

De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web

TvI 2015/35

In dit artikel bespreekt de auteur de gevolgen van WCO I voor de huidige praktijk op basis van een analyse van de verschillende rollen die de beoogd curator op grond van WCO I heeft te vervullen. De auteur onderzoekt tevens of WCO I bevorderlijk is voor de bestaande pre-packpraktijk en in hoeverre met WCO I aan de bezwaren uit de literatuur is tegemoetgekomen. De auteur is van mening dat WCO I een waardevolle bijdrage aan de in de praktijk ontwikkelde pre-pack kan leveren.

1. Inleiding

Bij koninklijke boodschap van 4 juni 2015 is het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I ("WCO I") bij de Tweede Kamer ingediend.² Met WCO I krijgt de in Nederland ontwikkelde pre-pack praktijk een wettelijke basis en worden de mogelijkheden een faillissement op een zorgvuldige wijze voor te bereiden vergroot. Het doel van deze voorbereiding is de schade als gevolg van het faillissement bij schuldeisers (waaronder ook werknemers) en andere betrokkenen te beperken onder andere door een vergroting van de kansen op een verkoop en daaropvolgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid.³ Het wetsvoorstel is het directe gevolg van de door de minister en de staatssecretaris tijdens het mondelinge vragen uur in de Tweede Kamer van 18 juni 2013 gedane toezegging de pre-pack ten behoeve van de rechtszekerheid een uitdrukkelijke grondslag in de wet te bieden.⁴

De minister heeft gekozen voor een kaderregeling waarmee de goede ervaringen die in de praktijk zijn opgedaan zoveel mogelijk moeten worden ondersteund en die daarnaast oplossingen moet bieden voor de geuite bezwaren.⁵ Het voorontwerp⁶ is als gevolg van de tijdens de consultatie gegeven adviezen, de commentaren in de literatuur, alsmede het (kritische) advies van de Raad van State, grondig aangepast. Daar waar het Voorontwerp nog kan worden beschouwd

als een grove potloodschets van de wettelijke regeling voor de pre-pack, kan WCO I worden gezien als een schilderij waarin het landschap duidelijk met dikke gekleurde verfstrepen is ingekleurd. De hoofdrolspelers in de stille voorbereidingsfase hebben in WCO I duidelijke contouren gekregen. Daarnaast hebben de werknemers en de bestrijding van misbruik meer kleur gekregen. Voor een uitvoerige beschrijving van (de totstandkoming van) WCO I wordt verwezen naar de elders in dit tijdschrift gepubliceerde bijdrage van mr. E. Schmieman en mr. A.M. Wolfram-van Doorn. Voor de rechterlijke praktijk van de pre-pack wordt verwezen naar het ook in dit nummer gepubliceerde artikel van mr.drs. J.C.A.T. Frima.

In dit artikel zullen de gevolgen van WCO I voor de huidige praktijk worden besproken op basis van een analyse van de verschillende rollen die de beoogd curator op grond van WCO I heeft te vervullen. Na een korte beschrijving van de huidige praktijk zal worden onderzocht of WCO I bevorderlijk is voor de bestaande praktijk en in hoeverre aan bezwaren uit de literatuur is tegemoetgekomen. Hieruit blijkt duidelijk dat WCO I inderdaad een waardevolle bijdrage aan de in de praktijk ontwikkelde figuur van de pre-pack kan leveren.

2. De beoogd curator als toekomstig curator

2.1 Huidige praktijk

In de huidige praktijk bestaat onduidelijkheid over de exacte rol van de beoogd curator. Is hij de 'fly on the wall' die uitsluitend in stilte toekijkt en zich laat informeren zodat hij direct nadat hij als curator is aangesteld beslissingen kan nemen? Of is hij toch in staat een actievere rol te spelen bij de voorbereiding van het faillissement?

In de literatuur is veel aandacht besteed aan de rol van de beoogd curator. Tollenaar heeft gesteld dat de beoogd curator, bij gebrek aan wettelijke bevoegdheden of taken, uitsluitend meekijkt, zijn mening geeft en suggesties doet.⁷ De beoogd curator kan daarbij wel, als hij tegen een bepaalde handeling buiten faillissement geen bezwaar heeft, zonder angst nadrukkelijk aangeven dat hij vooralsnog geen bezwaar ziet en zich daarbij uitdrukkelijk alle vrijheid voorbehouden. Dat is beter dan een beoogd curator die zich in stilzwijgen hult, een transactie zonder protest laat doorgaan en daarmee impliciet het vertrouwen wekt dat hij deze transactie zonder voorbehoud heeft goedgevonden.⁸ Volgens Verstijlen is hij geen adviseur of toezichthouder en zijn rol

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: M.R. van Zanten, 'De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web', TvI 2015/35. Mr. M.R. van Zanten is advocaat bij CMS te Amsterdam. Hij verricht als buitenpromovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen onderzoek naar de pre-pack.
2 Wet continuïteit ondernemingen I, *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 2.
3 Art. 363 lid 1 Fw.
4 Brief Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal over Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht d.d. 15 juli 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33695, nr. 5, p. 3.
5 Brief Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal over Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht d.d. 15 juli 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33695, nr. 5, p. 4.
6 Het voorontwerp ("Voorontwerp") en de concept MvT zijn te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.

7 N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', TvI 2011/23, p. 142.

8 N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', TvI 2013/6, p. 209.

en taak zijn een voorafschaduw van die van de curator.⁹ Verstijlen verwacht dat zijn rol een verdergaande invulling zal krijgen dan uitsluitend kijken, luisteren en zwijgen.¹⁰ Maduro wijst erop dat uit de praktijk volgt dat de beoogd curator activiteiten ontplooit in het kader van de verkoop van activa en doorstart door het tot zich nemen van informatie en het zich vormen van een oordeel over de onderneming.¹¹ Jongepier en Hoogenboezem vatten de rol van de beoogd curator samen als 'fly on the wall' en zien hem als iemand die slechts luisterend en ja of nee knikkend aanwezig is.¹² Hij richt zich volgens hen met suggesties tot het bestuur van de schuldenaar en dient in beginsel onzichtbaar te zijn voor anderen dan het bestuur. Daarentegen vindt Schreurs het niet bezwaarlijk indien de beoogd curator actief meedenkt en participeert, zich creatief opstelt, partijen tot elkaar probeert te brengen of andere handelingen verricht die van een goede doorstartcurator mogen worden verwacht. Immers, het gezamenlijke belang van de crediteuren, dat door de beoogd curator moet worden behartigd, is gediend met een zo hoog mogelijke opbrengst en in dat scenario past niet een 'fly on the wall' die geen duidelijkheid verschaft aan zittend management en doorstartkandidaten.¹³ Tideman neemt het standpunt in dat de beoogd curator wel een bemiddelende rol moet kunnen vervullen, maar dat hij geen (positief) oordeel over de rechtmatigheid van bepaalde rechtshandelingen moet geven. Het is volgens hem mogelijk dat de beoogd curator de schuldenaar erop attent maakt dat hij van oordeel is dat bepaalde rechtshandelingen de toets der kritiek niet kunnen doorstaan. Het is van belang dat de beoogd curator zich als katalysator gedraagt waarbij hij het proces beschouwt en bevordert zonder zichzelf te verplichten of te compromitteren. Zijn werkzaamheden dienen zich niet uit te strekken tot het volledig uitonderhandelen van de doorstartovereenkomst.¹⁴ Uit het door Hurenkamp verrichte onderzoek blijkt dat de beoogd curator in een aanzienlijk aantal gevallen actief heeft gehandeld tijdens de aanwijzing door het voeren van onderhandelingen en/of het zelf benaderen van marktpartijen.¹⁵

De INSOLAD Concept Praktijkregels beoogd curator ("Praktijkregels")¹⁶ bepalen in art. 3.1 dat de beoogd curator geen adviseur is van de schuldenaar en geen formele positie bekleedt binnen de onderneming van de schuldenaar. In art. 3.2 is bepaald dat de beoogd curator zich laat informeren met het oog op een eventuele toekomstige rol als bewindvoerder of curator van de schuldenaar. Hij laat zich daarbij leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren en houdt daarbij ook rekening met de maatschappelijke belangen, waaronder werkgelegenheid. Zo nodig geeft hij met het oog op die belangen aanwijzingen aan de schuldenaar over te verrichten handelingen of een te volgen gedragslijn. Hiermee kiest INSOLAD voor een actievare rol van de beoogd curator dan die van uitsluitend toeschouwer van het spel rond de doorstart en voorbereiding van het aanstaande faillissement.

In de thans door de rechtbanken gebruikte brieven waarmee de aanwijzing van de beoogd curator aan de schuldenaar wordt bevestigd, wordt veelal gesteld dat hij meekijkt, zich informeert en laat informeren en dat hij zich daarbij uitsluitend laat leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Diverse rechtbanken benadrukken voorts dat de beoogd curator geen adviseur is van de schuldenaar. Een enkele rechtbank geeft aan dat de beoogd curator geen wettelijke taak heeft maar wel waar nodig kan adviseren.

Gelet op de hiervoor beschreven praktijk bestond de behoefte dat WCO I duidelijkheid verschaft over de rol van de beoogd curator. Wat wordt van hem verwacht en welke handelingen kan hij nog wel en welke handelingen hij kan hij (nog) niet verrichten? En hoe verhoudt zijn aanwijzing zich tot zijn latere rol als curator in het faillissement?

2.2 WCO I

In het Voorontwerp bestond de rol van de beoogd curator vooral uit het zich laten informeren en het meekijken bij de voorbereidingen van de doorstart en het faillissement. Indien het Voorontwerp wet zou zijn geworden zou het lastig zijn als beoogd curator een al te actieve rol te spelen. De reacties in de consultaties waren voor de minister aanleiding de positie van de beoogd curator te heroverwegen en hem terug te laten keren in de vorm van een duidelijk sterkere speler. In vergelijking tot het Voorontwerp krijgt de beoogd curator in WCO I een aanzienlijk actievare rol met een zwaardere verantwoordelijkheid. De beoogd curator is uitgegroeid van 'fly on the wall' tot 'spin in het web'. Mijns inziens is dat een goede ontwikkeling omdat de beoogd curator hierdoor, net als een curator, in staat wordt gesteld de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daadwerkelijk te behartigen.

9 F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack' in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 45.

10 F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack' in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 39.

11 J.V. Maduro, 'Het wetsvoorstel Wet Continuïteit ondernemingen I: de rechtszekerheid gediend?', *FIP* 2013/8, p. 280.

12 W.J.P. Jongepier/K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *FIP* 2013/6, p. 196.

13 Ph.W. Schreurs, 'Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk?', *FIP* 2013/8, p. 271.

14 B.J. Tideman, 'Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland, geef ons de pre-pack+', *FIP* 2013/7, p. 236.

15 J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Celsus juridische uitgeverij: Amersfoort 2014, p. 55 en J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *Tvl* 2015/20, p. 129.

16 Concept Praktijkregels beoogd curator, als vastgesteld door het bestuur van INSOLAD op 10 november 2014 en gepubliceerd op www.insolad.nl. De regels moeten nog door de ALV van INSOLAD worden vastgesteld. Zie voor een bespreking van deze regels: R. Mulder, 'De Pre-pack: Verkoop en voortzetting in stilte, verantwoording in het openbaar. Een bespreking van de concept praktijkregels van Insolad', *Tvl* 2015/5 en J.C.A.T. Frima, 'INSOLAD Praktijkregels voor de beoogd curator', *Ondernemingsrecht* 2015/48.

De eerder door de minister voorziene rol van de beoogd curator die niets kan, mag en hoeft, maar desgevraagd wel verklaringen zou moeten kunnen afleggen over bepaalde handelingen of de beoogde doorstart, was onhoudbaar geworden in verband met de in literatuur en consultatiefase opgeworpen bezwaren van het geheime proces in aanwezigheid van een nogal kleurloze beoogd curator. In verband met het geheime karakter van de stille voorbereidingsfase moest een sterkere beoogd curator worden ontwikkeld, die de onmogelijkheid van betrokkenen tijdens het stille voorbereidingsproces zelf hun belangen te behartigen moet compenseren.

In de stille voorbereidingsfase krijgt de beoogd curator de gelegenheid zich te laten informeren over de situatie waarin de onderneming zich bevindt. Hij kan meekijken met het voorbereidingstraject dat door de schuldenaar in gang is gezet. Hierdoor komt hij in geval van faillissement beter beslagen ten ijs en kan hij goed geïnformeerd besluiten nemen over het al dan niet realiseren van de beoogde doorstart.¹⁷ De minister stelt dat de stille voorbereidingsfase de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris in staat stelt het voorbereidingsproces “met kritische blik” te volgen.¹⁸ Daartoe zal de beoogd curator feitelijk werkzaamheden kunnen uitvoeren die hij normaal pas als curator na faillietverklaring van de schuldenaar zou hebben kunnen uitvoeren. De minister denkt daarbij aan het bestuderen van de boekhouding en overige relevante financiële gegevens, het in kaart brengen van het personeelsbestand en de analyse van de oorzaken van de financiële problemen waarbij hij ook let op eventuele onregelmatigheden.¹⁹

In verband met de, mijns inziens gewenste, onafhankelijkheid van de beoogd curator dient er een goede regeling te zijn over de betaling van de door hem gemaakte kosten. Op grond van het bepaalde in art. 363 lid 5 Fw kan de rechtbank ten behoeve van de betaling van het salaris van de beoogd curator en de door hem geraadpleegde derden aan de aanwijzing de voorwaarde van zekerheidstelling verbinden. In WCO I wordt dus afgezien van de bepaling die was opgenomen in art. 366 lid 3 van het Voorontwerp. Daarin was voorgesteld dat indien de schuldenaar wordt failliet verklaard voordat het salaris van de beoogd curator en de kosten zijn voldaan, deze als algemene faillissementskosten in de zin van art. 182 Fw worden voldaan.

Dit zou voor de praktijk een nuttige bepaling zijn geweest.²⁰ Zonder deze wettelijke basis kunnen de niet betaalde kosten van de beoogd curator na faillissement niet tot boedelvordering worden verheven. Als er geen zekerheid is voor de betaling van het salaris van de beoogd curator, ofwel voor faillissement door betaling door de schuldenaar dan wel na faillietverklaring door voldoening uit de boedel, bestaat het risico van een zekere afhankelijkheid van de beoogd curator ten opzichte van de schuldenaar van wie hij (nog) betaling

moet ontvangen. Het is een gemiste kans dat deze bepaling niet is opgenomen in WCO I. Voor een dergelijke bepaling pleit dat het niet ondenkbaar is dat de gezamenlijke crediteuren er nu juist belang bij hebben dat deze kosten, voor zover zij niet zijn betaald tijdens de stille voorbereidingsfase, als faillissementskosten na faillietverklaring worden betaald. Gedacht kan daarbij worden aan de situatie dat tijdens de stille voorbereidingsfase de contouren van een doorstart vrijwel duidelijk zijn geworden, maar het voorschot dat de schuldenaar heeft betaald voor de kosten van de beoogd curator verbruikt is. Uit de in art. 363 lid 1 Fw geformuleerde ‘aanwijzingstoestand’ blijkt dat de schuldenaar nog in staat moet zijn de lopende verplichtingen, waaronder het salaris van de beoogd curator, te voldoen.²¹ Twijfel hierover bij de beoogd curator brengt het stille voorbereidingstraject in gevaar omdat dan niet meer wordt voldaan aan dit criterium. Maar wat nu indien de beoogd curator inschat dat hij nog slechts kort, bijvoorbeeld een paar dagen, de tijd nodig heeft om alle voorbereidende werkzaamheden op een verantwoorde wijze af te ronden? Het gebrek aan middelen voor de betaling van zijn kosten noodzaakt hem ofwel ex art. 366 lid 1 Fw de rechtbank te vragen de aanwijzing in te trekken ofwel zijn werkzaamheden feitelijk tot een minimum te beperken, dan wel te accepteren dat hij deze werkzaamheden “pro deo” verricht. Dit alles terwijl met een paar dagen werk een doorstart na faillietverklaring met een mooie opbrengst wel te realiseren zou zijn. In dat geval zullen de gezamenlijke crediteuren er, zo lijkt mij, geen probleem mee hebben dat deze kosten ten laste van het gerealiseerde actief zullen worden gebracht als faillissementskosten. Deze werkzaamheden hebben immers rechtstreeks tot dat actief geleid.

Gelet op het vorenstaande is het wenselijk de bepaling van art. 366 lid 3 van het Voorontwerp toe te voegen aan art. 367 Fw om te voorkomen dat de stille voorbereidingsfase mislukt doordat te weinig voorschot is ontvangen en de schuldenaar inmiddels (kort voor de beëindiging van de stille voorbereidingsfase) niet meer in staat is deze kosten te betalen.²² Uiteraard moeten deze kosten, die immers tot boedelvordering promoveren, door de rechtbank zorgvuldig worden getoetst.²³ Om die reden zou aan deze bepaling kunnen worden toegevoegd dat de kosten, voor zover niet voldaan voor faillietverklaring, als faillissementskosten zullen worden aangemerkt, indien deze kosten naar het oordeel van de rechtbank een dubbele redelijkheidstoets kunnen doorstaan. De kosten moeten in de eerste plaats in hoogte redelijk zijn ten opzichte van het resultaat dat bij een succesvolle doorstart mogelijk zal worden behaald. In de tweede plaats moet de rechtbank het redelijk oordelen dat de beoogd curator nog verdere kosten heeft gemaakt ter voorbereiding van het faillissement of de doorstart. Dus ook het überhaupt maken van kosten in de concrete situ-

17 MvT, p. 6.

18 MvT, p. 7.

19 MvT, p. 17.

20 Zie hierover eerder: M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 8-9.

21 MvT, p. 44.

22 Zie ook: J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Celsus juridische uitgeverij: Amersfoort 2014, p. 107-108.

23 Zie: F.M.J. Verstijlen, ‘Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack’ in: *Preadvies van de Vereniging ‘Handelsrecht’ Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 51.

atie moet de redelijkheidstoets kunnen doorstaan. Indien de kosten deze dubbele redelijkheidstoets doorstaan zie ik geen bezwaar tegen het aanmerken van deze kosten als faillissementskosten en ben ik van mening dat dit in het belang van het behalen van de doelstellingen van de stille voorbereidingsfase zal zijn. WCO I moet op dit punt in het verdere wetgevingstraject nog worden aangepast.

Uit de algemene taakomschrijving van de beoogd curator blijkt dat zijn positie niet los kan worden gezien van het toekomstige faillissement, immers de stille voorbereidingsfase vindt nu juist ter voorbereiding van dat faillissement plaats. Dat lijkt mij juist. De beoogd curator wordt op grond van art. 14a Fw bij faillietverklaring van de schuldenaar, indien binnen drie maanden voor de behandeling sprake is geweest van een aanwijzing, in beginsel aangesteld als curator.²⁴ De beoogd curator kan dan ook worden gezien als de kwartiermaker van de curator. Veel onderdelen uit zijn taakomschrijving zijn gelijk aan de taakomschrijving van de curator. Mijs inziens is dit een correcte beschrijving van zijn rol. De praktijk is gebaat bij de in WCO I op dit punt verschaft duidelijkheid. De beoogd curator wordt ook nadrukkelijk betrokken bij de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring. Op grond van art. 6 lid 1 Fw wordt hij gehoord door de rechtbank die de aanvraag behandelt indien het verzoek wordt ingediend binnen drie maanden na de stille voorbereidingsfase. In het vonnis van faillietverklaring wordt op grond van art. 6 lid 5 Fw in dat geval ook melding gemaakt van de stille voorbereidingsfase waarmee het nauwe verband wordt bevestigd. Het zou goed zijn op te nemen dat in dat geval de (duur van de) aanwijzingsperiode ook wordt gepubliceerd in het Centraal Insolventieregister zodat belanghebbenden spoedig na faillietverklaring op de hoogte kunnen raken van het bestaan van een voorafgaande aanwijzingsperiode.

3. De beoogd curator als belangenbehartiger van de gezamenlijke crediteuren

3.1 Huidige praktijk

De beoogd curator wordt in de huidige praktijk gezien als de belangenbehartiger van de gezamenlijke crediteuren. In de literatuur en de aanstellingsbrieven van de rechtbank wordt deze rol benadrukt.²⁵ Ook de Praktijkregels gaan in art. 3.2 uit van de belangenbehartiging van de gezamenlijke crediteuren.²⁶ De rol van de belanghebbenden (schuldeisers, werknemers) zelf is in de huidige praktijk ten gevolge van het geheime karakter van het proces uiterst beperkt. De beoogd curator kan in de praktijk, in navolging van de aan de curator op grond van de jurisprudentie toegekende rol, wel rekening houden met maatschappelijke belangen waaronder werkgelegenheid.²⁷ In verband met de stilte van de

voorbereidingsfase weten de belanghebbenden echter niet van de aanwijzing en zullen zij in deze fase geen enkele rol kunnen spelen. Zo kunnen zij de beoogd curator niet stimuleren rekening te houden met hun belangen daar waar zij van mening zijn dat de beoogd curator dat onvoldoende doet. Zij zien zich na faillietverklaring, en eventueel de direct daaropvolgende doorstart, geconfronteerd met een volledige feit in de vorm van een voorbereide doorstart. Het risico bestaat tevens dat tijdens de stille voorbereidingsfase nieuwe crediteuren ('pre-pack crediteuren') ontstaan. Verstijlen noemt de positie van de pre-pack crediteuren weinig benijdenswaardig.²⁸ Op het ontbreken van enige vorm van betrokkenheid laat staan toezicht van de stakeholders tijdens de stille voorbereidingsfase is in de literatuur kritiek geuit.²⁹

3.2 WCO I

De minister heeft zich de kritiek, die is geuit op de wijze waarop de pre-pack in de praktijk wordt uitgevoerd en de regeling in het Voorontwerp, aangetrokken en in WCO I een aantal bepalingen voorgesteld ter verbetering van de positie van de belanghebbenden.

In de eerste plaats kan worden gewezen op het bepaalde in art. 364 lid 1 Fw op grond waarvan de beoogd curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers behartigt bij de verwezenlijking van het doel van de aanwijzing.

In de tweede plaats kan worden gewezen op het nieuwe art. 74 lid 2 Fw. Hierin is bepaald dat, indien in de drie maanden voorafgaande aan de faillietverklaring sprake is geweest van een aanwijzing, de rechtbank bij de faillietverklaring op voordracht van de beoogd rechter-commissaris of de beoogd curator een voorlopige crediteurencommissie als bedoeld in art. 74 lid 1 Fw instelt.³⁰ Dit zal overigens niet in alle gevallen, waarin sprake is van een faillietverklaring die is voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase, nodig zijn. De rechtbank kan overigens ook zonder deze toevoeging op grond van het bepaalde in art. 74 lid 1 Fw (ambtshalve) tot benoeming van een crediteurencommissie overgaan. Echter, met het voorgestelde nieuwe tweede lid effent de minister wel de weg voor een dergelijke commissie en is te verwachten dat er vaker een crediteurencommissie wordt ingesteld. Thans wordt slechts zelden een crediteurencommissie ingesteld bij faillietverklaring of bij latere beschik-

²⁴ MvT, p. 16 en p. 40-41.

²⁵ Zie de vindplaatsen hiervoor onder 2.1.

²⁶ Gelijk aan de rol van de curator, zie onder meer: HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, NJ 1996/628 (Notaris/THB).

²⁷ Zie onder meer: HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472 (Ontvanger/Gerritse qq).

²⁸ Zie in gelijke zin: F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack' in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 61.

²⁹ Zie onder meer: G.H. Gispén, 'De "pre-pack" is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers', in 40XL, *Liber Amicorum M.J.M. Franken*, eigen uitgave Van Iersel Luchtman Advocaten NV: Breda 2013, p. 84-87; O. Tacoma/C. Weebers-Vrenken, 'The b(l)ack side van een pre-pack faillissement', *VGR* 2013-6, p. 170-175; W.J.M. van Andel, 'Stop met de pre-pack', *Tvl* 2014/37, p. 198.

³⁰ Zie ook MvT, p. 42.

king.³¹ De bekendste voorbeelden zijn de crediteurencommissies in de faillissementen van Tilburgse Hypotheekbank, Vie d'Or, KPNQwest, Fokker, Van der Hoop Bankiers, DSB Bank en LG Philips Displays Holding. De crediteurencommissie kan de curator van advies dienen over de beslissingen die hij in het faillissement heeft te nemen, waaronder de beslissing over een eventuele doorstart.³² Het ligt volgens de minister dan ook voor de hand dat de werknemers in de commissie worden vertegenwoordigd.³³ De minister onderkent dat er wel snel gehandeld dient te worden door de crediteurencommissie wil deze nog enige rol van betekenis kunnen spelen. Daarom ligt het voor de hand dat al voor de faillietverklaring door de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator wordt nagedacht over wie er in de commissie zitting moet nemen.

In de derde plaats kan gewezen worden op de introductie in art. 363 lid 1 Fw van het begrip 'meerwaarde'. De voorbereiding van het faillissement moet meerwaarde hebben in die zin dat hierdoor de schade van de betrokkenen bij het eventuele faillissement zal worden beperkt. Van meerwaarde is sprake "wanneer een scenario waarin het mogelijk aanstaande faillissement in stilte wordt voorbereid in de desbetreffende specifieke situatie een dusdanige meerwaarde heeft voor de afwikkeling van het faillissement en voor degenen die daarbij betrokken zijn dat dit te verkiezen is boven het scenario – en de daarbij behorende mogelijkheden en waarborgen – van een regulier faillissement".³⁴ De minister geeft aan dat, gelet op het gebrek aan transparantie tegenover derden, in het bijzonder de schuldeisers, in de stille voorbereidingsfase de aanwijzing alleen dan plaatsvindt wanneer er sprake is van een meerwaarde.³⁵ Ook bij een eventuele verlenging van de aanwijzing wordt door de rechtbank getoetst of er (nog steeds) sprake is van een meerwaarde.³⁶ Door de in art. 363 lid 2 Fw voorgeschreven vermelding van de meerwaarde in de beschikking van de rechtbank is het voor de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris direct duidelijk met welk doel het traject is ingezet. De rechtbank bepaalt hiermee het mandaat van de beoogd curator.³⁷ Het is verstandig dat de minister heeft aangegeven dat dit mandaat niet "in steen is gebeiteld" maar kan (moet) worden bijgesteld.

Net als in de huidige praktijk, waarbij in de jaren 2012-2014 slechts in tientallen gevallen sprake is geweest van een aanwijzing,³⁸ terwijl er in die jaren 22.293 faillissementen van rechtspersonen zijn uitgesproken, zal een aanwijzing ook na inwerkingtreding van WCO I eerder uitzondering zijn dan regel. Maar als de aanwijzing voldoet aan de ver-

eisten van WCO I wordt door de beoogd curator, als ware hij curator, in de stille voorbereidingsfase (mee)gewerkt aan de beperking van de schade van de betrokkenen.

Ten slotte blijkt uit de MvT dat bij gebrek aan transparantie in de stille voorbereidingsfase op de beoogd curator bij de uitoefening van zijn taak, te weten de behartiging van de gezamenlijke schuldeisers, een zwaardere verantwoordelijkheid rust dan op de curator in faillissement. Crediteuren kunnen namelijk niet zelf voor hun belangen opkomen en moeten erop kunnen vertrouwen dat de beoogd curator dat voor hen doet.³⁹ Deze zwaardere verantwoordelijkheid lijkt mij een logisch en onvermijdelijk gevolg van de belangrijke rol die de beoogd curator speelt in een voorfase van het faillissement waarin externe controle beperkt is tot toezicht van de beoogd rechter-commissaris ex art. 365 lid 2 Fw, op welk toezicht belanghebbenden (anders dan in geval van faillissement via art. 69 Fw) geen enkele invloed kunnen uitoefenen. Onder 2.2 is al geconstateerd dat de werkzaamheden van de beoogd curator in WCO I niet meer zoveel afwijken van de gebruikelijke werkzaamheden van de curator. Voor de beoogd curator betekent dit dat hij in verband met de zwaardere verantwoordelijkheden ook een groter risico op (persoonlijke) aansprakelijkheid loopt dan als curator. In het Voorontwerp is in dat verband verwezen naar de Maclou-norm⁴⁰ en is gesteld dat, net als bij de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in faillissement, hierbij de nodige terughoudendheid past.⁴¹ Een goede beroepsaansprakelijkheidsverzekering is voor de beoogd curator van groot belang. Bij gebrek aan een wettelijke regeling is de aanwijzing als beoogd curator niet een in de polisvoorwaarden beschreven activiteit van de verzekerde waarvoor dekking wordt afgegeven. Het is voor de praktijk van belang dat buiten twijfel is dat de risico's van het werk van de advocaat die door de rechtbank wordt aangewezen tot beoogd curator worden gedekt onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de advocaat, die immers ook dekking biedt voor zijn risico's als curator. In de MvT⁴² verwijst de minister naar de stelling dat een wettelijke verankering en de daarbij behorende duidelijkheid omtrent de rol van de beoogd curator bijvoorbeeld ook van belang is in het kader van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de advocaat die door de rechtbank wordt aangewezen als beoogd curator. Dit, voor de praktijk zeer belangrijke, punt verdient nog enige aandacht in het verdere wetgevingstraject.

4. De beoogd curator en de schuldenaar

4.1 Huidige praktijk

De schuldenaar speelt in de huidige praktijk een belangrijke rol. De keuze voor de aanwijzing wordt door hem gemaakt. Hij bepaalt dus (het moment van) de aanvang. Hij blijft na de aanwijzing beheers –en beschikkingsbevoegd. De beoogd

31 Zie onder meer A-G Wuisman onder 2.2.5 in zijn conclusie voorafgaande aan HR 6 juni 2014, ECLI:NL:PHR:2014:288, NJ 2014/299 (*Eurocommerce*). Zie over de crediteurencommissie onder meer B. Wessels, *Wessels Insolventierecht IV*, Kluwer: Deventer 2010, p. 245 e.v.

32 Art. 74 lid 2 Fw en art. 78 Fw.

33 MvT, p. 22.

34 MvT, p. 45-46.

35 MvT, p. 45.

36 Art. 363 lid 4 Fw.

37 Art. 363 lid 2 Fw, art. 364 lid 1 Fw en art. 365 lid 2 Fw. Zie ook MvT, p. 13.

38 Het aantal aanwijzingen wordt niet centraal geregistreerd en is mij niet bekend.

39 MvT, p. 5.

40 Zie: HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (*Maclou*) en HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, NJ 2012/515.

41 MvT bij het Voorontwerp, p. 23.

42 MvT, p. 2, noot 4.

curator fungeert niet als zijn adviseur dus hij doet er goed aan zich te laten adviseren door deskundigen. De schuldenaar moet bij verzoekschrift vragen om de aanwijzing en zich dus laten bijstaan door een advocaat.⁴³ Hij sluit, bij gebrek aan een wettelijke regeling, met de beoogd curator een overeenkomst. De beoogd curator krijgt zijn opdracht van de rechtbank, dus deze overeenkomst is niet te beschouwen als een overeenkomst van opdracht. De overeenkomst biedt een juridische basis voor zijn honorering en geeft vorm aan zijn onafhankelijke positie.⁴⁴

Tijdens de stille voorbereidingsfase heeft de schuldenaar in de huidige praktijk formeel de leiding. Aangezien zijn financiële situatie zorgelijk is en hij voor het slagen van de doorstart afhankelijk is van de beoogd curator kan gesteld worden dat de feitelijke macht bij de beoogd curator ligt. De schuldenaar kan te allen tijde vragen om beëindiging van de stille voorbereidingsfase. De overeenkomst met de beoogd curator zal daarin ook voorzien.⁴⁵ De beoogd curator verplicht zich jegens de schuldenaar tot geheimhouding. Zonder voorafgaande toestemming van de schuldenaar zal hij geen derden benaderen en informatie over de schuldenaar aan derden verstrekken.⁴⁶ Van belang is in dit verband te wijzen op het feit dat de schuldenaar alle kennis over de markt en potentiële kopers bezit en daarmee belangrijke kaarten in handen heeft voor het eindspel van de doorstartvoorbereidingen. Het is mogelijk dat hij aanstuurt op een doorstart door een aan hem gelieerde partij. Over het antwoord op de vraag of in de doorstart aan een aan de schuldenaar gelieerde partij mag worden verkocht bestaat in de praktijk geen overeenstemming. Sommige rechtbanken zien het feit dat er bij het indienen van het verzoek om aanwijzing slechts interesse bestaat bij een gelieerde partij aanleiding het verzoek af te wijzen. Door anderen wordt gesteld dat een doorstart door een gelieerde partij niet anders dient te worden beschouwd dan door een externe partij. Vaak is het juist een gelieerde partij die bereid is de hoogste prijs te betalen voor de activa.⁴⁷

4.2 WCO I

Ook op grond van WCO I brengt de aanwijzing geen verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar.⁴⁸ De beoogd curator is niet gehouden zijn instructies op te volgen.⁴⁹

De schuldenaar dient bij het aanwijzingsverzoek aan te tonen dat summierlijk blijkt van het bestaan van feiten en omstandigheden die aantonen dat is voldaan aan de voor-

waarden voor de aanwijzing zoals genoemd in art. 363 lid 1 Fw. Om de rechtbank in staat te stellen kritisch onderzoek daarnaar te verrichten is de schuldenaar gehouden zijn verzoek niet alleen te beargumenteren maar moet hij het ook voorzien van onderliggende documenten.⁵⁰ Hiermee kan de rechtbank tevens controleren of de informatie, die de beoogd curator voor de goede uitoefening van zijn taak nodig heeft, beschikbaar is. De memorie van toelichting verwijst naar de vragenlijsten die door veel rechtbanken worden gehanteerd en op basis waarvan ook thans al wordt gevraagd om overlegging van relevante informatie zoals taxatierapporten, financiële informatie, informatie over een marktverkenning voor een doorstart en de namen van mogelijke geïnteresseerden in een doorstart. De minister gaat ervan uit dat in de praktijk (door RECOFA) nadere regels zullen worden opgesteld met betrekking tot de informatie die bij een aanwijzingsverzoek moet worden overgelegd door de schuldenaar. Dit is een goede ontwikkeling. In de huidige praktijk gebeurde het al vaker dat naar deze informatie werd gevraagd. Nog niet alle rechtbanken gingen zover dat het verzoek bij gebrek aan deze informatie dadelijk werd afgewezen. Met WCO I en de op de wettelijke regeling gebaseerde praktijkregels voor de indiening van een aanwijzingsverzoek zal de beoogd curator beter geïnformeerd aan zijn taak kunnen beginnen en daarmee het doel van de stille voorbereidingsfase beter kunnen dienen. Mijns inziens is dit een van de belangrijkste voordelen van de wettelijke regeling ten opzichte van de huidige praktijk waarin geen uniform beleid kon worden vastgesteld omdat niet alle rechtbanken aanwijzingsverzoeken in behandeling wilden nemen en voor de rechtbanken die dat wel doen geen wettelijk kader beschikbaar was voor het opstellen van uniforme regels.

Indien op enig moment blijkt dat de informatie die de schuldenaar bij het aanwijzingsverzoek heeft overgelegd onjuist is, kan de curator in het op de stille voorbereidingsfase volgende faillissement na aanpassing van art. 2:138 BW/art. 2:248 BW overgaan tot aansprakelijkstelling van de bestuurder(s) van de schuldenaar of, na de inwerkingtreding van de wet, verzoeken dat de rechtbank een civielrechtelijk bestuursverbod oplegt.⁵¹ Deze sancties zijn van groot belang. In de huidige praktijk is dat voor de beoogd curator niet geregeld. Hij kan de rechtbank verzoeken hem te ontheffen van zijn taak waarmee de schuldenaar uiteraard niet slaagt in zijn met het aanwijzingsverzoek beoogde doel. De beoogd curator kan daarnaast, zodra hij tot curator is aangesteld, wellicht met succes betogen dat de bestuurders na de aanwijzing hun (bijzondere) zorgplicht, die ook na de aanwijzing en na het faillissement blijft bestaan, hebben geschonden door de beoogd curator niet volledig te informeren, waarbij de curator een beroep kan doen op het arrest

43 MvT, p. 10.

44 N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *Tvl* 2013/6, p. 204.

45 Zie bv. art. 5 van de "Modelovereenkomst stille bewindvoering" in: N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *Tvl* 2013/6, p. 213.

46 Zie art. 4 van de "Modelovereenkomst stille bewindvoering" in: N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *Tvl* 2013/6, p. 213.

47 J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Celsus juridische uitgeverij: Amersfoort 2014, p. 63-64.

48 MvT, p. 9.

49 Art. 364 lid 2 Fw.

50 MvT, p. 48.

51 Zie het bij koninklijke boodschap van 1 september 2014 ingediende voorstel van wet tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod, *Kamerstukken II* 2014/15, 34011, nr. 2.

Ontvanger/Wesselman.⁵² Op de curator rust overigens uiteraard de bewijslast van deze stelling.

De schuldenaar is gehouden de beoogd curator gevraagd én ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen die deze nodig heeft bij de uitoefening van zijn taken.⁵³ De sanctie die daarop volgens WCO I is gesteld is tweeledig. In de eerste plaats kan het niet voldoen aan deze informatieverplichting tegenover de beoogd curator ertoe leiden dat deze zich belemmerd in zijn taakuitoefening acht en op grond daarvan een verzoek indient tot ontheffing ex art. 366 lid 1 onder a Fw. Deze ontheffing staat aan een (latere) aanstelling tot curator in een eventueel hieropvolgend faillissement van de schuldenaar niet in de weg. In de tweede plaats kan deze schending ertoe leiden dat de beoogd curator niet in staat is na faillietverklaring spoedig een beslissing te nemen over de (door de schuldenaar) beoogde doorstart.⁵⁴ De informatieverplichting ligt in het verlengde van de hiervoor besproken informatieverplichting van de schuldenaar bij de indiening van het aanwijzingsverzoek. Beide informatieverplichtingen dragen bij aan de zorgvuldigheid van het proces en de mogelijkheid voor de beoogd curator zijn taak goed te vervullen. Daar waar de schuldenaar aan de ene kant een stille voorbereidingsfase wenst om een bepaald doel te realiseren is het aan de andere kant rechtvaardig naar alle betrokkenen dat de schuldenaar de door hem geroepen beoogd curator volledig en juist informeert zodat deze zijn wettelijke taken kan vervullen.

Verwacht mag worden dat bestuurders van de schuldenaren door de voorgestelde wijzigingen voldoende worden aangespoord juiste en volledige informatie te verschaffen aan de beoogd curator waardoor de stille voorbereidingsfase op een eerlijke en zorgvuldige wijze kan plaatsvinden.

De schuldenaar heeft op grond van art. 363 lid 6 Fw voor het indienen van het aanwijzingsverzoek geen toestemming van de AVA nodig. Een statutaire bepaling die een dergelijke toestemming inhoudt is nietig. De praktijk had behoefte aan deze bepaling. De visie van de minister dat de verantwoordelijkheid voor het inroepen van de hulp van de beoogd curator volledig bij het bestuur ligt en het bestuur dan ook naar eigen inzicht hiervan gebruik moet kunnen maken is juist en leidt tot een voor de praktijk wenselijke besluitvorming ter zake van het aanwijzingsverzoek.⁵⁵ In het advies van de Raad van State is opgemerkt dat, indien er een Raad van Commissarissen bij de vennootschap is ingesteld deze wel betrokken moet worden bij het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator. Op grond hiervan zijn art. 2:164 lid 1, onder i en 2:274 lid 1, onder i BW gewijzigd opdat de bestuurders van een NV of BV voorafgaande aan

de indiening van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator de goedkeuring van de Raad van Commissarissen moeten verkrijgen.⁵⁶

Op grond van de bepalingen in WCO I wordt de verhouding tussen beoogd curator en schuldenaar aanzienlijk gereguleerd wat de zorgvuldigheid van het proces ten goede komt. De verplichtingen van de schuldenaar zijn duidelijk vastgelegd en WCO I bevat voldoende prikkels voor de schuldenaar deze verplichtingen na te komen. WCO I biedt de beoogd curator ten opzichte van de huidige praktijk belangrijke mogelijkheden het doel van de aanwijzing te realiseren.

5. De beoogd curator als bewaker van een eerlijk (verkoop)proces

5.1 Huidige praktijk

Het doel van de stille voorbereidingsfase in de huidige praktijk is veelal de gecontroleerde voorbereiding van een doorstart. In sommige gevallen verdampt de waarde van het boedelactief na faillissement zo snel dat het voor de net aangestelde curator lastig is op tijd, en voor een goede prijs, een doorstart te realiseren. Om die reden kan een stille voorbereidingsfase waarin een doorstart wordt voorbereid nuttig zijn. De beslotenheid van de stille voorbereidingsfase maakt het aan de andere kant lastiger voor de beoogd curator in contact te komen met potentiële kopers. Het belang van de stilte van deze voorbereidingsfase voor het realiseren van een verkoop tegen een zo hoog mogelijke koopprijs wordt hierbij gesteld boven de belangen van de betrokkenen op een transparant verkoopproces.

Hurenkamp heeft vastgesteld dat de aanwijzing in de 48 door hem geanalyseerde zaken in 37 gevallen is aangewend om onderhandelingen te voeren met mogelijke kandidaten over een doorstart. In deze gevallen werd tijdens de aanwijzing of kort na de hieropvolgende insolventieprocedure met één van de kandidaten overeenstemming bereikt over de doorstart. Met de in deze gevallen gerealiseerde doorstart werd gemiddeld 64% van de werkgelegenheid bij de schuldenaar behouden. In zes gevallen kon het doel van de aanwijzing niet worden bereikt omdat de overgebleven kandidaat zich alsnog terugtrok of omdat beoogd curator en kandidaat geen overeenstemming konden bereiken over de voorwaarden van de doorstart. Na faillietverklaring is in deze gevallen toch nog een (beperkte) doorstart gerealiseerd maar daarmee kon gemiddeld slechts 25% van de werkgelegenheid van de schuldenaar behouden blijven.⁵⁷ Hurenkamp heeft geconstateerd dat een eigen onderzoek van de beoogd curator naar overige kandidaten weinig toevoegde aan de zoektocht van de schuldenaar. De beoogd curator heeft slechts in enkele gevallen een zelfstandig onderzoek verricht naar de mogelijkheden van een doorstart binnen de markt van de schuldenaar. Hij

52 HR 11 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO9577, JOR 2011/114, m.nt. W.J.M. van Andel. Zie voor een uitvoerige bespreking van de zorgplicht van de bestuurder bij een doorstart en dit arrest: Ph.W. Schreurs, 'A Corporate Cloak. De bijzondere zorgplicht van de bestuurder ná faillissement' in: *De ondernemende curator. Insolad Jaarboek 2011*, Kluwer: Deventer 2011, p. 221-229.

53 Art. 364 lid 3 Fw, MvT, p. 54.

54 MvT p. 20.

55 MvT, p. 30-32. Zie voorts mijn reactie op het Voorontwerp, kenbaar via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i/reactie/a0ea5e39-0d29-4850-bfb6-681a4267c9f6, p. 13.

56 *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 4 (Nader rapport inzake het wetsvoorstel voor de Wet continuïteit ondernemingen I), p. 10.

57 J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Cel-sus juridische uitgeverij: Amersfoort 2014, p. 54-55.

verwijst daarvoor naar de pre-pack van De Harense Smid waarin de beoogd curator een biedingsmemorandum na ondertekening van een geheimhoudingsovereenkomst heeft gezonden aan potentiële bidders die geïnteresseerd zouden kunnen zijn in een overname of samenwerking al dan niet na faillietverklaring.⁵⁸

De kritiek tegen de pre-pack is de afgelopen jaren, in versterkte mate naar aanleiding van de doorstart na het faillissement van kinderopvangorganisatie Estro, voornamelijk gericht tegen de geheime voorbereiding van de verkoop. De vrees bestaat dat de belangen van de betrokkenen in het faillissement uiteindelijk toch niet gediend zijn door de stille voorbereidingsfase vanwege het gebrek aan transparantie en normale marktwerking, alsmede het risico van misbruik van de regeling door de schuldenaar, bijvoorbeeld om snel door te kunnen starten na faillissement zonder dat andere geïnteresseerde partijen zich hebben kunnen melden bij de curator. De pre-pack zou daarbij concurrentievervalsend werken.⁵⁹ Het advies van de NOvAA is op dit punt zeer kritisch. Er wordt gewezen op de ontneming van rechten van schuldeisers zonder zekerheidsrechten, contractspartijen en werknemers bij een faillissement gevolgd door een doorstart van het failliete bedrijf, terwijl de doorstart vaak door dezelfde aandeelhouders en onder leiding van dezelfde directie wordt gerealiseerd. In het advies wordt gesteld:

“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.”⁶⁰

Daartegenover kan worden gesteld dat de risico's op misbruik van faillissementsrecht en een suboptimaal verkoopresultaat bij een verkoop na faillissement groter zijn dan bij een doorstart die is voorbereid onder het toezien van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris in het kader van een door de rechtbank aan de beoogd curator verstrekte opdracht. Immers, bij een regulier faillissement zal de doorstart pas na de faillietverklaring kunnen worden voorbereid of deze wordt door de schuldenaar voor de faillietverklaring op eigen houtje voorbereid. Ook deze scenario's zijn voor betrokkenen niet optimaal. De hectiek die ontstaat direct na faillissement en de druk op de curator snel een doorstart te realiseren, omdat door tijdsverloop voortzetting van activiteiten steeds moeilijker wordt, hebben gewoonlijk een prijsdrukkend effect. Daarnaast zal de rol van andere marktpartijen bij een voorbereiding in stilte door de schuldenaar zelf, zonder enige betrokkenheid van een onafhankelijke derde, ook zwak kunnen zijn. Zij worden, net als de curator en de rechter-commissaris onvoorbereid geconfronteerd met het faillissement en de al door de schuldenaar volledig voorbereide doorstart. De curator wordt verzocht zo snel mogelijk “bij het kruisje” te tekenen voor de doorstart bij gebreke waarvan, zo wordt vaak gesteld, een doorstart niet meer mogelijk zal zijn en de curator niets anders resteert dan over te gaan tot liquidatieverkoop van de losse activabestanden. In deze situatie hebben betrokkenen een informatieachterstand waardoor zij niet altijd in staat zijn in de zeer korte tijd die resteert te komen met een (hoger) bod dan bij de doorstart door de schuldenaar zelf is voorbereid.⁶¹ In dit verband kan worden opgemerkt dat er niets is wat de schuldenaar zonder de pre-pack niet kan doen, wat hij met de pre-pack wel kan doen. Ook zonder de pre-pack kan de schuldenaar zijn onderneming te koop aanbieden onder een zelf gekozen (grote of kleine) groep van al dan niet gelieerde partijen, sturen op een bepaald onderhandelingsresultaat, vervolgens eigen faillissement aanvragen en de curator weinig alternatieven laten anders dan over te dragen op de voorwaarden zoals hij voor faillissement heeft voorbereid.⁶²

INSOLAD heeft, vooruitlopend op WCO I, in art. 5 van de Praktijkregels al een aantal bruikbare richtlijnen gegeven voor de activiteiten van de beoogd curator bij de (voorbereiding van de) doorstart op grond waarvan de vrees voor een oneerlijk proces met een voor de crediteuren slecht resultaat kan worden weggenomen. Indien sprake is van een verkoop aan een gerelateerde partij dient de beoogd curator extra terughoudend te zijn in te stemmen met het achterwege laten van een deugdelijk biedingsproces.⁶³ Zeker bij verkoop aan een gerelateerde partij moet de beoogd curator zich ervan vergewissen dat externe partijen die eventuele

58 J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Celsus juridische uitgeverij: Amersfoort 2014, p. 57.

59 Zie o.m.: G.H. Gispén, ‘De “pre-pack” is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers’, in 40XL, *Liber Amicorum M.J.M. Franken*, eigen uitgave Van Iersel Luchtman Advocaten NV: Breda 2013, p. 85-86; J.C. van Apeldoorn, ‘Pre-packs’, *Tvl* 2012/17; O. Tacoma/C. Weebers-Vrenken, ‘The b(l)ack side van een pre-pack faillissement’, *VGR* 2013-6; J. van der Pijl, ‘Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?’, *ArbeidsRecht* 2013/38, p. 8-9; B.J. Tideman, ‘Kritische kanttekeningen bij de pre-pack’, *FIP* 2013/6, p. 191; M.J. Cools, ‘Een doorstart in voorverpakking’, *FIP* 2013/8; M.H.F. van Vugt, ‘De Nederlandse pre-pack: time-out please!’, *FIP* 2014/1, p. 27-29; R.J. van der Ham, ‘Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack’, *ArbeidsRecht* 2014/28, p. 18-19; W.J.M. van Andel, ‘Stop met de pre-pack’, *Tvl* 2014/37; R.R. Verkerk/M. Windt/T.L. Rozendal, ‘Prepacks: transparantie en verantwoording achteraf’, *Tvl* 2014/40; I. Zaal, ‘De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling’, *FIP* 2014/8.

60 Advies NOvAA van 21 januari 2014, onder 2.4 en 2.5, te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i/reactie/8409b0dc-df98-43be-828c-31e07736f413. Zie in dezelfde zin: P. de Waard, ‘Flitsfaillissement zoals bij Neckermann is illegale variant van reorganiseren’, *Volkskrant* 1 juli 2014. Zie voor mijn reactie op dit artikel: ‘Doorstart is voor velen een zegen’, *Volkskrant* 7 juli 2014, p. 22.

61 MvT, p. 26-27.

62 F.M.J. Verstijlen, ‘Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack’ in: *Preadvis van de Vereniging ‘Handelsrecht’ Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 27-28; P.J. Frölich, ‘Redding en sanering: een monomaan of modern paradigma? Over de pre-pack en dergelijke’, *AA*, maart 2015, p. 200-201.

63 Art. 5.4 Praktijkregels.

belangstelling zouden kunnen hebben voldoende gelegenheid hebben gekregen, of onder gehoudenheid tot geheimhouding, alsnog verkrijgen, een bod uit te brengen tenzij dit de waarde van de onderneming ernstig zou aantasten en tot een substantieel lagere opbrengst zou leiden.⁶⁴ Als de beoogd curator in een zodanig laat stadium bij de zaak wordt betrokken dat hij de doorstart niet met inachtneming van onder meer de hiervoor genoemde regels kan voorbereiden dan verleent hij voor faillissement geen medewerking aan een doorstart.⁶⁵

5.2 WCO I

De hiervoor beschreven kritiek lijkt ertoe te hebben geleid dat er vanaf medio 2014 (na de doorstart van Estro) door rechtbanken minder snel is overgegaan tot het inwilligen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Er zijn helaas geen gegevens beschikbaar met betrekking tot het antwoord op de vraag of de in die faillissementen wellicht toch gerealiseerde doorstart tot een lagere boedelopbrengst heeft geleid en voor behoud van werkgelegenheid heeft gezorgd dan was voorzien bij de (afgewezen) aanvraag van de aanwijzing.

De meerwaarde van de pre-pack lijkt door de kritiek te zijn overschaduwd. Er bestaat dan ook grote behoefte aan een wettelijke regeling op grond waarvan de beoogd curator in staat zal zijn het verkoopproces zo eerlijk mogelijk (en in ieder geval eerlijker dan bij een voorbereiding van een faillissement zonder voorafgaande stille voorbereidingsfase) te laten verlopen, uiteraard wel binnen de beperkingen die een stille voorbereidingsfase met zich brengt. In WCO I is veel aandacht besteed aan het bieden van mogelijkheden aan de beoogd curator het (verkoop)proces zo eerlijk en transparant mogelijk te voeren. Deze mogelijkheden zullen hierna worden besproken.

De beoogd curator wordt geacht het voorbereidingsproces "met kritische blik" te volgen.⁶⁶ Doordat de beoogd curator al tijdens de stille voorbereidingsfase aan boord is wordt het voor hem mogelijk voortijdig te handelen indien hij van mening is dat het voorbereidingsproces voor faillietverklaring een wending neemt die niet in het belang is van de betrokkenen. Deze mogelijkheid heeft de curator uiteraard niet omdat dan de voorbereiding van de doorstart (buiten zijn aanwezigheid) vaak al is afgerond.

Hoewel de beoogd curator niet optreedt als toezichthouder in de gebruikelijke betekenis van het woord en hij zich niet tot in detail bemoeit met de bedrijfsvoering van de schuldenaar kijkt hij wel kritisch mee. De minister gaat er ook van uit dat de beoogd curator de schuldenaar erop aanspreekt wanneer het voorbereidingstraject een wending lijkt te nemen waardoor het niet langer de belangen dient die hij behartigt, opdat de schuldenaar zelf zijn voorbereidingstraject bijstuurt. Als dan de schuldenaar het voorbereidingstraject niet bijstuurt dan moet de beoogd curator handelen.⁶⁷ Dit

alles overigens zonder dat de beoogd curator kan worden gevraagd verklaringen af te leggen, zoals in art. 365 lid 2 van het Voorontwerp nog wel was voorgesteld.⁶⁸

De beoogd curator controleert de stappen die de schuldenaar reeds heeft genomen en kijkt mee met de vervolgstappen. Hij moet het verkoopproces kritisch beoordelen, erop toezien dat dit proces integer is en dat actief wordt gezocht naar potentiële overnamekandidaten. De minister wijst hierbij op de in Engeland ontwikkelde website 'The UK's Online Insolvency Marketplace'.⁶⁹

Voorts gaat de minister ervan uit dat de beoogd rechter-commissaris kritisch meekijkt met het voorbereidingstraject en toezicht houdt op het functioneren van de beoogd curator.⁷⁰ Beoogd curator en beoogd rechter-commissaris kunnen tijdens de stille voorbereidingsfase al procedureafspraken maken voor het traject dat na faillietverklaring zal worden gevolgd. Zo kan besproken worden of het zinvol is crediteuren na faillietverklaring invloed te geven door de instelling van een crediteurencommissie ex art. 74 lid 1 Fw.⁷¹

In art. 363 lid 4 Fw is voorts bepaald dat de rechtbank aan de aanwijzing, of de verlenging van de termijn, zodanige voorwaarden verbindt als zij nodig oordeelt ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel, ter versterking van de positie van de beoogd curator of ter behartiging van de belangen van de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers. De minister geeft aan dat indien er maar één serieuze doorstartkandidaat in beeld is gebracht bij de beoogd curator, de rechtbank als voorwaarde voor de faillietverklaring kan stellen dat na de faillietverklaring eerst een publieke aankondiging zal moeten worden gedaan of een termijn zal worden gegund aan belanghebbenden om op de voorbereide doorstart te kunnen reageren. De reacties van betrokkenen zouden kunnen leiden tot heronderhandeling. Een andere voorwaarde die kan worden gesteld is dat de beoogd curator ervoor dient te zorgen dat bij verkoop de beste prijs tot stand komt of een meer gedetailleerd plan beschikbaar komt voor de redding van de rendabele bedrijfsonderdelen.⁷²

De beoogd curator krijgt op grond van het vorenstaande samen met de beoogd rechter-commissaris meer mogelijkheden het proces op een zorgvuldige wijze en passend bij de omstandigheden van het specifieke geval in te richten dan in de huidige praktijk. Het geheime karakter van de stille voorbereidingsfase en de daaraan verbonden nadelen worden in WCO I (in ruime mate) gecompenseerd door de vele waarborgen die zijn toegevoegd. De suggestie van de minister van een stille voorbereidingsfase gevolgd door een korte openbare fase waarin andere geïnteresseerden betrokken

⁶⁴ Art. 5.5 Praktijkregels.

⁶⁵ Art. 5.6 Praktijkregels.

⁶⁶ MvT, p. 7.

⁶⁷ MvT, p. 18 en p. 53.

⁶⁸ MvT, p. 53.

⁶⁹ MvT, p. 18-19.

⁷⁰ MvT, p. 23.

⁷¹ MvT, p. 24-25.

⁷² MvT, p. 50.

worden bij de voorbereide doorstart die kunnen (over)bie-den, is ook door verschillende auteurs gedaan.⁷³ De vraag kan worden gesteld of deze suggestie in de praktijk zal werken. Het risico bestaat namelijk dat, indien niet gelijk na faillietverklaring wordt doorgestart en de doorstarter niet gelijk de juist ontslagen werknemers in dienst neemt en met de leveranciers van de failliet overeenkomsten sluit, de continuïteit van de bedrijfsvoering in gevaar komt en daarmee ook de mogelijkheid van een doorstart. Dit zal gevolgen kunnen hebben voor de prijs die de doorstarter bereid is hiervoor te betalen. Deze suggestie zal wellicht eenvoudiger zijn op te volgen na inwerkingtreding van het nog niet beschikbare wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen III, waarin onder meer een doorleveringsverplichting na faillissement zal worden geregeld. Een dergelijke doorleveringsverplichting voorkomt discontinuïteit daags na faillietverklaring zodat de curator meer tijd heeft voor het sluiten van de doorstartovereenkomst. Ook kan worden gedacht aan het opnemen in de Faillissementswet van een bepaling zoals voorgesteld in art. 249 (nieuw) Fw door INSOLAD in het door haar opgestelde concept wetsontwerp met betrekking tot de surseance van betaling.⁷⁴ Indien de voortzetting van de onderhandelingen na faillietverklaring tijdens een bedenktijd kan plaatsvinden zonder dat het risico bestaat dat een doorstart niet meer of uitsluitend onder (voor de boedel) ongunstigere voorwaarden kan plaatsvinden, en er dus een verdere aanpassing van de Faillissementswet plaatsvindt, kan dit een nuttig instrument voor de pre-pack praktijk zijn.

Mijns inziens geeft WCO I voldoende mogelijkheden die in de literatuur besproken nadelen ten aanzien van het verkoopproces te ondervangen. Het is van belang dat de beoogd curator door de schuldenaar volledig wordt geïnformeerd ook ten aanzien van de marktverkenning en de interesse van potentiële externe doorstartkandidaten. Het is voor de praktijk goed dat WCO I daarvoor de nodige waarborgen geeft. Indien na faillietverklaring blijkt dat de schuldenaar de beoogd curator en de rechtbank niet volledig en juist heeft geïnformeerd dan kan dit grond zijn voor een aansprakelijkstelling door de curator op grond van het nieuwe art. 2:138 lid 1 BW/art. 2:248 lid 1 BW. De curator heeft hierdoor in een procedure door de omkering van de bewijslast een sterkere positie. Deze uitbreiding van de gevallen van kennelijk onbehoorlijk bestuur en de gevolgen hiervan voor bestuurders zijn mijns inziens gerechtvaardigd door het grote belang dat alle betrokkenen hebben op een eerlijke proce-

dure waarbij voorkomen moet worden dat een bestuurder misbruikt maakt van de stilte van het proces en zijn kennisvoorsprong om er vervolgens zelf beter van te worden ten koste van de crediteuren. Het nieuwe gereedschap dat is toegevoegd aan de gereedschapskist van de beoogd curator maakt dat een verkoop tegen de beste prijs (vaak nog beter dan na een onvoorbereid faillissement)⁷⁵ zoveel mogelijk wordt bevorderd.

6. De beoogd curator en werknemers en de bestrijding van misbruik

6.1 Huidige praktijk

De (slechte) positie van werknemers bij een pre-pack heeft de afgelopen jaren in de literatuur en in de media tot veel kritiek ten aanzien van de pre-pack geleid. Werknemers zijn niet betrokken bij het aanwijzingsverzoek en werknemers-vertegenwoordigers of vakbonden worden in verband met de stilte van het proces veelal niet betrokken bij de stille voorbereidingsfase. Zoals hiervoor aangegeven onder 5.1 worden zij na faillietverklaring niet alleen geconfronteerd met het (soms) onverwachte faillissement, maar daarnaast ook met de direct daaropvolgende doorstart, vaak door een gelieerde partij. Vaak is het boventallig personeel een reden om voor een pre-pack en doorstart na faillissement te kiezen in plaats van een reorganisatie buiten faillissement.⁷⁶ Als gevolg van het faillissement verliezen de werknemers hun arbeidsrechtelijke bescherming en worden zij dadelijk ontslagen door de curator die daarvoor slechts machtiging van de rechter-commissaris nodig heeft. Er is geen ontslagvergoeding verschuldigd,⁷⁷ en de ontslagverboden gelden niet. Op grond van art. 7:666 BW gelden de beschermende regels niet bij een overgang van onderneming indien de werkgever failliet is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

In de literatuur wordt gewezen op het risico van misbruik van recht dat via de pre-pack door de schuldenaar kan worden gemaakt door in het geheim een doorstart aan een gelieerde partij voor te bereiden en deze doorstart direct na faillietverklaring en ontslag van de werknemers te realiseren. Door diverse (hoofdzakelijk arbeidsrechtelijke) auteurs is gewezen op de afwezigheid van een vorm van medezeggenschap van de werknemers in de voor de schuldenaar zo belangrijke stille voorbereidingsfase en op de mogelijke toepasselbaarheid van de beschermende regels van overgang

73 Zie: Ton Tekstra, 'Bouw bij pre-pack de mogelijkheid van bedenktijd in', *Het Financieel Dagblad* 3 september 2014; R.R. Verkerk/M. Windt/T.L. Rozendal, 'Prepacks: transparantie en verantwoording achteraf', *Tvl* 2014/40 onder 4.2; M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time-out please!', *FIP* 2014/1, p. 28; F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack' in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 50; W.J.P. Jongepier/K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *FIP* 2013/6, p. 198-199; J.M. Hummelen, 'Het verkoopproces in een pre-packaged activatransactie', *Tvl* 2015/2.

74 Hierin wordt kort gezegd bepaald dat indien de prestaties noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming, de crediteur zijn prestaties niet mag opschorten en niet kan ontbinden gedurende een termijn van 6 maanden. Het concept wetsontwerp is te vinden op: www.insolad.nl.

75 Zie ook het verkennend onderzoek dat de Radboud Universiteit en BDO hebben uitgevoerd naar de effecten van de huidige praktijk op de hoogte van de boedelopbrengst. De onderzoekers gaan er bij de huidige praktijk vanuit dat sprake is van een meeropbrengst van 10%-30%, zie: 'Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelopbrengst', *Het Financieel Dagblad* 7 juli 2014.

76 F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack' in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 53.

77 In het (nieuwe) art. 7:673c BW is expliciet bepaald dat de transitievergoeding niet langer verschuldigd is indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard.

van onderneming.⁷⁸ Kort gezegd stellen deze auteurs, dat art. 7:666 BW slechts geldt indien er sprake is van een op liquidatie gerichte procedure. Zij zijn van mening dat de pre-pack, die bedoeld is een voortzetting van de onderneming voor te bereiden via faillissement, niet als een op liquidatie gerichte procedure kan worden beschouwd. Voorts wordt gesteld dat de overeenstemming met betrekking tot de doorstart feitelijk reeds voor faillissement in kunnen en kruiken is en nadien wordt uitgevoerd op grond waarvan geen beroep kan worden gedaan op de bepaling van art. 7:666 BW. Met betrekking tot de medezeggenschap wordt onder meer gesteld dat het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator adviesplichtig is, omdat dit verzoek valt onder art. 25 lid 1 onder n WOR.⁷⁹ Zaal stelt dat het uitgangspunt moet zijn dat de OR, onder geheimhouding, zo vroeg mogelijk in het proces wordt betrokken.⁸⁰

Inmiddels hebben de vakbonden procedures aanhangig gemaakt bij de kantonrechter tegen de doorstarters in de faillissementen van Estro en Heiploeg. In deze procedures vragen de vakbonden de kantonrechter te beoordelen of de doorstart die in deze faillissementen tijdens de stille voorbereidingsfase is voorbereid en na faillissement is gerealiseerd kan worden beschouwd als overgang van onderneming op grond waarvan alle werknemers van de failliete ondernemingen van rechtswege in dienst zouden zijn gekomen van de doorstarter.

Deze stelling wordt door verschillende auteurs bestreden.⁸¹ In de eerste plaats heeft Schaink met betrekking tot de gestelde arbeidsrechtelijke omzeiling door een in de stille

voorbereidingsfase voorbereide doorstart terecht gesteld dat het hem nog bepaald niet is gebleken dat toepassing van de pre-pack ten koste is gegaan van méér werkgelegenheid dan het geval zou zijn geweest bij een 'gewone' doorstart zonder pre-pack. Hij gaat er daarbij vanuit dat een faillietverklaring in deze situaties uiteindelijk hoe dan ook zou hebben plaatsgevonden.⁸²

In de tweede plaats bepaalt art. 5 lid 1 van de Richtlijn 2001/23/EG ("Richtlijn") dat, tenzij de lidstaten anders bepalen, de beschermende regels van overgang van onderneming van art. 3 en 4 van de Richtlijn, niet van toepassing zijn "op een overgang van onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn)". Onder verwijzing naar twee arresten van het Hof van Justitie uit 1998 inzake *Dethier/Dessy*⁸³ en *Europièces*⁸⁴ stelt Beltzer dat het Hof benadrukt dat de uitzondering van de toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming slechts geldt, indien sprake is van een op liquidatie gerichte procedure. Hij meent op basis hiervan dat gesteld kan worden dat de nadruk verschuift van louter het formele doel van de faillissementsprocedure (de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar) naar de materiële aspecten (wat gebeurt er feitelijk?).⁸⁵

Deze opvatting wordt bestreden door Verburg. Hij stelt dat het Hof in de eerdergenoemde zaken moest oordelen over een 'gerechtelijke vereffening buiten faillissement' en een 'vrijwillige vereffening'. Het Hof heeft een oordeel moeten geven over de vraag of deze procedures soortgelijk zijn aan de faillissementsprocedure in de zin van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Verburg wijst erop dat het Hof op het punt van het uitgezonderd zijn van de faillissementsprocedure zelve geen enkele nuancering heeft aangebracht op eerdere jurisprudentie maar deze zelfs heeft bevestigd door te stellen in het *Europièces*-arrest "om te beginnen", onder verwijzing naar het *Abels*-arrest, dat de Richtlijn niet van toepassing is op een overgang van onderneming van een werkgever die failliet is verklaard.⁸⁶ Mijns inziens ziet de passage "met het oog op de liquidatie van het vermogen" uit art. 5 lid 1 van de Richtlijn daarom niet op "een faillissementsprocedure", maar uitsluitend op "of in een soortgelijke procedure". Ook andere procedures die lijken op een faillissementsprocedure kunnen leiden tot het buiten werking stellen van de beschermende regels van overgang van onderneming, mits ze voldoen aan het in het artikel en de jurisprudentie nader bepaalde doel, te weten de liquidatie van het vermogen.

78 R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014/360; R.M. Beltzer, 'Continuïteit van ondernemingen en pre-pack: hoe een idee een Europese richtlijn mist', *Onderneming en Financiering* 2015 (23) 1, p. 32-43; R.J. van der Ham, 'Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack', *ArbeidsRecht* 2014/28; P. Huffman/I. Zaal, 'Insolventie en arbeid: tijd voor een integrale benadering', *Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming*, nr. 2, juni 2014, p. 47-48; P. Huffman/I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014/98; J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap – een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38; B.J. Tideman, 'Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland geef ons de pre-pack+', *FIP* 2013, p.234-237; P.A.M. Witteveen, 'Ondernemingsrecht, Fusieregels, vakbonden en wezenlijke invloed', *Ondernemingsrecht* 2014/127; I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40; I. Zaal, 'De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling', *FIP* 2014/363.

79 Een (voorgenomen) besluit valt onder dit artikel indien sprake is van een adviesopdracht; deze opdracht wordt verleend aan een deskundige buiten de onderneming en deze adviesopdracht heeft betrekking op een adviesplichtig voorgenomen besluit in de zin van art. 25 lid 1 onder a-m WOR. Zie: I. Zaal, 'De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling', *FIP* 2014/363.

80 Zie: I. Zaal, 'De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling', *FIP* 2014/363.

81 E. Loesberg, 'Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht. Heiligt het doel de middelen?', *TOP* 2013, nr. 1, p. 31; S.S.M. Peters, 'Overgang van onderneming en faillissement – van schot in de roos tot koude douche', *Annotaties AR* 2014-0822; P.R.W. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *TvI* 2015/16; L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014/361; F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack' in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 53-61; M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47.

82 P.R.W. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *TvI* 2015/16, p. 104.

83 HvJ EG 12 maart 1998, *JAR* 1998/100 (*Dethier/Dessy*).

84 HvJ EG 12 november 1998, *JAR* 1999/15 (*Europièces*).

85 R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014/360.

86 L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014/361.

Het tweede argument voor de stelling dat art. 7:666 BW niet van toepassing is op een doorstart die is voorbereid tijdens een pre-pack houdt verband met het tijdstip van de totstandkoming van de overgang van onderneming. Schaink⁸⁷ en Verburg⁸⁸ houden vast aan de Richtlijn-conforme inhoud van het begrip overgang als bevestigd in het Celtec-arrest.⁸⁹ Van belang is het moment van daadwerkelijke change of control, en dus ook het moment dat dat plaatsvindt. Dat vindt per definitie plaats na faillissement en dus vindt er geen overgang plaats vóór faillissement.

De meningen op dit punt zijn dus sterk verdeeld. De praktijk heeft behoefte aan een wettelijke regeling op grond waarvan duidelijk is wat de positie van de werknemers gedurende de stille voorbereidingsfase is en welke maatregelen tegen misbruik worden getroffen. Daarbij dient er wel op te worden gewezen dat een faillissement er per definitie toe leidt dat vele rechten van betrokkenen worden aangetast en veelal worden omgezet in de mogelijkheid tot het indienen van een vordering in verband met de door hen geleden schade in het faillissement. Dat de positie van betrokkenen in een aan het faillissement voorafgaande stille voorbereidingsfase van de schuldenaar, die zich in een uiterst zorgwekkende financiële positie bevindt en waarvan verwacht mag worden dat deze binnen een aantal dagen of (uiterlijk) weken failliet wordt verklaard, niet veel beter is zal niet verbazen. De positie van werknemers in faillissement is overigens in sommige opzichten beter geregeld dan de positie van andere betrokkenen, zoals leveranciers. De werknemer verliest zijn baan, maar de curator moet bij het ontslag wel een opzegtermijn in acht nemen. Voorts is de vordering van het loon van de werknemer na faillissement op basis van art. 40 Fw een boedelvordering. Wat de werknemer over het lopende kalenderjaar en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft is op grond van art. 3:288 onder d BW een preferente vordering. Het UWV neemt een groot aantal verplichtingen over die de failliete werkgever niet is nagekomen tegenover de werknemer, waaronder het salaris over de opzegtermijn en het niet betaalde salaris over de periode van 13 weken voorafgaande aan het faillissement. Ten slotte heeft de werknemer via art. 67 lid 2 Fw de mogelijkheid van hoger beroep tegen de door de rechter-commissaris aan de curator gegeven machtiging voor het ontslag. Werknemers krijgen dan ook als een van de weinige crediteuren (gedeeltelijke) betaling van hun vordering en met hun bijzondere positie is ook in de huidige Faillissementswet al op diverse plaatsen rekening gehouden waardoor hun positie aanzienlijk sterker is dan de overige crediteuren. Zij raken, vaak zonder dat er sprake is van een opzegtermijn, hun klant kwijt en kunnen hun vordering slechts ter verificatie bij de curator aanmelden.

6.2 WCO I

In WCO I is, mede naar aanleiding van de hiervoor genoemde kritiek en het advies van de Raad van State, bijzondere aandacht besteed aan de positie van werknemers en de bestrijding van misbruik.⁹⁰

In de eerste plaats kan worden gewezen op het gewijzigde art. 74 lid 2 Fw op grond waarvan een crediteurencommissie kan worden ingesteld bij de op de stille voorbereidingsfase volgende faillietverklaring indien de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator daartoe aanleiding zien. Aangezien de crediteurencommissie de curator van advies zal dienen over de beslissingen over een eventuele doorstart ligt het volgens de minister in de rede dat de werknemers in de commissie worden vertegenwoordigd.⁹¹ Dit is een goede gedachte en de wijziging van deze bepaling zal er naar mijn idee toe kunnen leiden dat een crediteurencommissie sneller zal worden ingesteld dan in de huidige praktijk het geval is mede omdat de minister benadrukt dat werknemers bij het nemen van de beslissing over een doorstart een goede adviseur van de curator kunnen zijn.

In de tweede plaats kan gewezen worden op art. 363 lid 4 Fw waarin is bepaald dat de rechtbank aan de aanwijzing zodanige voorwaarden kan verbinden als zij nodig oordeelt ter verwezenlijking van onder meer de belangen van de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers. Uit de memorie van toelichting volgt dat gedacht kan worden aan de voorwaarde dat de OR – onder geheimhouding – wordt betrokken bij de stille voorbereidingsfase. De leden van de OR zijn op basis van art. 20 WOR op straffe van een strafrechtelijke sanctie, verplicht tot geheimhouding ten aanzien van een aantal zaken.⁹² Ook denkt de minister aan betrokkenheid van de vakbonden bij de stille voorbereidingsfase. Waar ten aanzien van de vakbonden geen wettelijke geheimhoudingsverplichting bestaat lijkt het, zeker indien de OR wordt betrokken bij de stille voorbereidingsfase, niet voor de hand te liggen dat de voorwaarde wordt gesteld tot overleg met de vakbonden in de stille voorbereidingsfase. Dat de vakbonden in recente zaken hebben laten zien dat zij optreden als behartiger van de belangen van werknemers bij in financiële moeilijkheden verkerende ondernemingen en procedures zijn gestart naar aanleiding van twee recente doorstarts overtuigt mij nog niet van de noodzaak van hun deelname, zeker niet daar waar niet gesproken wordt over andere groepen belanghebbenden die evenzeer belangen zullen hebben bij een doorstart en voortzetting van de met de schuldenaar opgebouwde relatie. De minister is mijns inziens terecht van mening dat het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator niet adviesplichtig is.⁹³ Met WCO I wordt een mogelijkheid voor de OR gecreëerd betrokken te raken bij de stille voorbereidingsfase, waarbij de rechtbank uiteindelijk de beslissing neemt over de wenselijkheid van

87 P.R.W. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *Tvl* 2015/16, p. 104.

88 L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014/361.

89 HvJ EG 26 mei 2005, *JAR* 2005/205 (*Celtec*).

90 MvT, p. 3.

91 MvT, p. 22.

92 MvT, p. 14 en p. 50.

93 MvT, p. 32-33.

de betrokkenheid van de OR. De OR komt op dit punt derhalve geen beroep op art. 25 WOR toe.

Er zou wel een rol voor de vakbonden weggelegd kunnen zijn in verband met het vanaf 1 juli 2015 geldende art. 7:668a BW. In dit artikel is de ketenregeling opgenomen. Dit artikel is van belang voor de doorstartpraktijk omdat de ketenregeling op grond van het huidige art. 7:668a lid 1 BW ook van toepassing is op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen werknemer en verschillende werkgevers als deze “ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn”. Deze bepaling kon ertoe leiden dat een doorstarter na faillissement kon worden beschouwd als opvolgend werkgever en derhalve rekening moest houden met het aantal voor de doorstart gesloten arbeidsovereenkomsten of de duur ervan. Dit kan ertoe leiden dat hij bij de doorstart deze werknemer geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan aanbieden. Met het arrest *Van Tuinen/Taxicentrale Wolters*⁹⁴ heeft de Hoge Raad een voor de doorstartpraktijk belangrijk dubbel criterium geïntroduceerd. Voor toepasselijkheid van deze bepaling moest er zowel sprake zijn van nagenoeg “dezelfde werkzaamheden” bij de oude en de nieuwe werkgever, alsmede van “zodanige banden” tussen de oude en de nieuwe werkgever dat de kennis over de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer die de oude werkgever had gekregen, dient te worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.⁹⁵ In de praktijk betekende dit dat in ieder geval een niet gelieerde doorstarter minder snel te vrezen had van de ketenregeling.

Met de (vanaf 1 juli 2015 geldende) bepaling van art. 7:668a lid 2 BW wordt deze versoepeling teniet gedaan. Hierin is namelijk bepaald dat de ketenregeling van toepassing is: “ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer”. Hierdoor zal bij een doorstart na faillissement in beginsel sprake zijn van opvolgend werkgeverschap⁹⁶ met als consequentie dat de doorstarter geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan aanbieden en wellicht dus afziet van de doorstart of aan minder werknemers een arbeidsovereenkomst aanbiedt. Het (nieuwe) art. 7:668a lid 6 BW bepaalt dat bij collectieve arbeidsovereenkomst ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken van het bepaalde in lid 2. Dit brengt mij tot de mogelijke rol die voor de vakbonden zou kunnen zijn weggelegd in de pre-pack of de kort daaropvolgende situatie. Indien de tijdens de stille voorbereidingsfase overgebleven doorstartkandidaat als gevolg van (het nieuwe) art. 7:668a lid 2 BW na faillissement dreigt af te zien van het in dienst nemen van een groot aantal werknemers zou direct na faillissement (desnoods voorbereid tijdens de pre-pack) een “pre-pack CAO” kunnen worden gesloten tussen de doorstarter en de vakbonden waarin wordt afgeweken van het

bepaalde in art. 7:668a lid 2 BW wat ertoe kan leiden dat de doorstart toch nog kan worden gerealiseerd met zoveel mogelijk werknemers. Daartegenover wordt door de doorstarter in deze CAO gegarandeerd dat hij in dat geval alle, of een bepaald nader overeen te komen percentage van de werknemers, een baan aanbiedt voor bepaalde tijd en zich daarnaast bijvoorbeeld verplicht bij het realiseren van een bepaald objectief criterium (een gedeelte van) deze werknemers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan te bieden. Dit kan van groot belang zijn voor de totstandkoming van de tijdens de pre-pack voorbereide doorstart en de werkgelegenheid die daarmee kan worden behouden. De vakbonden kunnen hierbij een belangrijke rol voor de werknemers spelen.

Voorts heeft de minister in de memorie van toelichting aangegeven dat art. 7:662-665 BW en art. 7:670 lid 8 BW niet van toepassing zijn wanneer er sprake is van overgang van bedrijfsonderdelen vanuit faillissement en dat het daarbij geen verschil maakt of die overgang voorafgaand aan het faillissement is voorbereid onder het toezien oog van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris.⁹⁷ De uitspraken in de lopende procedures van Estro en Heiploeg zijn op het moment van schrijven van dit artikel nog niet gewezen. Het is te hopen dat rechterlijke uitspraken (van de Nederlandse en met name ook de Europese rechter) in lijn met het door de minister gestelde zullen zijn. Een ander standpunt lijkt mij namelijk in strijd met art. 7:666 BW en zal ertoe leiden dat er weinig animo meer zal zijn voor de pre-pack. Daarmee snijden de vakbonden zich voor hun leden in de vingers, want een doorstart (met behoud van een gedeelte van de werkgelegenheid) wordt er dan niet gemakkelijker op.

De kansen op misbruik worden in WCO I verkleind door de (kritische) betrokkenheid van de beoogd curator die daarmee in staat wordt gesteld in een eerder stadium te handelen indien hij van mening is dat de stille voorbereidingsfase een wending neemt waardoor niet langer de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden gediend of wanneer hij constateert dat er sprake is van faillissementsfraude of van een voornemen van misbruik van faillissementsrecht.⁹⁸ Door de betrokkenheid van beoogd curator en beoogd rechter-commissaris bij de voorbereiding van de doorstart kunnen zij ook, beter dan wanneer zij dit onvoorbereid direct na faillietverklaring binnen een korte tijd moeten doen, een beslissing nemen over de voorbereide doorstart.

Met de nieuwe bepalingen van art. 2:138 BW/art. 2:248 BW kan misbruik effectief worden bestreden door de (beoogd) curator. Immers, op grond van deze bepaling wordt aangenomen dat er sprake is van onbehoorlijk bestuur dat wordt vermoed een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn, indien de bestuurders of feitelijk leidinggevend van de schuldenaar de beoogd curator doelbewust onjuiste informatie hebben verstrekt. Ook de toekomstige mogelijk-

94 HR 12 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, *JAR* 2012/150 (*Taxicentrale Wolters/Van Tuinen*).

95 Zie: J. van der Pijl, ‘De Wet werk en zekerheid en de gevolgen voor de insolventiepraktijk’, *TvI* 2015/22, p. 147.

96 Zie: S. Palm, ‘Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht’, *TAP* 2015/117, p. 8.

97 MvT, p. 33-35.

98 MvT, p. 7.

heid van de curator in een dergelijk geval een civielrechtelijk bestuursverbod te vragen kan nuttig zijn in de strijd tegen misbruik.⁹⁹

Hoewel bestrijding van faillissementsfraude en misbruik van faillissementsrecht niet het primaire doel van de voorgestelde regeling zijn kan de regeling mijns inziens wel een bijdrage hieraan leveren door de voortijdige betrokkenheid van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris en de waardevolle informatie die dat voor hen oplevert. In de memorie van toelichting wordt als voorbeeld genoemd voorkennis over paulianeuze handelingen.¹⁰⁰ Ten slotte kan gewezen worden op art. 366 lid 3 Fw juncto art. 366 lid 4 Fw, waarin is bepaald dat het openbaar verslag binnen zeven dagen na de beëindiging van de aanwijzing openbaar moet worden gemaakt indien de schuldenaar in staat van faillissement wordt verklaard of hem surseance van betaling wordt verleend. Door kennisneming van dit verslag op deze korte termijn kunnen ook derden bekend worden met mogelijk kwalijk gedrag. Indien de curator vervolgens niet optreedt, kunnen zij (nog) een bevel ex art. 69 Fw uitlokken.

Mijns inziens is in WCO I thans ook op het punt van de positie van de werknemers en de bestrijding van misbruik een voor de praktijk uiterst nuttige regeling ontworpen. De werknemers gaan er ten opzichte van de huidige niet geregelde praktijk duidelijk op vooruit en worden als betrokken partij zeer serieus genomen. Aangezien de rol van de beoogd curator steeds meer lijkt op de rol van de curator bestaat de mogelijkheid dat ook de paritas creditorum uiteindelijk in de voorfase zal gaan gelden. Als dat zo is, is er geen rechtvaardiging meer te vinden de werknemers anders (beter) te behandelen dan de overige schuldeisers. Het is afwachten hoe de praktijk met de in WCO I voor de werknemers geboden mogelijkheden omgaat. Enige voorzichtigheid is op dit punt wel geboden.

7. Conclusie

Op basis van het vorenstaande kom ik tot de conclusie dat WCO I een uiterst nuttige bijdrage aan de pre-packpraktijk levert. Vanwege het feit dat er sprake is van een kaderregeling kan (en zal) de wet goed kunnen worden ingepast in de praktijk. De tegen de huidige praktijk en het Voorontwerp geuite bezwaren zijn voor het grootste gedeelte weggenomen. De beoogd curator kan actief, controlerend en daadkrachtig optreden als ware hij curator. Het verdient aanbeveling een bepaling op te nemen op grond waarvan niet betaalde kosten voor de beoogd curator na faillissement als faillissementskosten worden aangemerkt. Voorts verdient het aanbeveling op te nemen dat de gevolgen voor de aansprakelijkheid van de beoogd curator vallen onder de huidige dekking van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van advocaten. Het zou goed zijn de aan een faillietver-

klaring voorafgegane aanwijzing te publiceren in het Centraal Insolventieregister. In verband met de voorgestelde bedenktijd voor het sluiten van de verkoopovereenkomst na faillissement is het van belang dat in WCO III een doorleveringsverplichting zal worden opgenomen. De mogelijkheden die WCO I biedt betrokkenen, waaronder werknemers een rol te laten spelen tijdens de stille voorbereidingsfase zijn toe te juichen. Wel dient er, in verband met de paritas creditorum, voor te worden gewaakt dat de werknemers niet te zeer worden voorgetrokken ten nadele van de overige betrokkenen. De vakbonden kunnen in verband met de nieuwe ketenregeling een belangrijke rol spelen bij de doorstart. Het is te hopen dat WCO I spoedig wordt aangenomen in het parlement zodat de beoogd curator zijn werkzaamheden op een zorgvuldige wijze kan verrichten.

⁹⁹ MvT, p. 10.

¹⁰⁰ MvT, p. 21 en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 28 mei 2015 in antwoord op Kamervragen van 9 april 2015 van de PvdA-leden Kersten en Recourt over het "flitsfaillissement bij Princen Transmission", *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 2015Z06403 onder vraag 3.