

269. De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk¹

MR. M.R. VAN ZANTEN

De auteur bespreekt in dit artikel de hoofdlijnen van het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I), alsmede de in de literatuur geuite kritiek met betrekking tot het ontbreken van normale marktwerking van het verkoopproces en concurrentievervalsing, het gebrek aan transparantie en het risico van misbruik, het niet van toepassing zijn van de regels van overgang van onderneming en het gebrek aan medezeggenschap. Onderzocht wordt in hoeverre WCO I tegemoetkomt aan deze kritiek.

1. Inleiding

De pre-pack heeft de afgelopen jaren een interessante ontwikkeling doorgemaakt in het Nederlandse insolventierecht. Onder pre-pack wordt verstaan 'een voorafgaand aan de faillietverklaring met betrokkenheid van de beoogd curator voorbereide en na de faillietverklaring geëffectueerde doorstart'.² De pre-pack heeft veel verschillende reacties uitgelokt. Vooral vanuit het arbeidsrecht wordt, vaak begrijpelijke, kritiek geuit op de pre-pack. Vanuit het insolventierecht kan de pre-pack op meer steun rekenen, hoewel ook vanuit die hoek bedenkingen zijn geuit.³ Volgens de voorstanders leidt de pre-pack ertoe dat activatransacties al vóór de faillietverklaring op een zorgvuldige wijze, in aanwezigheid van een beoogd curator, kunnen worden voorbereid zonder dat de negatieve gevolgen van een faillissement een rol spelen en zonder dat sprake is van grote tijdsdruk om tot een transactie te komen. De verwachting bestaat dat dit over het algemeen zal leiden tot een hogere koopprijs en behoud van meer werkgelegenheid. Tegenstanders wijzen op het ontbreken van een wettelijke regeling en stellen dat bij een pre-pack de rechten van werknemers ernstig worden aangetast en er een gebrek aan transparantie en marktwerking is.

In de jaren 2012-2014 is in enkele tientallen gevallen een pre-pack aan een faillissement van een rechtspersoon voorafgegaan. In diezelfde periode zijn 22.293 rechtspersonen failliet verklaard zodat het aantal pre-packs nog uiterst gering is.⁴ De praktijk heeft in afwachting van wetgeving (informele) regels ontwikkeld. Op 22 oktober 2013 is het voorontwerp van de Wet continuïteit ondernemingen I in consultatie gegeven.⁵ Het aangepaste wetsvoorstel is door de ministerraad op 27 juni 2014 aan de Raad van State gezonden.⁶ Na verwerking van het advies van de Raad van State zijn het (grondig aangepaste) wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I en de memorie van toelichting (MvT) bij koninklijke boodschap van 4 juni 2015 aan de Tweede Kamer gezonden.⁷ In het eerste deel van deze bijdrage zal de ontwikkeling van de pre-pack in de Nederlandse insolventiepraktijk kort worden besproken (§ 2), waarna de hoofdlijnen van de WCO I (§ 3) alsmede de in de literatuur geuite kritiek met betrekking tot het ontbreken van normale marktwerking van het verkoopproces en concurrentievervalsing (§ 4.1) worden behandeld.

In het tweede deel van deze bijdrage, dat in het volgende nummer van dit tijdschrift wordt gepubliceerd, zal de

1 De auteur dankt prof. mr. M.L. Lennarts voor haar commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

2 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. 14.

3 Zie onder meer: B.J. Tideman, 'Kritische kanttekeningen bij de pre-pack', *FIP* 2013, p. 190-193; W.J.M. van Andel, 'Stop met de pre-pack', *TvI* 2014/37.

4 Aantal bedrijven dat is failliet verklaard in 2012: 7.373, in 2013: 8.275 en in 2014: 6.645. Bron: berichten CBS d.d. 23 januari 2014 en 16 januari 2015, te raadplegen via www.cbs.nl. Het aantal pre-packs is niet bekend.

5 Het voorontwerp ('Voorontwerp') en de concept memorie van toelichting zijn te raadplegen via: www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i.

6 Brief Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal d.d. 9 december 2014, *Kamerstukken II* 2014/15, 33 695, nr. 7, p. 3.

7 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 2 (wetsvoorstel) en nr. 3 (memorie van toelichting).

kritiek met betrekking tot het gebrek aan transparantie en risico van misbruik (§ 4.2), het niet van toepassing zijn van de regels van overgang van onderneming (§ 4.3) en het gebrek aan medezeggenschap (§ 4.4) worden behandeld. In deze bijdrage zal onderzocht worden in hoeverre WCO I en de MvT tegemoetkomen aan de kritiek.

2. De pre-pack in de praktijk

Het realiseren van een doorstart na faillietverklaring kost tijd. Tijd is de curator in sommige gevallen niet gegeven. Indien wordt verwacht dat met een doorstart de hoogste verkoopopbrengst zal kunnen worden behaald,⁸ is het verstandig indien een curator eerder betrokken wordt bij de (toekomstig failliete) onderneming zodat hij op de dag van de faillietverklaring direct aan de slag kan en daardoor meer mogelijkheden heeft de doorstart te realiseren. De rechtbanken hebben in deze behoefte al voorzien door in grote zaken toekomstige curatoren of bewindvoerders wat eerder te laten meekijken bij de aanstaande failliet of sursiet.⁹

Kort na de publicatie van een artikel van Tollenaar¹⁰ is de pre-pack in Nederland geïntroduceerd. De procedure werkt als volgt. De schuldenaar verzoekt de rechtbank in verband met zijn naderend faillissement aan te geven wie zij zal aanwijzen als curator en rechter-commissaris indien zij daadwerkelijk faillissement zal aanvragen. De rechtbank kiest de beoogd curator, die vervolgens contact zoekt met de schuldenaar voor het verkrijgen van informatie en het

de pre-pack¹² dan leidt dit tot de conclusie dat ook de werknemers gebaat zijn bij een pre-pack. Uit een dossieronderzoek van Hurenkamp van 48 tot medio 2014 uitgesproken faillissementen die zijn voorafgegaan door een pre-pack blijkt dat in 70% van de gevallen een doorstart is voorbereid. Bij die faillissementen waren in totaal ruim 9.000 werknemers betrokken. Hurenkamp geeft aan dat 64% zijn baan door de doorstart heeft kunnen behouden.¹³ Hieruit lijkt voorzichtig te kunnen worden geconcludeerd dat een doorstart het door het faillissement veroorzaakte verlies aan werkgelegenheid kan beperken.

In korte tijd heeft de pre-pack zich ondanks het ontbreken van een wettelijke basis in de praktijk ontwikkeld tot een instrument dat voordelen kan opleveren ten opzichte van de situatie waarin sprake is van een klassiek faillissement. Geen wondermiddel en zeker niet noodzakelijk of gewenst in elk faillissement, maar indien zorgvuldig toegepast wel een nuttig instrument voor het realiseren van een doorstart. Met de indiening van WCO I, waarin veel aandacht is besteed aan de zorgvuldigheid van het proces, is thans uitzicht op een wettelijke basis.

3. De inhoud van WCO I

De voorgestelde regeling van de WCO I leidt niet tot de invoering van een nieuw of aanvullend insolventieregime. In een nieuwe Titel IV van de Faillissementswet (Fw) wordt een eerste afdeling toegevoegd genaamd: 'Aanwijzing van een beoogd curator'. In de nieuwe art. 363-367 Fw wordt een uitdrukkelijke grondslag geboden een beoogd curator al voordat sprake is van faillissement te betrekken bij een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming. Voorts wordt aanpassing voorgesteld van een aantal andere artikelen waaronder art. 2:138 en 2:248 Burgerlijk Wetboek (BW). In art. 363 lid 1 Fw is bepaald dat het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator kan worden ingediend door een schuldenaar 'die in een situatie dreigt te raken waarin hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan'. Deze 'aanwijzingstoestand' ontstaat in tijd nog vóór het moment waarop de schuldenaar gehouden is surseance van betaling aan te vragen en daarmee voor de faillissementstoestand. In de MvT is gesteld dat WCO I een wettelijke verankering van de pre-packpraktijk biedt en de mogelijkheden tot voorbereiding van een faillissement vergroot. Het doel van deze voorbereidingsfase ('de stille voorbereidingsfase') is 'de uit het faillissement voortvloeiende schade bij schuldeisers (waaronder ook de werknemers) en andere betrokkenen zo veel mogelijk te beperken, onder meer door de kansen op een verkoop en daarop volgende doorstart

In korte tijd heeft de pre-pack zich ondanks het ontbreken van een wettelijke basis in de praktijk ontwikkeld tot een instrument dat voordelen kan opleveren

voeren van overleg. De beoogd curator wordt hiermee in de gelegenheid gesteld in relatieve rust te onderzoeken of een doorstart na faillissement tot de mogelijkheden behoort en zich voor te bereiden op het faillissement. De periode van dit onderzoek is kort, meestal maximaal twee weken. Acht van de elf rechtbanken nemen een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator in behandeling.¹¹ Indien de kans op een doorstart wordt vergroot door

8 Op basis van mijn ervaringen in de insolventiepraktijk ga ik uit van de juistheid van deze stelling maar ik heb hiervoor geen wetenschappelijk bewijs gevonden.

9 Dit is het geval geweest bij de surseances van Versatel, UPC en BenQ Mobile Holding en het faillissement van LG Philips Displays, zie ook: J.J. van Hees, 'Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?', *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 384, waarin hij verwijst naar de faillissementen van Fokker en DAF.

10 N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht: geef ons de pre-pack!', *TvI* 2011/23.

11 De rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg werken niet mee wegens het ontbreken van een wettelijke regeling. Zie ook: M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time out, please!', *FIP* 2014/1, p. 26-27.

12 De verwachting is gerechtvaardigd dat een zorgvuldige begeleiding door de beoogd curator, zonder dat er sprake is van bedreigingen van de continuïteit van de bedrijfsvoering, inderdaad kan bijdragen aan het realiseren van een doorstart.

13 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.

van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid te vergroten.¹⁴ Hieruit blijkt dat ook werknemers bij een stille voorbereidingsfase belang zullen kunnen hebben. De minister wil de rechtszekerheid ten aanzien van de pre-pack bevorderen door de pre-pack een uitdrukkelijke grondslag in de wet te bieden, waarbij hij het van belang acht dat de regeling voldoende flexibel is zodat de bestaande praktijk, waarmee inmiddels goede ervaringen zijn, wordt ondersteund en niet wordt belemmerd.¹⁵ De voorgestelde regeling is daarom een kaderregeling waarbij aan de praktijk wordt overgelaten nadere richtlijnen te formuleren op basis waarvan de werking van de pre-pack zo veel mogelijk kan worden bevorderd. De wet in de wet opgenomen bepalingen moeten ervoor zorgen dat het proces zorgvuldig zal verlopen en zo veel mogelijk rekening wordt gehouden met de belangen van derden die ten gevolge van de stille voorbereidingsfase voor de behartiging van hun belangen moeten kunnen vertrouwen op de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris.

In dit verband kan worden gewezen op de aanpassing van art. 74 Fw die de benoeming van de voorlopige commissie van schuldeisers regelt. Voorgesteld wordt in een nieuw tweede lid te bepalen dat de rechtbank, wanneer sprake is geweest van een stille voorbereidingsfase en de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris daar aanleiding toe zien, bij de faillietverklaring een voorlopige commissie van schuldeisers instelt.¹⁶ Op deze wijze worden de crediteuren nauw betrokken bij een eventueel kort na faillissement tot stand te brengen doorstart. Daartoe zal de commissie wel snel na faillissement moeten samenkomen. Dit betekent dat de samenstelling van de commissie al tijdens de stille voorbereidingsfase moet worden voorbereid. Op basis van het bepaalde in het huidige art. 74 Fw kan de rechtbank overigens nu al bij iedere faillietverklaring, dus ook indien er voor faillietverklaring sprake is geweest van een stille voorbereidingsfase, overgaan tot het instellen van een dergelijke commissie. Hierbij kan wel de vraag gesteld worden of de crediteurencommissie daadwerkelijk nog enige (adviserende) rol van betekenis bij de voor faillissement voorbereide, en zeer kort na de faillietverklaring af te ronden, doorstart kan spelen. Dit lijkt mij op het eerste gezicht uitsluitend mogelijk indien de (aspirant-)leden van de crediteurencommissie, onder de voor de leden van een crediteurencommissie gebruikelijke geheimhoudingsverplichting, tijdens de stille voorbereidingsfase al betrokken worden bij de voorbereidingen van de doorstart. Indien dat niet het geval is, wordt het voor de crediteurencommissie lastig een gefundeerd advies aan de curator te geven en bestaat het risico dat deze als mosterd na de maaltijd wordt geserveerd.

Art. 363 Fw regelt op welke wijze een schuldenaar om aanwijzing van de beoogd curator kan verzoeken en onder welke voorwaarden de rechtbank dit verzoek kan inwilligen. De schuldenaar dient het verzoek via een advocaat in bij de rechtbank die bevoegd zou zijn een op de schuldenaar betrekking hebbende faillissementsaanvraag of aangifte in behandeling te nemen.¹⁷ De rechtbank zal het verzoek in raadkamer behandelen en beslissen bij beschikking, die niet wordt gepubliceerd of ingeschreven in het insolventieregister.¹⁸ De rechtbank toetst bij de indiening van het verzoek, en bij eventuele verzoeken voor verlening van de aanwijzing, of de stille voorberei-

Met de vermelding van de meerwaarde in de beschikking wordt door de rechtbank het doel van de stille voorbereidingsfase en het mandaat van de beoogd curator bepaald

dingsfase 'meerwaarde' heeft.¹⁹ Daarvan is sprake indien de voorbereiding de schade die betrokkenen lijden door het faillissement zodanig kan beperken of de kansen op verkoop van rendabele onderdelen tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs en met behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid in zodanige mate vergroot, dat dit opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt. Voor een doorstarter is het door de stille voorbereidingsfase mogelijk vóór faillissement al enige indicatie te krijgen of zijn bieding na faillissement door de curator zal worden aanvaard waardoor hij direct na faillissement de activiteiten kan voortzetten. Dit bevordert het tot stand komen van een doorstart. Met de vermelding van de meerwaarde in de beschikking wordt door de rechtbank het doel van de stille voorbereidingsfase en het mandaat van de beoogd curator bepaald.²⁰ Indien tijdens de indiening van het verzoek om aanwijzing een faillissementsaanvraag aanhangig is, wordt de behandeling van die aanvraag niet van rechtswege geschorst. De schorsing zou immers dadelijk kunnen leiden tot (ongewenste) wetenschap van de stille voorbereidingsfase bij de aanvrager-schuldeiser. In een dergelijk geval wordt het aan de schuldenaar overgelaten eventueel contact op te nemen met de aanvrager-schuldeiser en deze in te lichten over het voorbereidingstraject. De schuldenaar zou de aanvrager-schuldeiser kunnen verzoeken in te stemmen met een aanhouding van het verzoek om de voorbereiding niet in gevaar te brengen.²¹

De aanwijzing geldt in beginsel voor een termijn van ten hoogste twee weken, maar kan door de rechtbank worden verlengd.²² De rechtbank kan aan de aanwijzing, dan

14 MvT, p. 9-10 en art. 363 lid 1 Fw.

15 Brief Minister van Veiligheid en Justitie aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal over Wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht d.d. 27 juni 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 33 695, nr. 1, p. 6.

16 Art. 74 lid 2 Fw en MvT, p. 42.

17 Art. 363 lid 1 Fw en MvT, p. 38 en p. 43.

18 MvT, p. 11 en p. 46-47.

19 Art. 363 lid 1 Fw.

20 Art. 363 lid 2 Fw en MvT, p. 48.

21 MvT, p. 37 en p. 44-45.

22 Art. 363 lid 3 Fw.

wel aan de verlenging daarvan, ‘zodanige voorwaarden verbinden 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’.²³ De rechtbank zou als voorwaarde kunnen stellen dat de ondernemingsraad, onder geheimhouding, wordt betrokken bij de stille voorbereidingsfase. In geval van de voorbereiding van een verkoop kan de voorwaarde

De beoogd curator is aangewezen in verband met de meerwaarde die de rechtbank heeft vermeld in de beschikking

worden gesteld dat bij deze verkoop de beste prijs tot stand komt of dat de schuldenaar binnen een bepaalde termijn aan de beoogd curator een meer gedetailleerd plan voor de redding van de rendabele bedrijfsonderdelen overlegt.²⁴ Voorts kan de rechtbank ten aanzien van de betaling van de kosten van de beoogd curator aan de aanwijzing de voorwaarde van zekerheidstelling verbinden.²⁵ Ten aanzien van de besluitvorming voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator bepaalt art. 363 lid 6 Fw dat een regeling die inhoudt dat een dergelijk verzoek goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders (AvA) behoeft nietig is. Een dergelijk besluit valt door deze wettelijke bepaling niet onder de categorie van besluiten waarvoor het bestuur van een bv of nv goedkeuring nodig heeft van de AvA, zelfs niet indien dat wel zou zijn overeengekomen in statuten of andere regelingen. De Raad van State heeft opgemerkt dat de Raad van Commissarissen (RvC) wel betrokken moet worden bij de indiening van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Gelet hierop worden de art. 2:164 lid 1, onder i BW en 2:274 lid 1 onder i BW gewijzigd, opdat de bestuurders van een nv of bv, goedkeuring van de RvC, zo die er is, moeten verkrijgen voorafgaande aan het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator.²⁶

De rol van de beoogd curator wordt omschreven in art. 364 Fw waarmee een einde wordt gemaakt aan de onduidelijkheid over de precieze rol van de beoogd curator (actief, stil actief of een ‘fly on the wall’?) en de bestaande onzekerheid over zijn taak.²⁷ De beoogd curator dient de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar te behartigen.²⁸ Hij is daarbij onafhankelijk, in die zin dat hij niet gehouden is tot opvolging van

instructies van de schuldenaar of van zijn schuldeisers.²⁹ Dit betekent dat de beoogd curator, terwijl de voorbereidingen door de schuldenaar worden getroffen, ‘met een kritische blik’ meekijkt en zich laat informeren over de gang van zaken binnen de onderneming en dat hij de schuldenaar aanspreekt wanneer deze transacties wil gaan verrichten die niet in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers.³⁰ De beoogd curator is aangewezen in verband met de meerwaarde die de rechtbank heeft vermeld in de beschikking. De aanwijzing brengt overigens geen verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar.³¹ De beoogd curator krijgt in WCO I een actievere rol toebedeeld dan in het Voorontwerp. Hij krijgt zelfs een zwaardere verantwoordelijkheid dan de curator in een faillissement omdat het voorbereidings-traject in stilte plaatsvindt en de schuldeisers en andere betrokkenen daardoor zelf niet voor hun belangen kunnen opkomen. Daarvoor moeten ze kunnen vertrouwen op de beoogd curator.³² De in art. 365 van het voorontwerp opgenomen ‘verklaringen’ van de beoogd curator zijn niet opgenomen in WCO I vanwege de in de consultatie daartegen ingebrachte bezwaren. De schuldenaar kan dus niet een verklaring vragen aan de beoogd curator onder welke voorwaarden hij bereid is mee te werken aan een verkoop na faillissement. De schuldenaar zou echter uit het feit dat de curator tijdens de door hem verrichte voorbereidingshandelingen geen (kritische) kanttekeningen plaatst, kunnen opmaken dat hij ‘op de goede weg’ is.³³

Voor een goede taakvervulling dient de beoogd curator over alle noodzakelijke informatie te beschikken. De schuldenaar is dan ook gehouden de beoogd curator, gevraagd en ongevraagd, alle inlichtingen die hij nodig heeft of waarvan de schuldenaar weet dat hij die nodig heeft, te verschaffen.³⁴ Ter voorbereiding op zijn rol als curator in het faillissement van de schuldenaar verricht hij ook werkzaamheden die hij normaliter pas na faillietverklaring zou kunnen uitvoeren. Daarbij kan worden gedacht aan bestudering van de boekhouding en overige financiële informatie, het in kaart brengen van het personeelsbestand en het maken van een analyse van de oorzaken en gevolgen van de financiële problemen, waarbij hij ook let op eventuele onregelmatigheden die zouden kunnen duiden op faillissementsfraude of misbruik van faillissementsrecht.³⁵ De beoogd curator kan, met toestemming van de schuldenaar, ook informatie vragen aan derden of deskundigen vragen onderzoek te verrichten.³⁶ Gelet op zijn positie ten opzichte van de schuldenaar kan de beoogd curator de op basis van art. 364 lid 3 en lid 4 Fw verkregen informatie niet met anderen dan de beoogd rechter-commissaris delen dan met toestemming van de schuldenaar.

23 Art. 363 lid 4 Fw.

24 MvT, p. 50.

25 Art. 363 lid 5 Fw.

26 *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 4 (Nader rapport inzake het wetsvoorstel voor de Wet continuïteit ondernemingen I, p. 10).

27 Zie voor een uitvoerige beschrijving van de rol van de beoogd curator onder WCO I mijn artikel: ‘De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web’, *TvI* 2015/35.

28 Art. 364 lid 1 Fw.

29 Art. 364 lid 2 Fw.

30 MvT, p. 18 en p. 53.

31 MvT, p. 9.

32 MvT, p. 52.

33 MvT, p. 53.

34 Art. 364 lid 3 Fw.

35 MvT, p. 17-18.

36 Art. 364 lid 4 Fw.

Dit vereist een zekere vertrouwensrelatie tussen de beoogd curator en de schuldenaar. Indien deze relatie is geschaad, bijvoorbeeld omdat de schuldenaar de beoogd curator niet volledig heeft geïnformeerd, kan dat ertoe leiden dat de beoogd curator zich terugtrekt, maar dat is nadrukkelijk niet noodzakelijk. Het kan namelijk ook zo zijn dat de kennis die hij in de stille voorbereidingsfase heeft opgedaan juist heel nuttig is voor de uitoefening van zijn taken als curator in het faillissement van de schuldenaar.³⁷

In WCO I wordt de rol van de beoogd rechter-commissaris beter dan in het Voorontwerp uitgewerkt. De beoogd rechter-commissaris kijkt ter compensatie van het gebrek aan transparantie als toekomstig toezichthouder kritisch mee met het voorbereidingstraject en houdt toezicht op het functioneren van de beoogd curator.³⁸ Ook op de beoogd rechter-commissaris rust een extra verantwoordelijkheid vanwege het gebrek aan transparantie. De beoogd rechter-commissaris dient ervoor te waken dat de beoogd curator binnen het mandaat van de rechtbank blijft.³⁹ Hiertoe is een aantal verplichtingen opgenomen voor de beoogd curator met betrekking tot het verstrekken van informatie aan de beoogd rechter-commissaris.⁴⁰

In art. 366 Fw is bepaald dat de rechtbank op voordracht van de beoogd rechter-commissaris, hetzij op verlangen van de beoogd curator of op een met redenen omkleed verzoek van de schuldenaar of een of meer schuldeisers, de aanwijzing te allen tijde kan intrekken en, indien nog wordt voldaan aan de voorwaarden, een ander als beoogd curator aanwijzen dan wel een of meer beoogd medecuratoren aanwijzen. De beoogd curator heeft de verplichting binnen zeven dagen na de beëindiging van de aanwijzing verslag van zijn bevindingen uit te brengen.⁴¹ In het Voorontwerp was nog opgenomen dat de voormalig beoogd curator het verslag 'onverwijld' diende uit te brengen. Hij kan de rechtbank wel vragen om verlenging van deze termijn. De snelle verslaglegging maakt het voor belanghebbenden mogelijk eventueel een bevel ex art. 69 Fw uit te lokken. Er is afgezien van het opnemen van bepalingen met betrekking tot de inhoud van het verslag. In de MvT wordt erop gewezen dat Recofa nadere richtlijnen en/of een model voor het eindverslag zal opstellen.⁴² INSOLAD heeft in de concept praktijkregels reeds aandacht besteed aan de inhoud van het verslag.⁴³ Het verslag is uitsluitend

openbaar indien na de beëindiging van de aanwijzing binnen drie maanden een faillissement wordt uitgesproken. Ook indien het faillissement na drie maanden na de beëindiging van de aanwijzing wordt uitgesproken, kan de rechtbank ervoor kiezen het eindverslag van de beoogd curator openbaar te maken.⁴⁴

In art. 367 Fw is een regeling opgenomen betreffende de kosten van de beoogd curator. De schuldenaar betaalt het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden die met toestemming van de schuldenaar zijn ingeschakeld. Niet teruggekomen in WCO I is de bepaling van art. 366 lid 3 uit het Voorontwerp. Hierin was voorgesteld dat indien de kosten niet zijn voldaan op het moment van faillietverklaring, deze kosten als algemene faillissementskosten ex art. 182 Fw zouden worden voldaan uit de boedel. De reden hiervoor is dat de schuldenaar in staat moet zijn lopende en nieuwe betalingsverplichtingen na de aanwijzing te voldoen.⁴⁵ In WCO I is bepaald dat geen aanwijzing plaats zal vinden indien de schuldenaar niet in staat is de kosten van de beoogd curator te voldoen en de rechtbank bovendien aan de aanwijzing van de beoogd curator de voorwaarde kan verbinden zekerheid te stellen voor de betaling van deze kosten is deze bepaling volgens de minister overbodig geworden. Niettemin is het jammer dat deze bepaling niet terug is gekomen. Het is namelijk niet ondenkbaar dat op het moment dat de contouren van de doorstart bijna duidelijk zijn het door de schuldenaar betaalde voorschot net is verbruikt en er onvoldoende middelen zijn voor de betaling van een nader voorschot. Dient de beoogd curator dan om intrekking van de aanwijzing te verzoeken? Of moet hij nog een paar dagen voortgaan om de doorstart in stilte te kunnen voorbereiden? In dat geval zou ik ervoor

Ook indien het faillissement na drie maanden na de beëindiging van de aanwijzing wordt uitgesproken, kan de rechtbank ervoor kiezen het eindverslag van de beoogd curator openbaar te maken

willen pleiten dat de alsdan ontstane kosten, indien deze een dubbele redelijkheidstoets doorstaan (dat wil zeggen het maken van de kosten en de hoogte ervan zijn beide redelijk in verhouding tot het mogelijke boedelactief dat hierdoor na faillissement kan worden gegenereerd), als algemene faillissementskosten dienen te worden behandeld in het op de stille voorbereidingsfase volgende faillissement. Deze kosten zijn dan namelijk gemaakt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en de rechtbank heeft deze kosten getoetst.

Ten slotte worden de art. 2:138/248 lid 1 BW aan het slot aangepast om te voorkomen dat de stille voorbereidings-

37 MvT, p. 20 en p. 54.

38 Art. 365 lid 2 Fw en MvT, p. 23.

39 MvT, p. 24.

40 Art. 365 lid 3 Fw en MvT, p. 24.

41 Art. 366 lid 3 Fw.

42 MvT, p. 58.

43 Zie art. 9, 'Praktijkregels beoogd curator' ('Praktijkregels'), het concept is vastgesteld door het bestuur van INSOLAD op 10 november 2014. De regels zijn gepubliceerd op: www.insolad.nl en 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.

44 Art. 366 leden 4 en 5 Fw en MvT, p. 59.

45 Art. 363 leden 1 en 2 Fw en MvT, p. 59.

fase oneigenlijk wordt gebruikt. Bepaald wordt dat indien tijdens de stille voorbereidingsfase of het daaropvolgende faillissement blijkt dat de bestuurders of feitelijk leidinggevend in hun verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator doelbewust onjuiste informatie hebben verschaft over de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement met het oogmerk het voorbereidingstraject

De beoogd curator zal moeten onderzoeken of in de fase voorafgaand aan het verzoek om zijn aanwijzing voldoende is gezocht naar een (externe) koper

op oneigenlijke gronden te gebruiken, aangenomen moet worden dat zij hun taken onbehoorlijk hebben vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Daarnaast wijst de minister erop dat na inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod het voor de curator in het op de stille voorbereidingsfase volgende faillissement en voor het Openbaar Ministerie op basis van art. 106 a lid 1 onderdeel f Fw (nieuw) mogelijk wordt de rechter te verzoeken deze personen in dat geval een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen.⁴⁶

4. Bedenkingen

Naast het ontbreken van een wettelijke basis, welke bedenking na de inwerkingtreding van WCO I niet meer relevant is, zijn in de literatuur meer bedenkingen ten aanzien van de pre-pack ingebracht. Deze bedenkingen zullen hierna worden besproken, waarbij tevens zal worden onderzocht of WCO I kan bijdragen tot het ondervangen van (een deel van) deze bedenkingen.

De bedenkingen en kritiek zijn grofweg te verdelen in twee categorieën. De eerste categorie ziet op kritiek op het verkoopproces. Gewezen wordt op het ontbreken van een normale marktwerking bij het verkoopproces, het risico op concurrentievervalsing en het gebrek aan transparantie van het proces waardoor er een kans op misbruik bestaat. De tweede categorie betreft de kritiek met betrekking tot de positie van werknemers. Daarbij wordt gewezen op het ten onrechte niet toepassen van de regels van overgang van ondernemingen en het gebrek aan medezeggenschap. Deze punten zullen hierna worden besproken. Hierbij wordt ook ingegaan op de vraag of sprake is van uitsluitend bedenkingen ten aanzien van de pre-pack of dat de bedenkingen in wezen zijn gericht op het faillissement (recht) en een doorstart na faillissement als zodanig.

4.1 Ontbreken van normale marktwerking verkoopproces en concurrentievervalsing

In de literatuur is erop gewezen dat de pre-pack kan verhinderen dat er tijdens het verkoopproces sprake is van een normale marktwerking en dat hij concurrentievervalsing in de hand kan werken. De gedachte hierbij is dat de opbrengst voor de crediteuren lager zal (kunnen) zijn dan bij een verkoop in faillissement, omdat de onderneming in het geheim wordt verkocht, vaak aan gelieerde partijen en deze wijze van verkoop branchegenoten de mogelijkheid ontnemt de failliete onderneming te kopen.⁴⁷

De situatie voor de aanstaande failliet is eigenlijk niet wezenlijk anders dan tijdens faillissement. Het verschil tussen pre-pack en faillissement is gelegen in het feit dat het faillissement (direct) bekend wordt (waardoor er een open markt is) wat ertoe kan leiden dat (ook externe) in een overname geïnteresseerde partijen zich melden bij de curator, in het kader van een verkoopprocedure onderzoek verrichten en aansluitend een bieding uitbrengen. Het opzetten van een verkoopproces gelijk als in een faillissement, waarbij (eventueel op gecontroleerde wijze) bekendheid wordt gegeven aan het op de 'markt zijn' van de onderneming waardoor alle potentiële kopers kunnen worden bereikt en een bieding kunnen uitbrengen, is gelet op het karakter van de pre-pack wellicht lastiger, maar niet onmogelijk. Veel hangt af van de wijze waarop de beoogd curator omgaat met het door de rechtbank aan hem gegeven mandaat. Hij dient op een zorgvuldige wijze uitvoering te geven aan zijn, mijns inziens controlerende, taak met betrekking tot het verkoopproces. Indien dit proces naar zijn mening niet zorgvuldig verloopt, dient hij zijn medewerking te onthouden aan de na faillissement gewenste verkoop en dient hij, als zijn bezwaren niet kunnen worden weggenomen, zijn opdracht terug te geven. De beoogd curator zal moeten onderzoeken of in de fase voorafgaand aan het verzoek om zijn aanwijzing voldoende is gezocht naar een (externe) koper. Het is daarom wenselijk dat rechtbanken de aanvraag voor de aanwijzing slechts in behandeling nemen, indien daarbij een lijst is gevoegd met eerder benaderde partijen die van hun interesse blijk hebben gegeven, dan wel een verklaring waarom geen verkenning van de markt heeft plaatsgevonden.⁴⁸

Op grond van art. 363 lid 1 Fw dient de schuldenaar in zijn verzoek tot aanwijzing aannemelijk te maken dat de voorbereiding van het faillissement een meerwaarde heeft.

46 MvT p. 60. Zie ook de Nota naar aanleiding van het verslag inzake Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod (Wet civielrechtelijk bestuursverbod) d.d. 24 april 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 34 011, nr. 6, p. 2.

47 G.H. Gispen, '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; 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; B.J. Tideman, 'Kritische kanttekeningen bij de pre-pack', *FIP* 2013, p. 191; J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart - een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38, p. 8-9; M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time out, please!', *FIP* 2014/1, p. 27-28.

48 M.J. Cools, 'Een doorstart in voorverpakking', *FIP* 2013, p. 277; M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 9.

Hierbij dient de schuldenaar alle relevante (financiële) informatie over te leggen, zodat de rechtbank haar poortwachters- en regietaak kan uitoefenen.⁴⁹ In de wet is niet bepaald welke informatie dient te worden overgelegd. De minister laat dit nadrukkelijk over aan de praktijk. In de MvT wordt verwezen naar de thans bij sommige rechtbanken, waaronder de Rechtbank Rotterdam, gehanteerde vragenlijst.⁵⁰ Volgens de minister kan gedacht worden aan stukken op basis waarvan de rechtbank snel inzicht krijgt in de financiële situatie van de onderneming, zoals onder andere de laatste drie jaarrekeningen alsmede een actuele verlies- en winstrekening en een liquiditeitsprognose voor de korte termijn. Ook wordt gedacht aan informatie over lopende gerechtelijke procedures en gelegde beslagen. Voorts dient te worden aangegeven of de bank en eventuele andere zekerheidsgerechtigden op de hoogte zijn van de indiening van het verzoek. Indien is gewerkt aan de voorbereiding van een doorstart dient de schuldenaar aan te geven of er al een marktverkenning heeft plaatsgevonden en of er potentiële overnamekandidaten in beeld zijn. Ten slotte dienen taxatierapporten te worden overgelegd en dient informatie beschikbaar te worden gesteld over adviseurs en potentiële kopers die bij het voorbereidingstraject betrokken zijn geweest.⁵¹ Op grond van het bepaalde in art. 364 lid 3 Fw is de schuldenaar gehouden de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle informatie te verstrekken die hij nodig heeft. In de literatuur is overwogen de bestuurders van de schuldenaar dadelijk na de aanwijzing schriftelijk aan de beoogd curator te laten verklaren dat zij hem op dit punt alle informatie op dit punt hebben verstrekt.⁵² Indien na faillietverklaring blijkt dat er in de voorfase toch kandidaat-kopers zijn geweest die wel degelijk serieuze interesse hebben getoond in een mogelijke overname na faillissement, maar door de schuldenaar buiten het zicht van de beoogd curator zijn gehouden, kan dit leiden tot een actie uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid.⁵³ Onder verwijzing naar het arrest Ontvanger/Wesselman⁵⁴ zou de curator in dat geval kunnen stellen dat de bestuurders hiermee hun (bijzondere) zorgplicht hebben geschonden, waarbij de bewijslast van deze stelling op de curator rust.⁵⁵ WCO I biedt een basis voor de bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe art. 2:138/248 lid 1 BW.

Op grond van deze bepaling is sprake van onbehoorlijk bestuur dat vermoed wordt een belangrijke oorzaak van het faillissement te zijn indien blijkt dat de schuldenaar doelbewust onjuiste informatie heeft verstrekt. Hoewel gesteld kan worden dat dit als een behoorlijk zware sanctie kan worden gezien, is naar mijn idee sprake van een rechtvaardige bepaling. De schuldenaar kiest voor een stille voorbereidingsfase om een doorstart te kunnen voorbereiden en heeft op grond hiervan de verplichting de beoogd curator volledig en juist te informeren zodat deze zijn wettelijke taken kan vervullen. De beoogd curator moet kunnen vertrouwen op de juistheid en volledigheid van de door de schuldenaar aangedragen informatie. Het bewijsvermoeden van onbehoorlijk bestuur zoals voorgesteld, zal kunnen bevorderen dat (de bestuurder van) de schuldenaar hieraan voldoet. In de praktijk zal moeten blijken of deze sanctie voldoende afschrikwekkende werking heeft ten aanzien van kwaadwillende bestuurders die misbruik willen maken van de wettelijke regeling. In ieder geval heeft de curator een extra instrument gekregen dit misbruik aan te pakken en dat is een goede ontwikkeling.

Door een goede bewaking van de toegang tot de pre-pack (wat naar mijn idee de belangrijkste en meest effectieve voorwaarde is voor het welslagen van een zorgvuldig voorbereide doorstart), versterkt met de (nieuwe) zware sanctie van bestuurdersaansprakelijkheid, biedt WCO I de beoogd curator de mogelijkheid zijn werkzaamheden op een zorgvuldige wijze te verrichten en moet hij in staat worden gesteld het verkoopproces in het belang van de gezamenlijke crediteuren te laten plaatsvinden. Daarbij heeft hij slechts een doel: opbrengstmaximalisatie.⁵⁶ Uit de MvT blijkt duidelijk dat belangen van maatschappelijke aard niet gaan prevaleren boven de belangen

Een goede bewaking van de toegang tot de pre-pack is naar mijn idee de belangrijkste en meest effectieve voorwaarde voor het welslagen van een zorgvuldig voorbereide doorstart

van de gezamenlijke schuldeisers.⁵⁷ Niets weerhoudt de beoogd curator ervan dat doel te bereiken door op zoek te gaan naar andere kopers en met hen afspraken omtrent geheimhouding te maken.⁵⁸ De rechtbank kan dit ook als voorwaarde verbinden aan de aanwijzing. Het is mogelijk

49 MvT, p. 16.

50 Zie hiervoor: J.C.A.T. Frima, 'INSOLAD Praktijkregels voor de beoogd curator', *Ondernemingsrecht* 2015/48.

51 MvT, p. 48.

52 R.R. Verkerk, M. Windt en T.L. Rozendal, 'Pre-packs: transparantie en verantwoording achteraf', *TvI* 2014/40, onder 4.3. Bij verkoop aan de oude aandeelhouders zou overwogen kunnen worden ook de aandeelhouders te laten meetekenen.

53 In dat geval ziet de curator zich overigens wel geconfronteerd met de (op het eerste gezicht niet geringe) bewijslast van de stelling dat de boedel schade heeft geleden ten gevolge van de verzwijging en dient hij de hoogte van die schade aan te tonen.

54 HR 11 februari 2011, «JOR» 2011/114 m.nt. W.J.M. van Anel.

55 Zie voor een uitvoerige bespreking van de zorgplicht van de bestuurder ná faillissement: Ph.W. Schreurs, 'A Corporate Cloak. De bijzondere zorgplicht van de bestuurder ná faillissement', in: *Insolad Jaarboek 2011*, Kluwer: Deventer 2011, p. 221-229.

56 N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht: geef ons de pre-pack!', *TvI* 2011/23, p. 143; N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, p. 210.

57 MvT, p. 46.

58 Zie voor een voorbeeld het optreden van de beoogd curator bij Boer-Croon. Kort voor de faillietverklaring heeft hij nog een aantal partijen gepolst voor een overname van het gehele advies- en interimbureau terwijl het bestuur slechts het zittend bestuur had voorgedragen. Bron: openbaar faillissementsverslag BoerCroon Consulting B.V. e.a. d.d. 22 oktober 2014, onder 84-86, gepubliceerd in het centraal insolventieregister, te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

dat een dergelijke zoektocht van de beoogd curator ertoe leidt dat in de markt bekend wordt dat er problemen zijn met de schuldenaar of dat zelfs bekend wordt dat er sprake is van een pre-pack. Om dergelijke onrust te voorkomen, doet de schuldenaar er verstandig aan dit voorwerk al te verrichten voor de beoogd curator.

Ten slotte houden de critici onvoldoende rekening met het feit dat in de meeste gevallen financiers zekerheden zullen hebben op een groot deel van de te verkopen activa. Dat betekent dat zij (een groot deel van) de verkoopopbrengst zullen ontvangen en ook betrokken zullen worden bij een verkoop (en daarbij ook zeggenschap hebben), omdat de koper uiteraard wil dat de financier haar zekerheden vrijgeeft tegen ontvangst van de koopprijs. Een koop tegen voor de financier onacceptabele voorwaarden is dus niet denkbaar. Een koper heeft dan ook niet voldoende aan een overeenstemming met de curator over de voorwaarden van de doorstart, maar dient ook overeenstemming te bereiken met de financier.⁵⁹

Tekstra heeft gepleit voor het inbouwen van bedenktijd in de doorstartovereenkomst die ingaat na faillietverklaring. Deze bedenktijd maakt het voor de curator mogelijk gedurende een beperkte periode van bijvoorbeeld zeven dagen op zoek te gaan naar een andere kandidaat-koper die bereid is meer te bieden voor de onderneming dan de beoogd koper. Partijen kunnen daarbij ook overeenkomen dat daaraan een 'right of first refusal' wordt gekoppeld ten

De critici houden onvoldoende rekening met het feit dat in de meeste gevallen financiers zekerheden zullen hebben op een groot deel van de te verkopen activa

gunste van de beoogd koper die in dat geval de mogelijkheid krijgt het hogere bod te 'matchen'.⁶⁰ Van Vugt geeft de wetgever ook het advies een dergelijke mogelijkheid op te nemen.⁶¹ Ook Verstijlen bespreekt de mogelijkheid een doorstart eerst tijdens de pre-pack uit te onderhandelen gevolgd door een (meer) openbare biedingsprocedure na faillietverklaring, waardoor geprofitteerd kan worden van zowel de voordelen van de beslotenheid van de pre-pack alsmede van de open markt na faillissement.⁶²

Hiervoor valt veel te zeggen en dit zorgt ervoor dat de bedenkingen volledig kunnen worden weggenomen. Er is dan namelijk geen verschil meer met de na faillietverklaring tot stand gebrachte doorstart waarbij door de bekendmaking van het faillissement alle mogelijke kandidaat-kopers betrokken kunnen worden bij de verkoopprocedure. Ook de minister acht de hiervoor genoemde mogelijkheden nuttig. In de MvT wordt gesteld dat de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator kunnen afspreken dat na faillietverklaring wordt voorzien in een mogelijkheid voor schuldeisers invloed uit te kunnen oefenen op de besluitvorming door de curator en de rechter-commissaris over een voorbereide doorstart. Er kan dan sprake zijn van een publieke aankondiging van de voorbereide doorstart aan schuldeisers en eventuele andere gegadigden waarbij een termijn wordt gegund waarbinnen zij op de voorbereide doorstart kunnen reageren. De bezwaren zouden kunnen leiden tot heronderhandeling van de voorwaarden van de doorstart.⁶³ Hiermee kan het bezwaar dat de pre-pack een normale marktwerking belemmert worden weggenomen. Het is echter de vraag of de oplossingen die op dit punt zijn aangedragen in de praktijk zullen werken. Men kan zich afvragen of de partij die bij de pre-pack uiteindelijk als beste partij overblijft wel een (zo hoog mogelijke) bieding zal willen uitbrengen indien zij er rekening mee moet houden dat er vervolgens na faillissement nog enige tijd dooronderhandeld zal kunnen worden en haar bod gemacht kan worden door een andere partij. Dit zou wellicht tot gevolg kunnen hebben dat de beoogd koper voorzichtig(er) zal bieden tijdens de pre-pack en niet van plan is al zijn kaarten op tafel te leggen, zonder enige zekerheid op succes. Indien vervolgens geen andere partij biedt in de periode direct na faillietverklaring is het eindresultaat voor de schuldeisers wellicht slechter.

Belangrijker nog is het feit dat deze verkoopprocedure zich niet goed lijkt te verhouden met het doel van de pre-pack, te weten te bevorderen dat de rendabele onderdelen direct na faillissement kunnen worden verkocht en voortgezet. Ervan uitgaande dat het proces zorgvuldig wordt uitgevoerd door een goed geïnformeerde beoogd curator die bij twijfel zelfstandig nog een marktverkenning verricht om er zeker van te zijn dat alle potentiële kandidaat-kopers in de gelegenheid zijn gesteld een bieding uit te brengen, is deze mogelijkheid waarschijnlijk niet nodig. Indien na faillietverklaring nog enige tijd onzekerheid bestaat over de vraag of de onderneming aan de kandidaat uit de pre-pack definitief kan worden gegund, kan dit een snelle (en soms noodzakelijke) voortzetting van de activiteiten bemoeilijken. Aan personeel en leveranciers kan dan niet direct na faillietverklaring zekerheid worden gegeven dat de activiteiten door deze partij worden voortgezet. Er kan

59 J.J. van Hees, 'Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?', *Ondernemingsrecht* 2014/79. Zie verder over de positie van de separatist: J.M. Hummelen, 'Het verkoopproces in een pre-packaged activatransactie', *TvI* 2015/2, p. 14.

60 T. Tekstra, 'Bouw bij pre-pack de mogelijkheid van bedenktijd in', *Het Financieele Dagblad*, 3 september 2014. Zie ook: R.R. Verkerk, M. Windt en T.L. Rozendal, 'Pre-packs: transparantie en verantwoording achteraf', *TvI* 2014/40, onder 4.2.

61 M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time out, please!', *FIP* 2014/1, p. 28.

62 F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack', in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van onder-*

nemingen (delen I en II) en het bestuursverbod, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 50. Zie ook: W.J.P. Jongepier/K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *FIP* 2013, p. 198-199, en J.M. Hummelen, 'Het verkoopproces in een pre-packaged activatransactie', *TvI* 2015/2.

63 MvT, p. 14-15 en p. 25.

wel gezegd worden dat er wordt doorgestart, maar er kan nog geen uitvoering aan gegeven worden omdat niet zeker is wie er doorstart. Wellicht dat het nog niet beschikbare wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen III, waarin onder meer een doorleveringsverplichting na faillissement zal worden geregeld, voor een deel een oplossing zal kunnen bieden op dit punt en de bedenktijd in de praktijk zal kunnen worden toegepast. Hierbij kan gedacht worden aan 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.⁶⁴ Aan de andere kant kan met recht gesteld worden dat WCO I wel voorziet in de mogelijkheid de verkoop na faillissement af te ronden, waarmee maatwerk kan worden geleverd. Er zullen gevallen zijn waarin deze optie, die ook in een aantal gevallen in de huidige pre-packpraktijk is gebruikt⁶⁵, een nuttige bijdrage kan leveren aan de zorgvuldigheid van het proces, zeker daar waar uitsluitend een gelieerde partij als potentiële koper wordt voorgedragen door de schuldenaar. Het is dan ook goed dat de wet deze mogelijkheid biedt.

Mijns inziens biedt de huidige tekst van WCO I, in samenhang met de inmiddels in de praktijk ontwikkelde

regels⁶⁶, voldoende waarborgen tegen een verstoring van de normale marktwerking van het verkoopproces en tegen concurrentievervalsing. Er zal pas een beoogd curator worden aangewezen indien de rechtbank overtuigd is van de meerwaarde en indien de rechtbank volledig is geïnformeerd over de mogelijke kopers. Door de in WCO I geïntroduceerde sanctie van bestuurdersaan-

Door de in WCO I geïntroduceerde sanctie van bestuurdersaansprakelijkheid wordt bevorderd dat de bestuurder van de schuldenaar de wettelijke bepalingen zal naleven

sprakelijkheid wordt bevorderd dat de bestuurder van de schuldenaar de wettelijke bepalingen zal naleven. Een pre-pack heeft op dit punt dan uitsluitend nog voordelen, te weten een zorgvuldig, onder toezicht van een (volledig geïnformeerde) beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris, voorbereide doorstart waarbij het risico van mislukken van de doorstart wordt beperkt door de stille voorbereidingsfase.

Over de auteur

Mr. M.R. van Zanten is advocaat bij CMS te Amsterdam. Hij verricht als buiten-promovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen onderzoek naar de pre-pack.

64 Te vinden op: www.insolad.nl. 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 zes maanden. Op grond van het voorgestelde art. 249 lid 4 Fw zijn de hieruit na surseance voortvloeiende verplichtingen boedelschuld.

65 J.M. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *Tv* 2015/20, p. 130.

66 Art. 5 van de Praktijkregels waarin richtlijnen worden gegeven voor de activiteiten van de beoogd curator bij de (voorbereiding van de) doorstart.