom kunnen de schuldeisers ook geen vragen stellen of aanwijzingen geven aan de beoogd curator om hun belangen adequaat te doen

¹ Zie een praktisch overzichtsartikel: H. Biesheuvel, "Misbruik van eigen faillissementsaanvraag vanuit arbeidsrechtelijk perspectief", in Tijdschrift voor Financiering Zekerheden en Insolventierechtpraktijk 2010, nr. 4, p. 114 e.v.

behartigen. In de praktijk spelen de schuldeisers vaak een belangrijke positieve rol in het verkoopproces van een insolvente onderneming. Zij kennen de markt waarin de schuldenaar opereert doorgaans als de beste en kennen dus ook andere marktpartijen die interesse hebben om de onderneming van de schuldenaar over te nemen.

- 4.13 Juist ook omdat elke marktwerking door het stille karakter van de aanwijzing wordt uitgesloten, zal het verkoopresultaat niet door een gezonde werking van vraag en aanbod tot stand kunnen komen. Dat zal in de regel niet in het belang van de schuldeisers zijn.
- 4.14 Er bestaat een reëel risico dat de beoogd curator zo nauw betrokken raakt bij de door de schuldenaar en/of de zekerheidsschuldeiser voorbereide doorstart, dat hij zijn onafhankelijkheid verliest, en daardoor zijn zegen geeft aan een transactie die niet het best haalbare resultaat voor de gezamenlijke schuldeisers en werkgelegenheid biedt. In de literatuur en in de praktijk is al op dit risico gewezen.
- 4.15 De beoogd curator heeft geen formele bevoegdheden en het zal sterk van de persoon van de betrokkene afhangen hoe hij zijn rol invult. In feite is de beoogd curator een adviseur van de schuldenaar, die - na daartoe door de schuldenaar via de rechtbank te zijn uitgenodigd - zijn zienswijze geeft over de voorgenomen doorstart en de aspecten die daarbij in aanmerking moeten worden genomen.
- 4.16 Als de opvattingen van de beoogd curator de schuldenaar (en/of de betrokken zekerheidsschuldeiser) niet bevallen, dan wordt de beoogd curator zonder meer letterlijk en figuurlijk buiten de deur gezet. De beoogd curator heeft geen enkele bevoegdheid om te verlangen dat hij weer toegang krijgt tot de onderneming van de schuldenaar en tot het verkoopproces. Dat kan er toe leiden dat de beoogd curator vraagt om van zijn taak ontheven te worden. Het eerste geschil is dan geboren. En in dat geval zal de schuldenaar - of de betrokken zekerheidsschuldeiser - met grote kans van slagen later bij de rechtbank kunnen betogen dat de (voormalige) beoogd curator niet als curator benoembaar is, omdat hij niet geacht kan worden onafhankelijk te zijn. Ook de benoeming van de beoogd rechter-commissaris als "echte" rechter-commissaris zal om die reden kunnen worden geblokkeerd.
- 4.17 Wat betreft de tweede voorziening tegen misbruik: het verzoek aan de rechtbank kan niet op tegenspraak worden behandeld. De rechtbank is bij haar toetsing of de aanstelling van een beoogd curator in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers of niet, en/of in een of meer belangen van maatschappelijke aard, daardoor geheel afhankelijk van de informatie die de schuldenaar verstrekt.
- 4.18 Dat veronderstelt dat de schuldenaar een grondige en evenwichtige analyse heeft gemaakt van de verschillende scenario's - en daar zal het doorgaans aan ontbreken. Wanneer dergelijke voorbereidingen zijn getroffen lijkt het aannemelijk dat de schuldenaar met die analyse in staat is om zijn schuldeisers, of de curator in een uit te spreken faillissement, zonder meer tot medewerking aan het beste plan te bewegen - en dan is een beoogd curator niet nodig.
- 4.19 Volgens het voorontwerp kan de schuldenaar ook worden ontvangen in zijn verzoek indien hij aannemelijk maakt dat met de aanwijzing van een beoogd curator belangen van maatschappelijke aard – zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers – hiermee gebaat zijn.

- 4.20 Een faillissement is in de heersende opvatting een instrument om de activa van een schuldenaar te liquideren en te verdelen onder de schuldeisers. De curator dient bij het boedelbeheer rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard. Dat betekent niet dat de curator de belangen van de schuldeisers zonder meer moet of mag laten wijken voor die andere belangen. Dat zal pas geoorloofd zijn in situaties waarin na onderzoek door de curator blijkt dat het laten prevaleren van het belang van de gezamenlijke schuldeisers tot evident onredelijke of onaanvaardbare uitkomsten leidt voor de andere belangen die met het faillissement gemoeid zijn. Ook zullen de belangen van schuldeisers moeten wijken in het geval en voor zover de openbare orde of de veiligheid acuut in gevaar dreigen te komen. Daarbij kan worden gedacht aan de continuïteit van belangrijke nutsvoorzieningen, ziekenzorg en verpleging, en het voorkomen van ongelukken in bedrijven met risicovolle bedrijfsprocessen.
- 4.21 Wanneer het gaat om het belang van de werkgelegenheid, is het niet duidelijk waarom de werkgelegenheid van werknemers van de onderneming van de insolvente schuldenaar zwaarder zou moeten wegen dan bijvoorbeeld de werkgelegenheid van werknemers van met de schuldenaar concurrerende ondernemingen.

5. Overgang van een onderneming en arbeidsovereenkomsten

- 5.1 De overdracht van een onderneming in faillissement is als "koude" doorstart van de onderneming in zwang is geraakt in het eind van de jaren '80 van de vorige eeuw. Het EHvJ besliste in 1985 dat (behoudens een "opt-in" door Lidstaten) de Richtlijn EG 77/187 niet van toepassing was bij faillissementen². Daarop heeft de Hoge Raad in 1987 beslist dat het oude artikel 1639aa BW niet van toepassing was in faillissement³. Hiermee werd de deur opengezet naar de "koude" doorstart. Een "koude" doorstart is een vóór het faillissement door de schuldenaar (en zekerheidsschuldeisers) voorbereide activatransactie waarbij zo spoedig mogelijk ná het uitspreken van het faillissement de curator de arbeidsovereenkomsten - zonder schadeloosstelling - beëindigt en de onderneming aan een in het voortraject geselecteerde gegadigde (net als bij de "pre-pack" vaak een nieuwe entiteit waarin de (aandeelhouder van de) schuldenaar mede participeert) verkoopt en overdraagt. De koper biedt vrijwel tegelijkertijd aan een selectie uit de door de curator ontslagen werknemers nieuwe arbeidsovereenkomsten aan.
- 5.2 Het is tegen die achtergrond dat het faillissement steeds meer wordt gebruikt om noodlijdende ondernemingen snel, eenvoudig en tegen lage kosten, te "bevrijden" van de lasten van een teveel aan personeel en van een onevenwichtige of ongezonde samenstelling van de personeelspopulatie. Deze praktijk stuitte op bezwaren, omdat misbruik werd gevreesd en gesignaleerd. Van misbruik is sprake wanneer - kort samengevat - de (aandeelhouder van de) schuldenaar wel alternatieven heeft om zijn onderneming te reorganiseren, maar een bedrijfsmatige keuze maakt om het faillissement hoofdzakelijk te gebruiken om zijn personeelsbestand te saneren zonder afvloeiingskosten te betalen. In verband daarmee is in 2002 een antimisbruik bepaling in de wet opgenomen (artikel 13a Fw)⁴

² EHvJ 7 februari 1985, NJ 1985/900 (Abels). De richtlijn is meerdere keren aangepast en nu van kracht als Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. Deze richtlijn en haar voorgangers (waaronder Richtlijn 98/50/EG) duid ik aan als de "Richtlijn".

³ HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191. Inmiddels is in artikel 7:666 BW gecodificeerd dat de artikelen 7:662 e.v. BW niet van toepassing zijn bij de overgang van een onderneming in faillissement.

⁴ Zie voor een overzicht van opvattingen en literatuur en rechtspraak: A.J.C. Theunissen, "De overgang van insolvente ondernemingen - Rechten van werknemers en misbruik van faillissementsrecht", Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2010/4, p. 152 e.v. Artikel 5 van Richtlijn 98/50/EG verplichtte de

die overigens in de praktijk niet effectief blijkt te zijn.

- 5.3 De vraag is of de Richtlijn buiten toepassing blijft bij een doorstart die is voorbereid op de wijze als in het voorontwerp is voorzien. Een overgang van een onderneming in het kader van een *“faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie”*⁵ is uitgezonderd van toepassing van de Richtlijn. Onder “overgang van een onderneming” wordt verstaan *“de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt”* (artikel 1.1 onder b Richtlijn). In artikel 6:662 BW wordt onder de overgang van een onderneming verstaan *“de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of splitsing van een economische eenheid die haar identiteit behoudt”*.
- 5.4 In het voorontwerp is voorzien dat de beoogd curator een bindende verklaring zal kunnen afleggen waarin hij verklaart onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat hij na de faillietverklaring de onderneming zal vervreemden op voet van artikel 101 Fw. Een dergelijke verklaring is - ook volgens de MvT - niet anders te duiden dan als een verklaring dat de curator de onderneming verkoopt op de bedongen voorwaarden behoudens interventie van buitenaf. De overeenkomst waarbij de onderneming van de schuldenaar wordt verkocht komt aldus materieel tot stand vóór het faillissement. Na het openen van het faillissement rest nog slechts het “tekenen bij het kruisje” door de curator. De rechter-commissaris heeft naar moet worden aangenomen zijn toestemming al vóór het faillissement gegeven, en deze goedkeuring wordt na het faillissement nog slechts geformaliseerd. Met deze gang van zaken wordt het formele toezicht tijdens het eigenlijke faillissement voor wat betreft de verkoop en overdracht van de onderneming vrijwel geheel uitgehold. Het is denkbaar en goed verdedigbaar dat, wanneer het zwaartepunt van en het toezicht op de transactie zozeer vóór het faillissement is gelegen als bij de “pre-pack” het geval is, de rechter tot de conclusie komt dat in dat geval de Richtlijn wel degelijk van toepassing is⁶. In de literatuur is er voorts voor gewaarschuwd dat ook het nadrukkelijke continuïteitsstreven dat bij de pre-pack voorop staat tot gevolg kan hebben dat de Richtlijn van toepassing is⁷. Die waarschuwing is terecht, en al helemaal wanneer de continuïteit van de aan de doorstartende onderneming verbonden werkgelegenheid als belang is aangevoerd bij het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator.
- 5.5 Zo beschouwd roept het voorontwerp op dit punt onzekerheid op, welke onzekerheid een sterk belemmerende factor zal zijn. Kopers zullen zeker willen weten of zij wel of geen personeel van rechtswege in dienst krijgen c.q. of zij wel of niet hoofdelijk aansprakelijk worden voor de door de schuldenaar onbetaald gelaten schulden aan het personeel. Krijgen zij die zekerheid niet, dan zal ofwel in het geheel geen doorstart plaatsvinden ofwel een doorstart tegen een prijs waarin deze onzekerheid is verdisconteerd.
- 5.6 Ook het personeel wordt met een onzekere situatie geconfronteerd. Indien het personeel aanspraak maakt op de Loongarantieregeling zal het geconfronteerd kunnen worden met het antwoord dat het zijn geld moet halen bij de koper van de

Lidstaten tot het opnemen van antimisbruik wetgeving. Zie ook heet hierboven genoemde artikel van H. Biesheuvel.

⁵ Artikel 5 lid 1 van de aangepaste Richtlijn 2001/23.

⁶ In zijn arrest van 30 oktober 1987, NJ 1988/191 lijkt de Hoge Raad de door de rechtbank gehanteerde “zwaartepunt-benadering” te onderschrijven (r.o. 3.2).

⁷ Zie J. van der Pijl, a.w. p.5 en ook in “Wat behelst de positie van de werknemer bij een doorstart?”. Advocatenblad 2013/49.

onderneming.

6. Rechtsbescherming

- 6.1 In de MvT wordt opgemerkt dat de schuldeisers de bevoegdheid hebben om bezwaar tegen de doorstart te maken op grond van artikel 69 Fw. Volgt daaruit dat de weg van het derdenverzet tegen het faillissement (artikel 10 Fw) is uitgesloten?
- 6.2 De rechtbank dient op een aangifte of aanvraag tot een faillissement ambtshalve te onderzoeken of zij rechtsmacht heeft ten aanzien van de schuldenaar die aangifte van zijn faillissement doet. In het voorstel tot aanpassing van de Europese Insolventie Verordening ("EIV")⁸ is deze regel uitdrukkelijk opgenomen⁹. Ook dient zij ambtshalve vast te stellen of daadwerkelijk een faillissementstoestand bestaat. Wanneer de rechtbank op het enkele verzoek van de schuldenaar een beoogd curator aanwijst heeft zij op deze beoordeling in feite al een voorschot genomen⁹. Dit voorschot op die beoordeling kan de schijn wekken dat de rechtbank een verzet gebaseerd op het ontbreken van rechtsmacht of van een faillissementstoestand niet meer zonder vooringenomenheid kan behandelen.
- 6.3 Het faillissement behelst een verregaande ingreep in en beperking van de bevoegdheden en eigendomsrechten van de schuldenaar en van zijn schuldeisers, die een wettelijke basis móet hebben die een behoorlijke bescherming biedt aan de getroffen partijen. Aan de schuldeisers en aan andere belanghebbenden dient een behoorlijk gewaarborgde behoorlijke procesgang open te staan die voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM. Het is voor twijfel vatbaar of het voorontwerp aan die eis voldoet. Daarmee bestaat een risico, dat het faillissement dat is vooraf gegaan door de aanwijzing van een beoogd curator en met een door deze voorbereide doorstart niet erkend wordt in andere EU lidstaten (of daarbuiten) omdat het tot stand is gekomen op een wijze die strijdt met de openbare orde.

7. Rechtsonzekerheid

- 7.1 Uit het vorengaande volgt, dat het voorontwerp enkele belangrijke onzekerheden oproept ten aanzien van de rechtspositie van werknemers, de rechtsbescherming en de erkenning buiten Nederland. Het voorontwerp zal naar het zich laat aanzien een voedingsbodem zijn voor talrijke geschillen.
- 7.2 Ook de rechtspositie van de beoogd curator is onzeker. Volgens de MvT is het mogelijk dat een beoogd curator aansprakelijk wordt gehouden door schuldeisers die krediet verlenen aan de schuldenaar in de periode dat een beoogd curator is aangesteld, en waarin de schuldenaar wist of behoorde te weten dat hij die schuldeisers niet meer zou kunnen terugbetalen. De curator kan aansprakelijk zijn indien hij een "positieve verklaring aflegt" wetende dat de schuldenaar niet kan nakomen en geen verhaal biedt. De MvT stelt dat ook de beoogd curator voor die schade aansprakelijk kan zijn. Ook kan de beoogd curator (in beginsel) aansprakelijk zijn indien hij zijn "instemming niet heeft gegeven aan een transactie waardoor bijvoorbeeld een mogelijke doorstart is afgeketst".
- 7.3 Deze toelichting wijst erop dat de beoogd curator een aanzienlijk aansprakelijkheidsrisico loopt. Hij heeft geen enkele bevoegdheid, anders dan die

⁸ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings* d.d. 12 december 2012, artikel 3b lid 1.

⁹ Uit het voorontwerp lijkt te volgen dat de bevoegdheid van de rechtbank op voet van artikel 2 Fw moet worden vastgesteld.

van artikel 365. Die bevoegdheid gaat niet verder dan te verklaren dat bepaalde rechtshandelingen niet door de curator in een opvolgend faillissement zullen worden vernietigd met de actio pauliana en ten aanzien van het aangaan van een doorstart onmiddellijk na faillissement. Het valt niet in te zien vanuit welke gedachte een beoogd curator dan toch aansprakelijk zou kunnen zijn ten opzichte van onbetaald gebleven schuldeisers. Men zou veeleer het omgekeerde verwachten: de beoogd curator dient juist beschermd te worden althans zolang hij niet de bevoegdheid heeft om informatie op te eisen en om aanwijzingen aan de schuldenaar te geven.

8. Aanbevelingen en systematiek

- 8.1 De Commissie meent dat het voorontwerp in zijn huidige vorm moet worden ontraden. Niettemin, voor het geval de wetgever een regeling als in het voorontwerp in de Faillissementswet zou willen opnemen, doet zij de volgende aanbevelingen.
- 8.2 Het voorontwerp houdt blijkens de MvT in dat de regeling een zelfstandige kaderregeling¹⁰ is, die niet verbonden is aan een aanvraag tot een faillissement (of surseance van betaling). De Commissie beveelt aan dat de benoeming van een beoogd curator wordt opgenomen in de wet als een voorlopige voorziening waarom kan worden verzocht nadat een aangifte tot faillietverklaring (of een aanvraag tot surseanceverlening) is ingediend en die voortduurt zolang de aanvraag in behandeling is. Deze systematiek wordt ook erkend in de EIV (zie preambule 16 EIV)
- 8.3 De mogelijkheid om een beoogd bewindvoerder te benoemen wordt niet gesteund door de doelen die met het voorontwerp worden beoogd; en worden ook niet gesteund door een vraag uit de praktijk. Sterker nog, de doelen die het voorontwerp beoogt te dienen zijn tegengesteld aan de doelen van de surseance van betaling. Het verdient aanbeveling om uitsluitend een beoogd curator aan te wijzen voorafgaand aan een faillissement en om deze beoogd curator bevoegdheden te geven die misbruik van het faillissement door de schuldenaar en de koper van diens onderneming) tegen gaan.
- 8.4 Bij de hierna volgende artikelsgewijze bespreking worden nadere aanbevelingen gedaan.

9. Artikelsgewijs commentaar

Artikel I

- 9.1 De onderdelen A en B lid 1 geven geen aanleiding tot opmerkingen.

Onderdeel B lid 2: artikel 6 lid 2 en onderdeel D artikel 215 lid 1

- 9.2 Het voorontwerp kent geen uitdrukkelijke bepaling die regelt wat er moet gebeuren indien een schuldeiser het faillissement van de schuldenaar aanvraagt nadat de rechtbank op verzoek van de schuldenaar een beoogd curator heeft aangewezen.
- 9.3 Het horen van de beoogd curator op de faillissementsaanvraag heeft slechts betrekkelijke waarde zolang deze geen bevoegdheid heeft om informatie van de schuldenaar op te eisen. De beoogd curator zal - in het huidige voorontwerp - slechts over die informatie beschikken die de schuldenaar bereid was om aan hem te geven. De zienswijze van de beoogd curator is met andere woorden niet in onafhankelijkheid

¹⁰ Zie voor het kaderkarakter ook artikel 363 lid 3 dat beoogt om een ruime bevoegdheid geeft aan de rechtbank om voorwaarden te stellen aan de aanwijzing van een beoogd curator of bewindvoerder.

tot stand gekomen.

- 9.4 De rol van de beoogd rechter-commissaris is in feite beperkt tot (i) het geven van beslissingen om de aanwijzing van de beoogd curator te verlengen en (ii) het geven van een zienswijze over de voorgenomen doorstart. Het onderzoek van de rechtbank dient zich te richten op haar bevoegdheid en op de vraag of aangetoond is dat een faillissementstoestand bestaat. Ook het horen van de beoogd rechter-commissaris is daardoor van beperkte waarde.
- 9.5 Het voorontwerp geeft geen uitsluitsel of de aanwijzing van een beoogd curator wel of geen grond kan vormen voor de aanhouding van een faillissementsaanvraag door een schuldeiser (of door het OM), en zo ja op welke gronden en onder welke omstandigheden.
- 9.6 Artikel 6 lid 2 houdt geen rekening met de mogelijkheid dat een schuldeiser het faillissement van de schuldenaar aanvraagt bij een andere rechtbank die - anders dan rechtbank die de beoogd curator aanwees - wel bevoegd is om het faillissement uit te spreken. In die lacune dient te worden voorzien.

Onderdelen C, D en E: Artikel 14a en artt. 215 lid 3 en 223a lid 2

- 9.7 Uitgaande van het voorontwerp zoals het er nu ligt, is het een logische gedachte dat in een niet-controversiële situatie de beoogd curator ook de "echte" curator wordt. De motivering in de MvT overtuigt allerm minst: die is dat bij gelijkblijvende omstandigheden de schuldenaar erop moet kunnen vertrouwen dat de beoogd curator ook de echte curator wordt. Met dit uitgangspunt wordt, zo lijkt het, het belang van de schuldenaar voorop gesteld.
- 9.8 Het zou erom moeten gaan dat - tenzij er aanwijzingen van het tegendeel bestaan - de benoeming van de beoogd curator als "échte" curator geacht moet worden in het belang van de gezamenlijke schuldeisers (en in bijzondere gevallen rekening houdende met andere zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard) te zijn.
- 9.9 Het begrip "wijziging van omstandigheden" lijkt een onwerkbaar criterium, omdat in de meeste gevallen bij een onderneming aan de vooravond van een faillissement de omstandigheden van dag tot dag en soms van uur tot uur ingrijpend kunnen veranderen. De MvT noemt als voorbeeld van een wijziging van omstandigheden een "vertrouwensbreuk" tussen beoogd curator en schuldenaar.
- 9.10 Dat lijkt een ongelukkig voorbeeld, omdat een dergelijke vertrouwensbreuk juist het gevolg kan zijn van de omstandigheid dat de beoogd curator het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop stelt, en dat tegen de zin van de schuldenaar en de door deze voorgeselecteerde koper. In die omstandigheden zou juist de beoogd curator moeten worden benoemd. Het voorontwerp neemt tot uitgangspunt dat tussen de schuldenaar en de beoogd curator een harmonieuze samenwerking bestaat. In veel gevallen zullen de belangen van de schuldeisers door een zodanige harmonieuze samenwerking worden gediend, maar net zo vaak vergen die belangen dat de curator de schuldenaar al dan niet met gebruikmaking van de hem ten dienste staande machtsmiddelen tot de orde moet roepen.
- 9.11 Het voorontwerp kent veel belang toe aan de betrokkenheid van de beoogd curator bij het verkoopproces, en dat bij de benoeming van een andere curator veel kennis verloren kan gaan. Die redenering is wel begrijpelijk, maar weegt in de praktijk niet zwaar. Het hoeft niet of nauwelijks een belemmering te vormen dat de beoogd curator zijn dossier en kennis overdraagt aan een nieuwe curator.

- 9.12 Het belang dat de schuldeisers er op kunnen vertrouwen dat de curator onafhankelijk is en juist in hún belang optreedt, weegt aanzienlijk zwaarder dan het belang van de schuldenaar en de koper van de onderneming. Het benoemen van een andere curator met het oog op dat vertrouwen van de schuldeisers hoeft dan ook geen hoge uitzondering zijn.
- 9.13 Hetzelfde geldt mutatis mutandis indien een beoogd bewindvoerder zou worden aangewezen voorafgaand aan de verlening van een surseance van betaling.

Onderdeel F: toevoeging Titel IV "Buiten faillissement en surseance van betaling"

- 9.14 Zie boven het algemene commentaar. Het verdient aanbeveling om de regeling juist wel als onderdeel van de faillissementsprocedure op te nemen (en van de surseance van betaling). Daarmee is dan de bevoegdheid voor de rechtbank om de aanwijzing te geven ook vastgelegd, zonder dat wordt vooruitgelopen op de uiteindelijke beoordeling van de aanvraag. Dit stelt ook buiten twijfel dat wat de beoogd curator/bewindvoerder heeft gedaan voor erkenning in aanmerking komt in andere EU Lidstaten (preambule 16 jo artikel 2 onder a juncto bijlage A EIV).

Artikel 363

- 9.15 Zie boven het algemene commentaar. De aanbeveling luidt om de regeling uitsluitend te doen gelden voorafgaand aan een faillissement. Het artikel geeft onvoldoende beveiliging tegen misbruik.
- 9.16 Misbruik kan voorkomen worden door niet alleen de eisen te stellen die het voorontwerp nu noemt, maar door (in artikel 363 of in artikel 365) tevens een aantal andere voorzieningen in de wet op te nemen, zoals:
- (A) Er wordt geen beoogd curator aangewezen indien niet aannemelijk is dat de onderneming van de schuldenaar kan worden voortgezet tot aan de behandeling van de aangifte tot faillissement.
 - (B) Nadat een beoogd curator is benoemd kan de eigen aangifte alleen worden ingetrokken met een positief advies van de beoogd curator;
 - (C) Tijdens een stil faillissement kan geen surseance van betaling aan de schuldenaar worden verleend;
 - (D) De bevoegdheid van de schuldenaar, schuldeisers en OM om het faillissement van de schuldenaar aan te vragen wordt niet beperkt door de aanwijzing van een beoogd curator en deze aanwijzing kan niet aan de aanvrager worden tegengeworpen.
 - (E) De beoogd curator wordt de bevoegdheid gegeven tot het uitoefenen van toezicht op het beheer van het vermogen van de schuldenaar daaronder begrepen het verlenen van goedkeuring voor het aangaan of doen ontstaan van verbintenissen en wederkerige overeenkomsten door de schuldenaar. Het aangaan van verbintenissen zonder toestemming wordt gesanctioneerd;
 - (F) De beoogd curator wordt tevens de bevoegdheid gegeven om zonder beperkingen de administratie in te zien; de schuldenaar wordt verplicht om alle gevraagde informatie aan de beoogd curator te geven (zie hierna het commentaar op artikel 365 lid 3);

- (G) De schuldenaar wordt verplicht om binnen twee dagen een boedelbeschrijving op te stellen en aan de beoogd curator te overhandigen;
- (H) De beoogd curator wordt verplicht om onverwijld het faillissement van de schuldenaar aan te vragen indien naar zijn redelijk oordeel
 - (1) de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet worden gediend met uitstel van de behandeling van de eigen aangifte;
 - (2) de schuldenaar zonder de vereiste (die eis zou in de wet moeten worden opgenomen) goedkeuring verbintenissen aangaat of doet ontstaan of wederkerige overeenkomsten aangaat;
 - (3) de baten onvoldoende zijn om de schulden die ontstaan tijdens de aanstelling van de beoogd curator te voldoen, of
 - (4) summierlijk blijkt dat de schuldenaar niet heeft voldaan of voldoet aan de verplichtingen opgenomen in artikel 3:15i BW, of
 - (5) de schuldenaar niet voldoet aan de verplichting om de beoogd curator inzage te geven in de administratie of om alle gevraagde inlichtingen te verschaffen.

9.17 Artikel 363 bevat geen regeling voor die gevallen waarin in een andere lidstaat een insolventieprocedure van toepassing is verklaard op de schuldenaar. De Commissie beveelt aan dat wordt verduidelijkt of wel of geen beoogd curator kan worden benoemd indien in een andere EU Lidstaat een (hoofd- of territoriale) insolventieprocedure van toepassing is verklaard. Het ligt voor de hand om te bepalen dat in dat geval géén beoogd curator kan worden aangewezen.

9.18 Teneinde te voldoen aan de eisen die artikel 6 EVRM stelt is het aan te bevelen dat de beschikking na verloop van een bepaalde termijn alsnog openbaar wordt gemaakt (bijvoorbeeld na een aantal weken of maanden), en in ieder geval bij het uitspreken van een opvolgende surseance of opvolgend faillissement.

Artikel 364

9.19 Dit artikel geeft geen aanleiding tot afzonderlijke inhoudelijke opmerkingen.

9.20 De verwijzing in artikel 364 lid 2 naar de termijn van artikel 365 behelst een vergissing; de termijn waar naar wordt verwezen is die van artikel 363 lid 3.

Artikel 365

9.21 Zie boven het algemene commentaar en het commentaar bij artikel 363.

Lid 1

9.22 Behoudens de algemene opmerkingen over de (on)wenselijkheid van de mogelijkheid om een beoogd bewindvoerder aan te wijzen, geeft dit artikellid geen aanleiding tot aanvullende opmerkingen op dat punt.

Lid 2

- 9.23 De verklaringen die de beoogd curator krachtens lid 2 van artikel 365 op verzoek kan afleggen, zijn blijkens de MvT bindend voor de curator in het faillissement, tenzij in het faillissement een schuldeiser op voet van artikel 69 Fw een bevel tegen de curator uitlokt dat de laatste alsnog de door de beoogd curator gedane verklaringen naast zich neerlegt.
- 9.24 Dit systeem suggereert, dat de verklaringen die de beoogd curator afgeeft niet de goedkeuring van de rechter-commissaris in het faillissement behoeven. Duidelijk is dat niet, en het is niet denkbeeldig dat de curator bij het uitspreken van het faillissement alsnog goedkeuring vraagt voor de transactie c.q. niet-pauliana verklaring - die goedkeuring is immers vereist op grond van artikelen 68, 104 respectievelijk 176 lid 1 Fw. Het systeem lijkt op gespannen voet te staan met het uitgangspunt dat omwille van de rechtszekerheid door de curator aangegane verbintenissen niet kunnen worden aangetast door een daartoe strekkend bevel uit te lokken (artikel 72 Fw; zie ook recent HR 23 december 2013 ECLI:NL:HR:2013:2051 betreffende Zalco).
- 9.25 Het verdient aanbeveling dit op te helderen. Het maakt immers nogal verschil of de schuldeisers binnen de termijn van artikel 67 moeten opkomen tegen een door de rechter-commissaris ex artikel 69 Fw gegeven bevel, of dat zij - zonder gebonden te zijn aan de zeer korte termijn van artikel 69 Fw - gedurende het faillissement een bevel kunnen uitlokken om een door de beoogd curator gedane bindende verklaring alsnog terzijde te stellen - aangenomen al dat dat dan nog kan.

Lid 2 onder a

- 9.26 Lid 2 onder a moet de schuldenaar in staat stellen om transacties aan te gaan die zonder een dergelijke verklaring van de beoogd curator in een opvolgend faillissement met succes bedreigd zouden kunnen worden door de actio pauliana. Het is onduidelijk aan wie de verklaring wordt afgelegd. Het gaat vooral om situaties waarin de schuldenaar zekerheden moet verstrekken aan financiers en leveranciers die curator in het belang van continuïteit van de onderneming krediet verstrekken gedurende de aanwijzing van de beoogd. Het is maar de vraag of dit werkt, omdat de verklaring van de beoogd curator op verzoek van een schuldeiser terzijde gesteld kan worden.
- 9.27 Een eenvoudiger en meer bedrijfszekere oplossing zou kunnen zijn, dat alle verbintenissen die met uitdrukkelijke toestemming van de beoogd curator door de schuldenaar zijn aangegaan, in het opvolgende faillissement boedelschuld zijn. Wanneer aldus met instemming van de beoogd curator zekerheden zijn gevestigd, zullen deze ook in faillissement bindend zijn.

Lid 2 onder b

- 9.28 Met deze verklaring verbindt de beoogd curator de "echte" curator tot het aangaan van de door de schuldenaar voorbereide "doorstart". Zoals blijkt uit de MvT is het van belang dat in een zo vroeg mogelijk stadium zekerheid wordt verkregen over de doorstart. In het algemene deel van dit advies is al uiteengezet welke bezwaren aan deze "voorselectie" en procedure kleven.
- 9.29 Indien het voor de doorstart van doorslaggevend belang is dat zeker is dat de Richtlijn c.q. de artikelen 7:662 BW niet van toepassing zijn, dan lijkt de in dit artikellid voorgestelde procedure niet toereikend. In die gevallen zal immers vereist zijn dat de

transactie tot stand komt ná het faillissement, en niet ervóór. In dit verband is het aan te bevelen dat de beoogd curator niet méér kan verklaren dan dat hij instemt met een door de door de schuldenaar voorgeselecteerde koper te verlenen optie aan de curator in het faillissement om de onderneming na het faillissement aan deze koper te verkopen, zodat de curator in het faillissement de vrijheid behoudt om gedurende de optieuitoefenperiode de onderneming (of delen daarvan) aan andere partijen te verkopen.

Lid 2 onder c

- 9.30 Onderdeel c van lid 2 geeft geen aanleiding tot aanvullende opmerkingen

Lid 3

- 9.31 De thans in artikel 365 lid 3 opgenomen verplichting van de schuldenaar om aan de beoogd curator om informatie te verstrekken die nodig is om de curator de in dit artikel genoemde verklaringen te doen is onvoldoende. Zolang de curator niet een eigenstandige bevoegdheid heeft om de verstrekking van volledige informatie af te dwingen, zal hij uitsluitend die informatie krijgen waarvan de schuldenaar wil dat hij die krijgt.
- 9.32 Het artikellid opent de mogelijkheid dat de beoogd curator met goedvinden van de schuldenaar de "stilte doorbreekt" door bij derden inlichtingen in te winnen en om een deskundige in te schakelen. Het lijkt aan te bevelen te verduidelijken dat de goedkeuring van de schuldenaar ziet op het aangaan van de kosten die daarmee gemoeid kunnen zijn en het "doorbreken van de stilte" als zodanig, maar niet op de keuze van de derden en de deskundige.

Artikel 366

- 9.33 Dit artikel bepaalt dat het salaris en de verschotten van de beoogd curator ten laste van de schuldenaar komen en door deze betaald moeten worden. Ook wordt uitdrukkelijk bepaald dat de beoogd curator en de door hem ingeschakelde derden zekerheid van betaling mogen verlangen. In lid 3 is bepaald dat eventueel onbetaald gebleven schulden worden voldaan als "algemene faillissementskosten" met verwijzing naar artikel 182 Fw. Die verwijzing wekt verwarring, omdat artikel 182 Fw ziet op de omslag van faillissementskosten, terwijl artikel 364 beoogt het salaris en verschotten van de beoogd curator boedelschuld te maken. Kosten en schulden zijn niet het zelfde. Het verdient aanbeveling een bepaling op te nemen in de lijn van artikel 243 lid 1 onder 3 Fw.

Artikel 367

- 9.34 Artikel 367 roept de "beoogd rechter-commissaris" in het leven. Dit artikel geeft geen aanleiding tot aanvullend commentaar. Uiteraard geldt dat de in dit advies opgenomen aanbevelingen impliceren dat ook de rol van de rechter-commissaris nader bezien moet worden.

21/01/2014

