

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I)

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN DEEL

1. Inleiding

Met dit wetsvoorstel wordt in de Faillissementswet (Fw) een regeling ingevoerd waarbij de rechtbank de mogelijkheid krijgt om op verzoek van een schuldenaar al voor een faillietverklaring in stilte aan te wijzen wie zij zal aanstellen als curator (hierna: beoogd curator) en benoemen als rechter-commissaris (hierna: beoogd rechter-commissaris) mocht het tot een faillissement komen. Komt het inderdaad tot een faillietverklaring van de schuldenaar, dan is bepaald dat de rechtbank in de regel de eerder door haar als beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aangewezen personen zal aanstellen als curator en rechter-commissaris in het faillissement.¹

De regeling sluit aan bij een praktijk die zich in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld en inmiddels door acht van de elf rechtbanken wordt toegepast.² In navolging van de regeling in het Verenigd Koninkrijk, waarbij een doorstart uit faillissement door een "administrator" voorafgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid, wordt deze oplossing ook wel aangeduid met de term "pre-pack". De beoogd curator wordt in de literatuur verder vaak "stille bewindvoerder" genoemd. Met dit wetsvoorstel doe ik de toezegging gestand die is gedaan door de voormalig Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie tijdens het mondelinge vragenuurtje in de Tweede Kamer van 18 juni 2013, om ten behoeve van de rechtszekerheid de "pre-pack" een uitdrukkelijke grondslag in de wet te bieden.

Om de goede ervaringen die in de praktijk zijn opgedaan te ondersteunen en ruimte te bieden voor nadere invulling door die praktijk, is gekozen voor een kaderregeling die bestaat uit:

- a) procedurevoorschriften waarin antwoord wordt gegeven op de vragen:
 - *wanneer* om de aanwijzing van een beoogd curator kan worden gevraagd en *hoe* dit dient te gebeuren,
 - *wanneer* en *hoe* de rechtbank een dergelijk verzoek kan inwilligen en *welke* voorwaarden zij daarbij kan stellen, en
 - *wanneer* de aanwijzing eindigt, alsmede
- b) regels over de taken en bevoegdheden van de schuldenaar, de rechtbank, de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris en de schuldeisers, waaronder ook de werknemers.

¹ In de memorie van toelichting wordt om praktische redenen – en omdat dit in veruit de meeste gevallen het verloop is – voornamelijk gesproken over de aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris in de aanloop naar een faillissement. Dit neemt niet weg dat de aanwijzing ook kan plaatsvinden in de aanloop naar verlening van surseance van betaling.

² Bij de rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg wordt deze praktijk niet toegepast.

De regeling geldt voor ondernemingen, ongeacht welke activiteiten zij ontplooiën of de rechtsvorm waarin zij worden gedreven, en kan dus ook worden toegepast wanneer sprake is van ondernemingen in de semipublieke sector.³ De regeling geldt niet voor natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen.

De huidige "*pre-pack praktijk*" profiteert van de voorgestelde regeling doordat hiermee duidelijkheid wordt geboden over de figuur van de beoogd curator en diens rol, taken en bevoegdheden, alsmede over onder welke voorwaarden een aanwijzing van een beoogd curator kan plaatsvinden en hoe het toezicht op het functioneren van de beoogd curator is geregeld.⁴ De praktijk heeft ook nadrukkelijk om deze verduidelijking gevraagd.⁵

Voorts biedt de voorgestelde regeling de "*pre-pack praktijk*" ook enkele vernieuwingen die ten goede komen aan de schuldeisers. De voorgestelde regeling geeft hen verschillende mogelijkheden om tijdens de "*stille voorbereidingsfase*" – die aanvangt met de aanwijzing van een beoogd curator – of in een daarop volgend faillissement hun belangen beter voor het voetlicht te laten komen. Zo wordt aan artikel 74 Fw een nieuw lid toegevoegd waarin is bepaald dat de rechtbank bij een op een "*stille voorbereidingsfase*" volgende faillietverklaring een voorlopige commissie van schuldeisers zal instellen, wanneer de beoogd curator en/of de beoogd rechter-commissaris hier aanleiding toe zien. Deze commissie heeft tot taak de curator te adviseren – bijvoorbeeld over de verkoop van bedrijfsonderdelen ten behoeve van een doorstart – en kan daartoe alle relevante (financiële) informatie raadplegen en de curator op elk moment vragen nadere inlichtingen te verschaffen (artikelen 76 en 77 Fw).

Ook wordt in de voorgestelde regeling rekening gehouden met het feit dat de impact van een faillissement voor werknemers over het algemeen groter is dan voor andere schuldeisers, wat maakt dat werknemers binnen de groep van schuldeisers een bijzondere positie innemen. Gelet

³ Mr. G.R.J. de Groot, '*Zorg in de knel*', ZIP 2014(7).

⁴ Zoals in de consultatie over het voorontwerp namens CMS Derks Star Busmann N.V. door mr. M.R. van Zanten werd opgemerkt, is deze wettelijke verankering en de daarbij geboden duidelijkheid omtrent de rol van de beoogd curator bijvoorbeeld ook van belang in het kader van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de advocaten die door de rechtbank worden aangewezen als beoogd curator.

⁵ O.m. mr. drs. N.W.A. Tollenaar, '*Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!*', Tvl 2011/23; mr. O.G. Tacoma en mr. C.J.M. Weebers-Vrenken, '*The b(l)ackside van een pre-pack-faillissement*', Vastgoedrecht 2013, 6; H. Koster, '*Herstructureren bij insolventie: naar pre-pack plus!*', Tvl 2013/7; mr. E. Loesberg, '*Heiligt het doel de middelen? Pre-pack in het Nederlandse Faillissementsrecht*', Tijdschrift voor de ondernemingspraktijk 2013/1; mr. J.L.R.A. Huydecoper, '*Pre-pack-liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?*', Tvl 2013/5; K. Beke & P. Wolterman, '*Verslag seminar "De Nederlandse pre-pack – ready for take off?" d.d. 11 april te Amsterdam*', Tvl 2012/31; mr. M.R. van Zanten, '*Aan het werk met de pre-pack*', Arbeidsrecht 2013/47; mr. W.J.P. Jongepier en mr. drs. K.P. Hoogenboezem, '*Wie is de stille bewindvoerder?*', FIP 2013/6; mr. B.J. Tideman, '*Kritische kanttekeningen bij de pre-pack*', FIP 2013/6; mr. drs. N.W.A. Tollenaar, '*Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak*', FIP 2013/6; mr. B.J. Tideman, '*Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland, geef ons de pre-pack+*', FIP 2013/7; mr. J.V. Maduro, '*Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I: de rechtszekerheid gediend?*', FIP 2013/8; mr. Ph. W. Schreurs, '*Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk*', FIP 2013/8; mr. M.J. Cools, '*Een doorstart in voorverpakking*', FIP 2013/8; mr. M.H.F. van Vugt, '*De Nederlandse pre-pack: time-out please!*', FIP 2014/1; prof. mr. F.M.J. Verstijlen, '*Pre-packing in the Netherlands*', NJB 2014/803; prof. mr. J.J. van Hees, '*Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?*', Ondernemingsrecht 2014/79; mr. W.J.M. van Andel, '*Stop met de pre-pack*', Tvl 2014/37; mr. dr. R.R. Verkerk, mr. M. Windt en mr. T.L. Rozendal, '*Prepacks: transparantie en verantwoording achteraf*', Tvl 2014/40; prof. mr. F.M.J. Verstijlen, '*Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack*', Vereniging 'Handelsrecht' Preadvies 2014, Uitgeverij Paris, Zutphen 2014.

hierop is in artikel 363, vierde lid, expliciet bepaald dat de rechtbank zich bij de aanwijzing van een beoogd curator de vraag zal moeten stellen of het nodig is om ter behartiging van de belangen van de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers specifieke voorwaarden te stellen. Zo zou de rechtbank als voorwaarde kunnen stellen dat de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging – onder geheimhouding⁶ – wordt betrokken bij de “*stille voorbereidingsfase*”.

Verder omvat de voorgestelde regeling een aantal nieuwe maatregelen die ertoe leiden dat met de “*stille voorbereidingsfase*” ook een bijdrage zal kunnen worden geleverd aan de bestrijding van faillissementsfraude en misbruik van het faillissementsrecht. Bij dit laatste zijn naast de schuldeisers ook concurrenten en de maatschappij als geheel gebaat. Wanneer in de “*stille voorbereidingsfase*” of tijdens het daarop volgende faillissement blijkt dat de bestuurders of de feitelijk leidinggevenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming de “*stille voorbereidingsfase*” oneigenlijk hebben gebruikt of hebben willen gebruiken, wordt het voor de curator eenvoudiger gemaakt om de bestuurders of de feitelijk leidinggevenden aansprakelijk te stellen voor de daaruit voortvloeiende schade en kan dit er – na inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod⁷ – ook toe leiden dat een civielrechtelijk bestuursverbod wordt opgelegd (artikelen II en III).

Het wetsvoorstel maakt deel uit van het programma Herijking Faillissementsrecht. Zoals de Tweede Kamer bij brief van 26 november 2012 is meegedeeld, rust dat programma op drie pijlers: (i) fraudebestrijding, (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure.⁸ Dit wetsvoorstel is onderdeel van de tweede pijler: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven (hierna ook: reorganisatiepijler). In de voortgangsbrieven aan de Tweede Kamer van 27 juni 2013, 15 november 2013, 15 juli 2014 en 9 december 2014 is uiteengezet dat deze pijler erop is gericht onnodige faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen.⁹ Om ondernemers te stimuleren tijdig hulp te zoeken wanneer betalingsonmacht dreigt, wordt gewerkt aan maatregelen om reorganisatie, herstructurering en doorstart buiten faillissement te faciliteren. Binnen de tweede pijler zullen daarnaast – ter beperking van de uit het faillissement voortvloeiende schade – maatregelen worden getroffen om de (tijdelijke) continuering van de onderneming tijdens faillissement te bevorderen en doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen uit faillissement te bespoedigen. Thans is voorzien dat van de tweede pijler in totaal drie wetsvoorstellen deel uit zullen maken. Dit wetsvoorstel is het eerste en

⁶ In dit verband is van belang dat in artikel 7:678 van het Burgerlijk Wetboek is bepaald dat wanneer een werknemer “*bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf van de werkgever, die hij behoorde geheim te houden, bekendmaakt*”, dit wordt beschouwd als een dwingende reden voor ontslag. Voorts bestaat er op basis van artikel 20 Wet op de Ondernemingsraden voor de OR reeds een strafrechtelijk gesanctioneerde geheimhoudingsplicht ten aanzien van (1) alle zaken- en bedrijfsgeheimen die zij in hun hoedanigheid van OR-lid vernemen, (2) alle aangelegenheden waarvan geheimhouding is opgelegd door de OR of de ondernemer, of (3) waarvan zij, in verband met de eerder opgelegde geheimhouding, het vertrouwelijk karakter moeten begrijpen. Zie mr. C. Nekeman en mr. E. Knipschild, ‘*Het recht op informatie en de plicht tot geheimhouding van de ondernemingsraad*’, *Arbeidsrecht* 2007, 49.

⁷ Kamerstukken II 2013-2014, 34 011, nr. 2.

⁸ Kamerstukken II 2012-2013, 29 911, nr. 74.

⁹ Kamerstukken II, 2012-2013, 33 695, nr. 1; Kamerstukken II, 2013-2014, 33 695, nr. 3; Kamerstukken II, 2013-2014, 33 695, nr. 5 en Kamerstukken II, 2014-2015, 33 695, nr. 7.

heeft daarom de titel Wet Continuïteit Ondernemingen I. De overige twee wetsvoorstellen betreffen vooralsnog de invoering van:

- (i) een regeling betreffende de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement, die vorm zal krijgen met het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen II¹⁰, en
- (ii) verschillende maatregelen waarmee 1) faillissementen kunnen worden voorkomen; 2) de tijdelijke voortzetting van een onderneming tijdens faillissement wordt gefaciliteerd, opdat de curator in het belang van de schuldeisers in de gelegenheid wordt gesteld het faillissement goed af te wikkelen, en 3) de kansen op een doorstart van een onderneming (of onderdelen daarvan) uit faillissement worden vergroot, die vorm zullen krijgen met het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen III.

Verder wordt nog opgemerkt dat de Minister van Sociale Zaken recentelijk een rechtsvergelijkend onderzoek heeft laten verrichten naar de positie van de werknemer in faillissement.

2. Doel van het wetsvoorstel

2.1 Vereffening van de failliete boedel en verkoop van bedrijfsonderdelen

Wanneer een schuldenaar niet langer aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen kan de rechtbank op zijn verzoek of op aanvraag van één of meer schuldeisers het faillissement uitspreken (artikel 1 Fw). Daarbij wordt door de rechtbank een curator aangesteld die tot taak heeft de failliete boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te beheren en te vereffenen; dat wil zeggen dat hij de activa van de gefailleerde tegen een zo hoog mogelijk prijs te gelde zal moeten maken om de opbrengst daarna te verdelen onder de schuldeisers (artikel 68 Fw). Ook wordt er een rechter-commissaris benoemd die toezicht houdt op het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator (artikel 64 Fw). Het is mogelijk dat binnen de door de schuldenaar gedreven onderneming nog rendabele bedrijfsonderdelen aanwezig zijn. Deze bedrijfsonderdelen zouden dan net als de andere boedelactiva (zoals de bedrijfsinventaris) verkocht kunnen worden, waarna zij een doorstart kunnen maken. De opbrengst van de verkoop komt ten goede aan de faillissementsboedel en wordt uiteindelijk verdeeld onder de schuldeisers. Omdat het verschillende voordelen heeft wanneer het aanwezige actief grotendeels aan één koper kan worden verkocht die daarmee een groot deel van de onderneming voortzet, komt dit soort activatransacties regelmatig voor. Zo is veelal sprake van een (aanzienlijk) hogere opbrengst dan bij een verkoop van de afzonderlijke activa aan verschillende kopers. Bovendien kan bij voortzetting van de onderneming de daarmee verbonden werkgelegenheid (deels) behouden blijven en kan de levering van producten en diensten aan afnemers worden gecontinueerd. Dit dient niet alleen maatschappelijke belangen, maar ook de directe financiële belangen van de faillissementsboedel. In faillissement kunnen immers de loonvorderingen van de werknemers worden beperkt als een deel van hen in dienst kan treden bij de koper/doorstarter. Ook kunnen de risico's op schade voor de afnemers van de onderneming en op eventueel daaruit voortvloeiende claims worden gereduceerd of zelfs worden weggenomen wanneer de koper/doorstarter de levering van producten en diensten aan die afnemers kan voortzetten. Deze voordelen maken dat de curator na zijn aantreden veelal eerst zal onderzoeken of er rendabele bedrijfsonderdelen zijn

¹⁰ Een voorontwerp van dit wetsvoorstel is te vinden op <http://www.internetconsultatie.nl/wco2>.

en gegadigden die deze zouden willen voortzetten.¹¹ Complicatie hierbij is echter dat er vaak maar weinig tijd is om een doorstart te realiseren. De praktijk laat zien dat ondernemingen na een faillietverklaring vrijwel altijd te maken krijgen met negatieve publiciteit die ertoe leidt dat een onbeheersbare situatie ontstaat; financiers gaan over tot het uitwinnen van zekerheden, klanten verliezen het vertrouwen, leveranciers weigeren nog langer te leveren en werknemers gaan op zoek naar een andere baan. Daar komt bij dat een curator enige tijd nodig heeft om zich te laten informeren, terwijl hij zonder informatie niet in staat is te overzien wat de eventuele risico's zijn bij voortzetting van de onderneming in faillissement. Dit kan ertoe leiden dat de onderneming grotendeels tot stilstand komt en dat de nog rendabele bedrijfsonderdelen in korte tijd veel van hun waarde en potentiële rendement verliezen waardoor het lastig wordt om hiervoor nog een koper te vinden die een doorstart wil wagen. Ook is het dan nog maar de vraag of een goede verkoopprijs kan worden gerealiseerd.

2.2 Voorbereiding van een faillissement

Bij ondernemingen van enige omvang is het gebruikelijk dat, wanneer zich ernstige financiële problemen aandienen, door het bestuur of de feitelijk leidinggevenden adviseurs worden benaderd waarmee eerst wordt gezocht naar een oplossing voor de financiële problemen. Lukt dit niet, dan wordt met diezelfde adviseurs het faillissement vaak voorbereid, onder meer om op die manier de schade voor de werknemers, het zakelijk netwerk en de klantenkring zoveel mogelijk te kunnen beperken.¹² Het zoeken naar potentiële overnamekandidaten en het onderhandelen over de verkoop van bedrijfsonderdelen maakt vaak onderdeel uit van die voorbereiding. Als het bestuur erin slaagt voor de faillietverklaring een verkooptransactie voor te bereiden, blijft het aan de curator in het faillissement – als beheerder en vereffenaar van de failliete onderneming – om te beslissen of hij wil meewerken aan die verkoop (vgl. artikel 68 Fw). Hij zal dit – gelet op zijn taak – willen doen wanneer hij ervan overtuigd is dat met de aan hem voorgelegde verkooptransactie het hoogst haalbare resultaat voor de gezamenlijke schuldeisers kan worden gerealiseerd.¹³ Vervolgens zal ook de rechter-commissaris nog toestemming moeten geven voor de onderhandse verkoop (vgl. artikelen 101, eerste lid, en 176 Fw).¹⁴ Lastig bij een regulier faillissement is dat de curator en de rechter-commissaris – doordat zij niet betrokken zijn geweest bij de voorbereiding – op de dag van de faillietverklaring “uit het niets” worden geconfronteerd met de voorbereide verkooptransactie. Enerzijds zullen de curator en de rechter-commissaris voordat zij een beslissing kunnen nemen over het al dan niet effectueren van de voorbereide doorstart, enige tijd nodig hebben om die informatieachterstand in te halen. Gelet op het risico dat de beoogd koper in de

¹¹ Prof. mr. J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, Ondernemingsrecht 2014/79.

¹² In de rechtspraak en literatuur wordt aangenomen dat op het bestuur of de feitelijke leidinggevenden van de onderneming in dit kader ook een zekere zorgplicht rust: zie HR 11 februari 2011, JOR 2011/114, m.nt. W. van An del (*Ontvanger/Wesselman*) en mr. Ph.W. Schreurs (2011), ‘A Corporate Cloak, de bijzondere zorgplicht van de bestuurder na faillissement’, Insolad lustrumbundel 2011. Zie verder mr. drs. C.M. Harmsen, ‘Voorbereiding van een doorstart: hoever mag de ondernemer gaan?’ en dr. mr. J.A.A. Adriaanse en prof. dr. J.G. Kuijl RA, ‘Lijken in de kast; Waarom turnarounds mislukken en doorstarts plaatsvinden: een bedrijfseconomische analyse’, in het Insolad Jaarboek 2008, pp. 19 – 37 en 67 – 79.

¹³ Mr. J.M. Lemstra en mr. J.M. Van der Weide, ‘Kloeke curatoren’, in Jaarboek Insolad 2008, pp. 161 – 177.

¹⁴ Mr. F.H.E. Boerma, ‘Doorstart vanuit het perspectief van de rechter-commissaris’, in Jaarboek Insolad 2008, pp. 179 – 192.

hectiek die volgt op de faillietverklaring alsnog afziet van het doorzetten van de verkooptransactie of dat hij aanstuurt op een verlaging van de verkoopprijs, zullen de curator en de rechter-commissaris anderzijds de nodige tijdsdruk voelen om snel te beslissen.¹⁵ Het is daarom vaak ook niet mogelijk om een openbaar verkoopproces in te richten – zoals dat gebruikelijk is buiten faillissement – waarbinnen potentieel geïnteresseerde kopers ruime gelegenheid krijgen om informatie over de onderneming in te winnen en mee te dingen bij een eventuele aankoop van de onderneming.¹⁶ Daardoor geldt de genoemde informatieachterstand ook voor potentieel geïnteresseerde kopers. Als zij niet bij de voorbereiding van het faillissement betrokken zijn geweest, is het voor hen vrijwel onmogelijk na de faillietverklaring spoedig een bod op de onderneming uit te brengen dat zowel interessant is voor de curator als verantwoord voor henzelf. Dit betekent per saldo dat bij een regulier faillissement veelal alleen de partijen die voorafgaand aan de faillietverklaring door de schuldenaar zijn benaderd, een reële kans krijgen de onderneming uit faillissement te kopen. Ook brengen het gebrek aan transparantie tijdens het voorbereidingstraject, de informatieachterstand bij de curator en de rechter-commissaris, de schuldeisers en andere betrokkenen, alsmede de hectiek rondom de faillietverklaring mee dat het risico bestaat dat sprake zou kunnen zijn van faillissementsfraude en/of misbruik van het faillissementsrecht, terwijl dit niet of pas op een later moment wordt opgemerkt.

2.3 De "pre-pack praktijk"

De huidige "pre-pack praktijk" is ontstaan vanuit een behoefte bij zowel ondernemers als bij curatoren en rechters om een mogelijk aanstaand faillissement in relatieve rust – dat wil zeggen voordat de hectiek van het faillissement losbarst – met de direct betrokkenen voor te kunnen bereiden. Bedoeling daarbij is dat de "stille voorbereidingsfase" de beoogd curator de gelegenheid geeft zich alvast te laten informeren over de situatie waarin de door de schuldenaar gedreven onderneming zich bevindt en om mee te kijken met het voorbereidingstraject dat door het bestuur of de feitelijk leidinggevendenden van die onderneming in gang is gezet. Doordat de beoogd curator de beoogd rechter-commissaris verslag uitbrengt van zijn bevindingen, wordt deze laatste ook in staat gesteld zich al voor de faillietverklaring in het aanstaand faillissement te verdiepen. Wanneer de faillietverklaring wordt uitgesproken kunnen beiden daardoor beter beslagen ten ijs komen; zij kunnen na de faillietverklaring direct voortvarend handelen en, indien aan de orde, sneller een goed geïnformeerd besluit nemen over het al dan niet effectueren van een voorbereide verkooptransactie. Stemmen de curator en de rechter-commissaris in met de verkooptransactie, dan kan deze relatief kort na de faillietverklaring worden geëffectueerd en kan voorkomen worden dat de hiervoor beschreven chaotische situatie invloed heeft op de waarde van bedrijfsonderdelen of de kansen op een succesvolle doorstart.¹⁷ Resultaat is dat een hogere boedelopbrengst kan worden gerealiseerd ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement en dat de individuele schuldeisers een grotere kans hebben dat in ieder geval een deel van hun vordering in faillissement zal kunnen worden voldaan. Daarnaast leidt de doorstart ertoe dat de in de

¹⁵ Mr. Ph.W. Schreurs (2011), 'A Corporate Cloak, de bijzondere zorgplicht van de bestuurder na faillissement', Insolad lustrumbundel 2011.

¹⁶ Prof. mr. J.J. van Hees, 'Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?', Ondernemingsrecht 2014/79.

¹⁷ Mr. drs. N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!', Tvl 2011/23 en prof. mr. F.M.J. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands', NJB 2014/803.

onderneming aanwezige werkgelegenheid (althans deels) behouden kan blijven. Verder kunnen leveranciers en afnemers baat hebben bij de doorstart van de bedrijfsonderdelen vanwege de continuïteit in respectievelijk de afname dan wel levering van goederen en/of diensten.

In de kern komt de *"pre-pack praktijk"* dan ook neer op een aanpassing van een handelwijze die al lange tijd bestaat, namelijk van de voorbereiding van een aanstaand faillissement en een eventuele doorstart uit dat faillissement. In plaats dat schuldenaar en zijn adviseurs dit geheel op eigen houtje doen, worden in de *"pre-pack praktijk"* de rechtbank die bevoegd is het faillissement uit te spreken en de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris daarbij betrokken.¹⁸ Dit brengt – naast de hierboven genoemde voordelen – ook mee dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris de gelegenheid krijgen om het voorbereidingsproces te volgen. Bovendien wordt de beoogd curator hierdoor in staat gesteld zo vroeg mogelijk te handelen wanneer hij meent dat het voorbereidingstraject een wending neemt die niet in het belang is van de betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement en in het bijzonder de schuldeisers (waaronder ook de werknemers)¹⁹ of wanneer hij constateert dat sprake is van faillissementsfraude of een voornemen om het faillissementsrecht te misbruiken. Het gegeven dat de voorbereiding van het faillissement in de regel in stilte plaatsvindt, maakt dat de schuldeisers – tenzij zij hierin betrokken worden – daarbij niet zelf voor hun belangen kunnen opkomen. De *"pre-pack praktijk"* maakt nu echter mogelijk dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris dit voor hen kunnen doen. Anders dan in faillissement hebben de schuldeisers vanwege het besloten karakter van de *"stille voorbereidingsfase"* niet de mogelijkheid de rechter-commissaris via artikel 69 Fw te vragen in te grijpen in het beleid van de beoogd curator. De schuldeisers moeten erop kunnen vertrouwen dat de beoogd curator uit zichzelf handelt wanneer de schuldenaar het voorbereidingstraject een kant op stuurt die niet in hun belang is, en dat rechter-commissaris erop toeziet dat de beoogd curator dit ook daadwerkelijk doet. Dit brengt mee dat op de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris een grotere verantwoordelijkheid rust dan op de curator en de rechter-commissaris in faillissement. Van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris wordt verwacht dat zij reeds tijdens de *"stille voorbereidingsfase"* waken over de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement. Dit betekent dat zij het voorbereidingstraject met een zeer kritische blik dienen te volgen.²⁰ Over hoe hieraan concreet invulling kan worden gegeven vindt reeds overleg plaats in de praktijk. Zo heeft de Vereniging van Insolventierecht advocaten (Insolad) het initiatief genomen om te komen

¹⁸ Mr. M.R. van Zanten, *'Aan het werk met de pre-pack'*, Arbeidsrecht 2013/47.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld het eerste openbaar verslag van mr. Jongepier in het faillissement van de Estro Groep B.V. c.s. waarin hij beschrijft dat hij aanvankelijk enige bedenkingen had bij het op een doorstart uit faillissement gerichte voorbereidingstraject zoals dat door het bestuur van het crèchebedrijf in gang was gezet, maar dat na enige bijsturing toch een verkoop van een belangrijk deel van de onderneming tegen aanvaardbare voorwaarden gerealiseerd kon worden
http://www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro_stille_bewindvoering.pdf.

²⁰ Mr. J.L.R.A. Huydecoper, *'Pre-pack-liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?'*, Tvl 2013/5.

tot een handleiding (in de vorm van praktijkregels gebaseerd op "best practices") voor de wijze van opereren door een beoogd curator.²¹

Zoals gezegd wordt deze oplossing thans al door acht van de elf rechtbanken toegepast. De acht rechtbanken die de "pre-pack methode" toepassen, hebben goed overleg en zij wisselen regelmatig ervaringen uit. Bekende voorbeelden van situaties waarin de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris reeds voor de faillietverklaring betrokken waren, zijn de faillissementen en de daaruit voortgekomen doorstarts van garnalenleverancier Heiploeg²², winkelketens de Harense Smid²³ en de Schoenenreus²⁴, lingeriemerk Marlies Dekkers²⁵, het Ruwaard van Putten Ziekenhuis²⁶ en kinderopvangbedrijf Estro²⁷. Begin 2015 publiceerde mr. J.R. Hurenkamp de resultaten van een empirisch onderzoek dat hij heeft verricht naar 48 faillissementen in de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 juli 2014 waarvoor gold dat vóór de faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator had plaatsgevonden.²⁸ Het onderzoek bestond enerzijds uit een analyse van de faillissementsverslagen uitgebracht in de desbetreffende faillissementen. Anderzijds omvatte het onderzoek een analyse van interviews, afgenomen van in totaal twintig (beoogd) curatoren, (beoogd) rechters-commissarissen en advocaten van schuldenaren die eerder hadden meegewerkt aan een "pre-pack". In de publicatie die mr. Hurenkamp naar aanleiding van zijn onderzoek uitbracht, beschrijft hij hoe de "pre-pack" in door hem onderzochte gevallen werd toegepast en tot welke resultaten dat leidde.²⁹ Mr. Hurenkamp geeft de resultaten van zijn onderzoek globaal als volgt weer.

- De "stille voorbereidingsfase" duurde gemiddeld 12,5 dagen. De "stille voorbereidingsfase" werd 2 keer tussentijds beëindigd, 38 keer direct opgevolgd door een faillietverklaring en 8 keer was eerst nog sprake van een verlening van surseance van betaling.
- In 37 gevallen werd tijdens de "stille voorbereidingsfase" een verkoop/doorstart van bedrijfsonderdelen voorbereid die na de faillietverklaring door de curator werd geëffectueerd. In 25 gevallen vond de doorstart binnen één tot drie dagen na de faillietverklaring plaats. In 7 gevallen verstreek er meer tijd tussen de faillietverklaring en de doorstart. In deze gevallen werd de "stille voorbereidingsfase" eerst opgevolgd door een surseance van betaling of duurde het na de faillietverklaring langer voordat de curator en de rechter-commissaris hun goedkeuring gaven aan de verkoop/doorstart. In 15 gevallen was sprake van een doorstart

²¹ Deze praktijkregels zijn te vinden op: <https://static.basenet.nl/cms/105928/website/praktijkregels-beoogd-curator.pdf>. Zie ook mr. 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.

²² Prof. mr. F.M.J. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands', NJB 2014/803.

http://www.dorhout.nl/downloads/Verslag_stille_bewindvoering.20140204.PDF.

²³ <http://bgadvocaten.nl/nl/actualiteiten/kantoornieuws/faillissementsverslag-%22de-harense-smid%22/>

²⁴ https://www.abenslag.nl/fileadmin/user_upload/Schoenenreus/persbericht_Schoenenreus.pdf.

²⁵ <http://www.faillissementsdossier.nl/nieuws/7088/marlies-dekkers-maakt-doorstart.aspx>.

²⁶ http://www.dvdw.nl/media/112055/f.09.13.531_st_ruwaard_van_puttenziekenhuis_-_openbaar_verslag_1.pdf.

²⁷ http://www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro_stille_bewindvoering_.pdf.

²⁸ Mr. 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.

²⁹ J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', Tvl 2015/20.

met een "gelieerde partij"³⁰, waarbij in 3 gevallen een opschortende of ontbindende voorwaarde werd overeenkomen. Die voorwaarde bestond eruit dat expliciet werd bepaald dat als de curator na de faillietverklaring een aantrekkelijker bod zou krijgen, de voorbereide verkoop/doorstart geen gestand zou worden gedaan.³¹ Met deze doorstarts die voorafgaand aan de faillietverklaring waren voorbereid kon gemiddeld 68% van de aanwezige werkgelegenheid worden behouden.

- In 6 gevallen werd er tijdens de "stille voorbereidingsfase" wel onderhandeld over een verkoop/doorstart van bedrijfsonderdelen, maar lukte het uiteindelijk niet om voor de faillietverklaring een verkooptransactie voor te bereiden. In 3 gevallen lukte het de curator na de faillietverklaring alsnog om een verkoop/doorstart te realiseren. Bij deze doorstarts die pas na de faillietverklaring in het faillissement tot stand werden gebracht, kon echter gemiddeld slechts 24% van de aanwezige werkgelegenheid behouden blijven.

Ook constateert mr. Hurenkamp verschillen in de toepassing van de huidige "pre-pack praktijk". Dit geldt met name voor de wijze waarop de beoogd curator zich tijdens de "stille voorbereidingsfase" opstelt; werkt hij actief mee bij de voorbereiding van een doorstart of heeft hij meer een observerende rol? Verder is er sprake van verschillen in de wijze waarop een verkoop/doorstart van bedrijfsonderdelen wordt voorbereid. Zo vond er in het kader van die voorbereiding lang niet altijd een marktverkenning plaats. Ook de inhoudelijke verslaggeving door de voormalig beoogd curator over wat er zich tijdens de "stille voorbereidingsfase" heeft voorgedaan en de termijn waarbinnen het verslag werd uitgebracht verschilde sterk. Zoals hierboven is beschreven, zal de voorgestelde regeling hierin meer duidelijkheid en uniformiteit bieden. Verder is nog relevant dat de Radboud Universiteit in samenwerking met BDO Consultants in 2014 een verkennend onderzoek heeft uitgevoerd naar de effecten van de huidige "pre-pack praktijk" op de hoogte van de boedelopbrengst. Naar verluidt gaan de onderzoekers er op basis van hun eerste bevindingen vanuit dat bij de huidige praktijk sprake is van een meeropbrengst voor de boedel die varieert van 10 tot 30%.³²

Overigens leert de huidige praktijk dat de aanwijzing van een beoogd curator er ook toe kan bijdragen dat er in stilte voor de financiële problemen alsnog een oplossing buiten faillissement wordt gevonden, waarmee de voortzetting van de onderneming geborgd kan worden. Daarom is het van belang dat de schuldenaar zich tijdig voorbereidt op een mogelijk faillissement en zich in dat kader ook op tijd afvraagt of vroegtijdige betrokkenheid van de toekomstig curator wenselijk is. Voorts is het met het oog hierop cruciaal dat de aanwijzing omkeerbaar is, dat deze de schuldenaar niet verplicht om op termijn een aanvraag tot faillietverklaring in te dienen en dat deze de schuldenaar ook niet anderszins beperkt in zijn vrijheid om een oplossing buiten faillissement na te streven. Gelet op dit laatste is belangrijk dat de aanwijzing van een beoogd curator geen verandering brengt in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar.

³⁰ Prof. mr. J.J. van Hees beschrijft een doorstart met een "gelieerde partij" als een situatie waarin de bedrijfsonderdelen na de faillietverklaring in een andere juridische identiteit worden voortgezet en bij de doorgestarte onderneming dezelfde personen (bijvoorbeeld de "oude" aandeelhouder en/of het "oude" management) aan het roer blijken te staan als het geval was bij de gefailleerde onderneming. (Prof. mr. J.J. van Hees, 'Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?', Ondernemingsrecht 2014/79.)

³¹ Zie Niopal B.V. (F.13/14/317), Dankers Glas- en Schilderwerken B.V. (F.01/13/972) en Yaper B.V. (F.13/13/677).

³² Zie 'Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelopbrengst', Het Financieel Dagblad, 7 juli 2014.

De aanleiding om nu met de voorgestelde regeling te komen is dat er behoefte is aan een wettelijk kader dat de bestaande "*pre-pack praktijk*" ondersteunt en ertoe bijdraagt dat:

- a) wanneer deze praktijk wordt toegepast, de mogelijkheden om de uit het faillissement voortvloeiende schade voor betrokkenen te beperken optimaal worden benut, en
- b) wordt voorkomen dat deze praktijk wordt toegepast in gevallen waarvoor deze niet bedoeld is.

3. Korte beschrijving van de inhoud van de regeling

3.1 Inleiding

Het wetsvoorstel biedt een wettelijke verankering van de "*pre-pack praktijk*" en vergroot de mogelijkheden om een faillissement voor te bereiden. Doel van de voorbereiding is de uit het faillissement voortvloeiende schade bij schuldeisers (waaronder ook de werknemers) en andere betrokkenen zoveel mogelijk te beperken, onder meer door de kansen op een verkoop en daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid te vergroten (artikel 363, eerste lid). Om dit resultaat te bereiken en te voorkomen dat de "*stille voorbereidingsfase*" oneigenlijk wordt gebruikt³³ is in de voorgestelde regeling bepaald dat:

- a) de voorbereiding van het faillissement plaatsvindt onder het toezien oog van de rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris (artikelen 363 tot en met 365);
- b) deze actoren daarbij kunnen beschikken over middelen waarmee zij:
 - tijdens de "*stille voorbereidingsfase*" de belangen kunnen behartigen van de gezamenlijke schuldeisers (waaronder ook die van de werknemers) en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement (artikelen 363 tot en met 366), en
 - daartoe, indien nodig, ervoor kunnen zorgen dat het voorbereidingstraject wordt bijgestuurd of voortijdig wordt beëindigd (artikel 366, eerste lid, onder a), en
- c) wanneer in de "*stille voorbereidingsfase*" of tijdens het daarop volgende faillissement blijkt dat de bestuurders of de feitelijk leidinggevendenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming de "*stille voorbereidingsfase*" oneigenlijk hebben gebruikt of hebben willen gebruiken, dit kan leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders of de feitelijk leidinggevendenden voor de daaruit voortvloeiende schade en – na inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod³⁴ – tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod (artikelen II en III).

³³ Er is sprake van oneigenlijk gebruik van de "*stille voorbereidingsfase*" wanneer deze wordt aangewend als voorportaal van een eigen aangifte tot faillietverklaring (vgl. artikel 1 Fw) op oneigenlijke gronden. Dit laatste doet zich voor wanneer de schuldenaar zijn bevoegdheid om het eigen faillissement aan te vragen uitoefent voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend (Rechtbank 's-Gravenhage 15 oktober 2014, JAR 2015/4; HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0084; HR 29 juni 2001, JOR 2001/169). Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer faillissement wordt aangevraagd met als enig motief de ontslagbescherming van medewerkers te kunnen omzeilen en in afgeslankte vorm uit faillissement een doorstart te maken en daarbij voordeel te behalen ten opzichte van concurrenten.

³⁴ Kamerstukken II 2013-2014, 34 011, nr. 2.

3.2 Procedurevoorschriften

De in dit wetsvoorstel geregelde “*stille voorbereidingsfase*” vangt aan met de aanwijzing van een beoogd curator. Daarom is in de eerste plaats voorzien in procedurevoorschriften waarin is bepaald wanneer een schuldenaar om de aanwijzing van een beoogd curator kan vragen en op welke wijze dit verzoek kan worden gedaan. Ook is geregeld hoe de rechtbank een dergelijk verzoek in behandeling neemt en wanneer zij dit zou kunnen inwilligen, evenals welke voorwaarden zij daaraan zal (kunnen) verbinden (artikel 363).

Het verzoek

Bepaald is dat de schuldenaar door indiening van een verzoek bij de rechtbank om de aanwijzing kan vragen. Dit betekent dat de schuldenaar zich bij de indiening van zijn verzoek zal moeten laten bijstaan door een advocaat. De rechtbank zal het verzoek met de meeste spoed in raadkamer behandelen en beslissen bij beschikking (artikel 363, eerste en tweede lid). Zij zal de schuldenaar alleen toelaten tot de “*stille voorbereidingsfase*” als het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator voldoet aan de in de wet opgenomen procesrechtelijke eisen en de schuldenaar er bovendien in slaagt aannemelijk te maken dat een scenario waarin het mogelijk aanstaande faillissement in stilte wordt voorbereid in de desbetreffende specifieke situatie voor betrokkenen een dusdanige meerwaarde heeft in het kader van de afwikkeling van het faillissement en, indien aan de orde, het bereiken van een doorstart uit dat faillissement, dat dit te verkiezen is boven het scenario – en de daarbij behorende mogelijkheden en waarborgen – van een regulier (onvoorbereid) faillissement.³⁵ Ook is van belang dat de schuldenaar laat zien dat er een reële kans is dat een faillietverklaring aanstaande is, maar dat hij niet al feitelijk in een faillissementstoestand verkeert. Eén van de voorwaarden voor de aanwijzing is namelijk dat de schuldenaar nog in staat moet zijn om de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen – waaronder het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden, alsmede fiscale betalingsverplichtingen – te voldoen (artikelen 363, eerste en tweede lid, en 367).³⁶ Dit vergt dat het verzoek goed onderbouwd is en dat de schuldenaar daarbij inzicht geeft in de door hem beoogde uitkomsten van de voorbereiding en welke effecten de voorbereiding naar verwachting zal hebben voor verschillende groepen van schuldeisers en voor de bij hem in dienst zijnde werknemers.

De aanwijzing en het begin van de “*stille voorbereidingsfase*”

³⁵ Mr. dr. R.R. Verkerk, mr. M. Windt en mr. T.L. Rozendal, ‘*Prepacks: transparantie en verantwoording achteraf*’, Tvl 2014/40; mr. B.J. Tideman, ‘*Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland, geef ons de pre-pack+*’, FIP 2013/7, p. 236.

³⁶ Onder lopende fiscale betalingsverplichtingen wordt verstaan die fiscale verplichtingen waarvan de initiële betalingstermijn (voor aangiftebelastingen voorzien in artikel 19 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en voor aanslagbelastingen geregeld in artikel 9 van de Invorderingswet 1990) nog niet is verstreken ten tijde van het intreden van de “*stille voorbereidingsfase*”. Bij nieuwe fiscale betalingsverplichtingen gaat het om die fiscale verplichtingen die eerst ontstaan na het intreden van de “*stille voorbereidingsfase*”. Vangt de “*stille voorbereidingsfase*” bijvoorbeeld aan op 29 maart 2017, dan zijn de verschuldigde omzetbelasting over het eerste kwartaal van 2017 en de loonheffingen over de maanden februari en maart 2017 aan te merken als lopende fiscale betalingsverplichtingen. Nieuwe fiscale betalingsverplichtingen zijn dan de omzetbelasting die verschuldigd wordt in het tweede kwartaal van 2017 en de loonheffingen over de maand april 2017.

Beslist de rechtbank positief dan zal zij *"in stilte"* een beoogd curator aanwijzen (artikel 363, tweede lid). Dat de aanwijzing *"in stilte"* plaatsvindt, wil zeggen dat de aanwijzing (gelet op het daarmee beoogde doel, zijnde het *"in stilte"* kunnen voorbereiden van het mogelijk aanstaande faillissement) niet – zoals ingevolge de artikelen 14, derde lid, 216, 223, eerste lid, en 293 Fw wel gebruikelijk is bij de faillietverklaring, de (voorlopige) verlening van surseance van betaling of de toepassing van de schuldsaneringsregeling – wordt gepubliceerd en ook niet wordt ingeschreven in het insolventieregister. Wanneer de rechtbank een beoogd curator aanwijst, dan wijst zij tevens één van haar leden aan als beoogd rechter-commissaris (artikel 365, eerste lid).

Aan de aanwijzing zal de rechtbank een termijn van ten hoogste twee weken verbinden. De bestaande praktijk leert dat het in ieder geval mogelijk moet zijn om binnen twee weken een plan van aanpak te hebben. Indien de uitwerking van het plan meer tijd vergt, kan deze termijn op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank worden verlengd met een door haar te bepalen termijn, mits de aanwijzing op dat moment nog steeds de hierboven genoemde meerwaarde heeft en de schuldenaar nog steeds in staat is zijn lopende en nieuwe betalingsverplichtingen te voldoen (artikel 363, derde lid). De rechtbank kan daarnaast ook andere voorwaarden aan de aanwijzing verbinden, waaronder een zekerheidstelling voor de betaling van het salaris van de beoogd curator (artikel 363, vierde en vijfde lid).

De beëindiging van de *"stille voorbereidingsfase"*

Ook is bepaald *hoe* en *wanneer* de *"stille voorbereidingsfase"* eindigt (artikel 366). Dit is het geval wanneer:

- de aanwijzing van de beoogd curator op voordracht van de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris, dan wel op verzoek van de schuldenaar of één of meer bij de *"stille voorbereidingsfase"* betrokken schuldeisers door de rechtbank wordt ingetrokken;
- de voor de aanwijzing geldende termijn verstrijkt, of
- de schuldenaar failliet wordt verklaard dan wel hem voorlopige surseance van betaling wordt verleend (artikel 366, eerste en tweede lid).

Belangrijk onderdeel van de beëindiging van de *"stille voorbereidingsfase"* betreft de verplichting van de voormalig beoogd curator om verslag (hierna ook: eindverslag) uit te brengen over zijn bevindingen in die fase. De voormalig beoogd curator – die dan veelal inmiddels curator is in het faillissement – zal dit moeten doen binnen zeven dagen na het einde van de *"stille voorbereidingsfase"*. Het eindverslag dient bij de griffie te worden ingediend. Aldaar zal een ieder het kosteloos kunnen inzien, maar – gelet op het besloten karakter van de aanwijzing – niet dan nadat de schuldenaar failliet is verklaard of hem surseance van betaling is verleend. Dit betekent dat wanneer de betrokkenheid van de beoogd curator eindigt omdat de schuldenaar er toch nog in is geslaagd buiten faillissement een oplossing te vinden voor zijn financiële problemen, het eindverslag niet openbaar zal worden gemaakt. Volgt binnen drie maanden echter alsnog een faillissement of een surseance van betaling, dan zal de griffie het eindverslag evengoed voor een ieder ter inzage leggen. Naarmate er meer tijd is verstreken tussen het einde van de aanwijzing en de faillietverklaring of de verlening van de surseance van betaling neemt de relevantie voor de betrokkenen bij het faillissement of de surseance van hetgeen zich heeft voorgedaan in de *"stille voorbereidingsfase"* af. Daarom geldt dat als er meer dan drie maanden zijn verstreken, het

eindverslag niet ter inzage hoeft te worden gelegd. Mocht de rechtbank echter van mening zijn dat – ondanks de inmiddels verstreken tijd – het voor de betrokkenen bij het faillissement of de surseance toch nog relevant kan zijn om kennis te nemen van de bevindingen van de beoogd curator, dan staat het haar vrij hiertoe alsnog te besluiten (artikel 366, vierde en vijfde lid). Hierbij moet gedacht worden aan het geval waarin de “*stille voorbereidingsfase*” is geëindigd omdat er een oplossing voor de financiële problemen leek te zijn gevonden, maar na verloop van iets meer dan drie maanden blijkt dat de situatie toch onhoudbaar is. Zijn de omstandigheden in de tussentijd niet wezenlijk gewijzigd ten opzichte van die ten tijde van de beëindiging van de “*stille voorbereidingsfase*”, dan zou de rechtbank tot de conclusie kunnen komen dat het voor de betrokkenen bij het faillissement nog steeds van belang kan zijn om te weten wat er tijdens die fase is gebeurd.

Eindigt de “*stille voorbereidingsfase*” door de faillietverklaring van de schuldenaar dan wel de verlening van voorlopige surseance van betaling aan hem, dan zal de rechtbank in de regel de eerder door haar aangewezen personen aanstellen als curator dan wel bewindvoerder en rechter-commissaris. Dit is alleen anders wanneer er ten tijde van de faillietverklaring of de verlening van surseance van betaling sprake is van gewijzigde omstandigheden en van daaruit voortvloeiende redenen om van de eerdere aanwijzing af te wijken (artikelen 14a, 215, derde lid, en 223a, tweede lid). Zo zouden een volledig mislukte “*stille voorbereidingsfase*” – al dan niet gepaard gaand met een incorrecte taakuitoefening door de beoogd curator en/of een verziekte onderlinge verhouding tussen de schuldenaar en de beoogd curator – en een na de aanwijzing aan het licht gekomen schijn van belangenverstremgeling redenen kunnen zijn om een “*nieuwe*” curator en/of een “*nieuwe*” rechter-commissaris te benoemen.

Ook is bepaald dat wanneer de beoogd rechter-commissaris of de beoogd curator daar aanleiding toe zien, de rechtbank bij de faillietverklaring een voorlopige commissie van schuldeisers instelt die de tot taak heeft de curator te adviseren (artikel 74, tweede lid, Fw).

3.3 *Rol en taken van de rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris*

De regeling voorziet eveneens in een uitwerking van de rol en van de taken en bevoegdheden van de betrokkenen bij de “*stille voorbereidingsfase*”, waaronder in het bijzonder de rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris.

3.3.1 *De rechtbank*

“Poortwachter”

De rechtbank fungeert als “*poortwachter*” van de “*stille voorbereidingsfase*”. Zij beslist op het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator en bepaalt daarmee of een schuldenaar tot de “*stille voorbereidingsfase*” wordt toegelaten. Is dit het geval, dan slaat de rechtbank – ter behartiging van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement en ter voorkoming van misbruik – bij aanvang van de “*stille voorbereidingsfase*” ook de piketpaaltjes en voert zij tijdens die fase regie. Zo bepaalt de rechtbank wie beoogd curator wordt (artikel 363, eerste lid) en hoe lang de “*stille*

voorbereidingsfase” mag duren. Zij kan de *“stille voorbereidingsfase”* op verzoek van de schuldenaar verlengen óf deze fase juist voortijdig beëindigen, wanneer daar naar het oordeel van de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris, de schuldenaar of één of meer bij het voorbereidingstraject betrokken schuldeisers redenen toe zijn (artikelen 363, derde lid, en 366, eerste lid, onder a).

“Meerwaarde”

Verder omlijnt de rechtbank het voorbereidingstraject door in haar beslissing expliciet melding te maken van de *“meerwaarde”* die de *“stille voorbereidingsfase”* volgens de schuldenaar in zijn specifieke situatie heeft. Hiermee is bij aanvang van die fase voor de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris direct duidelijk met het oog waarop het voorbereidingstraject is ingezet en bepaalt de rechtbank ook het mandaat van de beoogd curator (artikelen 363, tweede lid, 364, eerste lid, en 365, tweede lid). Dit staat er overigens niet aan in de weg dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris gedurende de *“stille voorbereidingsfase”* hun ogen open houden voor mogelijke andere eindscenario’s voor deze fase. Zo zou de schuldenaar aanvankelijk gevraagd kunnen hebben om de aanwijzing in verband met de voorbereiding van een doorstart uit faillissement, maar kan tijdens de *“stille voorbereidingsfase”* blijken dat een doorstart toch niet mogelijk is. In dat geval kan een voortzetting van de voorbereiding van het faillissement nog steeds gewenst zijn. Indien de onderneming door de voorbereiding met een *“zachte landing”* in het faillissement terecht kan komen, kan dit de uit het faillissement voortvloeiende schade bij schuldeisers en andere betrokkenen beperken. Constateert de beoogd curator (al dan niet in samenspraak met de schuldenaar) dat een andere dan de aanvankelijk – bij de indiening van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator – door de schuldenaar aangedragen uitkomst van de voorbereiding beter is voor de schuldeisers, dan is het zelfs zijn taak om erop toe te zien dat het voorbereidingstraject hierop wordt bijgesteld. Zo nodig kunnen de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris de rechtbank in dat geval vragen te toetsen of de stille voorbereiding van het faillissement nog steeds voldoende meerwaarde heeft of dat hiervan niet langer sprake is, wat zou betekenen dat de *“stille voorbereidingsfase”* zou moeten worden beëindigd (artikel 366, eerste lid, onderdeel a).

Voorwaarden bij de aanwijzing

Ook kan de rechtbank voorwaarden verbinden aan de toewijzing van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Daarbij heeft zij in het bijzonder aandacht voor de belangen van de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers (artikel 363, vierde lid). Zo zou de rechtbank bijvoorbeeld als voorwaarde kunnen stellen dat de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging – onder geheimhouding³⁷ – wordt betrokken bij de *“stille*

³⁷ In dit verband is van belang dat in artikel 7:678 van het Burgerlijk Wetboek is bepaald dat wanneer een werknemer *“bijzonderheden aangaande de huishouding of het bedrijf van de werkgever, die hij behoorde geheim te houden, bekendmaakt”*, dit wordt beschouwd als een dwingende reden voor ontslag. Voorts bestaat er op basis van artikel 20 Wet op de Ondernemingsraden voor de OR reeds een strafrechtelijk gesanctioneerde geheimhoudingsplicht ten aanzien van (1) alle zaken- en bedrijfsgeheimen die zij in hun hoedanigheid van OR-lid vernemen, (2) alle aangelegenheden waarvan geheimhouding is opgelegd door de OR of de ondernemer, of (3) waarvan zij, in verband met de eerder opgelegde geheimhouding, het vertrouwelijk karakter moeten

voorbereidingsfase". Een andere optie is dat de verenigingen van werknemers met leden in de onderneming (vakbonden) worden geïnformeerd en worden gevraagd tijdens de "*stille voorbereidingsfase*" mee te denken, zodat de belangen van de werknemers tijdens die fase ook goed voor het voetlicht kunnen komen. Ook daarbij kan worden afgesproken dat geheimhouding wordt betracht. Met name wanneer omvangrijke ondernemingen in financiële problemen verkeren en hiervoor oplossingen proberen te zoeken, komt het regelmatig voor dat de vakbonden in dit traject optreden als behartiger van de belangen van de werknemers.³⁸ Verder zijn de vakbonden naar aanleiding van twee recente doorstarts uit faillissement ten behoeve van de door deze faillissementen getroffen werknemers een juridische procedure begonnen.³⁹ Uiteraard is het te verkiezen wanneer de vakbonden niet achteraf voor hun achterban in actie hoeven te komen, maar vooraf invloed kunnen uitoefenen.

De voorwaarden die de rechtbank stelt bij de toewijzing van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator kunnen verder reiken dan de "*stille voorbereidingsfase*" alleen. Wordt het verzoek gedaan in het kader van de voorbereiding van een doorstart en is op dat moment maar één serieuze kandidaat in beeld, dan zou de rechtbank bijvoorbeeld als voorwaarde kunnen stellen dat als dit tijdens de "*stille voorbereidingsfase*" zo blijft, na de faillietverklaring van de voorbereide doorstart eerst een publieke aankondiging zal moeten worden gedaan. Voorts zou de rechtbank kunnen bepalen dat na die aankondiging aan de schuldeisers en eventuele andere gegadigden voor een doorstart een termijn gegund moet worden waarbinnen zij op de voorbereide doorstart kunnen reageren.⁴⁰ Komen er bezwaren binnen van schuldeisers, dan kunnen de curator en de rechter-commissaris die betrekken bij hun beslissing over het al dan niet effectueren van de voorbereide doorstart. De bezwaren zouden bijvoorbeeld kunnen leiden tot een heronderhandeling van de voorwaarden van de doorstart. Zijn er binnen de gestelde termijn geen andere potentiële overnamekandidaten die zich melden of zijn die er wel, maar dient het bod dat zij doen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers in mindere mate dan het bod dat is gedaan tijdens de "*stille voorbereidingsfase*", dan kan de voorbereide doorstart na verloop van de termijn worden geëffectueerd.⁴¹ ⁴² Door het stellen van deze voorwaarde bestaat het risico dat de hectiek van het

begrijpen. Zie mr. C. Nekeman en mr. E. Knipschild, *'Het recht op informatie en de plicht tot geheimhouding van de ondernemingsraad'*, Arbeidsrecht 2007, 49.

³⁸ Zie bijvoorbeeld het overleg tussen de vakbonden en warenhuis V&D en tussen de vakbonden en detailhandel Blokker: <http://www.nu.nl/ondernemen/3994055/vakbonden-en-vd-gaan-dinsdag-weer-in-overleg.html>; <http://www.nu.nl/ondernemen/3995416/vakbonden-overtuigd-van-noodzaak-ingrijpen-bij-blokker.html>.

³⁹ Zie <http://www.nu.nl/economie/3833676/vakbonden-dagen-heiploeg-vanwege-flitsfaillissement.html> en <http://www.nu.nl/economie/3855192/vakbond-rechter-overname-estro.html>.

⁴⁰ Zie in dit verband ook artikel 4.2.3 van het Voorontwerp voor een Insolventiewet uit 2007 van de Commissie Kortmann; <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortman-voorontwerp-insolventiewet.html>.

⁴¹ Zie mr. J.M. Hummelen, *'Het verkoopproces in een pre/packaged activatransactie'*, Tvl 2015/2 en mr. dr. R.R. Verkerk, mr. M. Windt en mr. T.L. Rozendal, *'Prepacks: transparantie en verantwoording achteraf'*, Tvl 2014/40, waarin een dergelijk voorstel werd gedaan. Mr. Hummelen verwijst in zijn publicatie in dit verband naar de "*stalking horse*" procedure die in de Verenigde Staten wel wordt toegepast bij pre-packaged activatransacties. Deze procedure komt erop neer dat de schuldenaar voorafgaand aan de faillietverklaring met een derde een koopovereenkomst uit onderhandelt – de "*stalking horse*" –, waarbij wordt overeengekomen dat de koopovereenkomst onderhevig is aan de voorwaarde dat niet in een openbare veiling na de faillietverklaring een betere prijs wordt verkregen. Voor de "*stalking horse*" bestaat er na de

faillissement alsnog enige invloed zou kunnen hebben op het succes van de doorstart en daarmee op het behoud van de waarde van de nog rendabele bedrijfsonderdelen. Toch kan het stellen van deze voorwaarde in bepaalde gevallen – vooral waar het een voorbereide doorstart met een “gelieerde partij”⁴³ betreft – gerechtvaardigd zijn. Zo kan hiermee voorkomen worden dat de doorstart voor de betrokkenen bij het faillissement overkomt als een in “achterkamertjes” bekookstofd scenario dat vooral ten goede komt aan de “gelieerde partij”.⁴⁴ Met het stellen van deze voorwaarde kan de rechtbank ervoor zorgen dat de transparantie rondom de doorstart uit faillissement wordt vergroot en dat twee risico’s worden weggenomen; namelijk het risico dat potentiële overnamekandidaten over het hoofd worden gezien en dat hierdoor met de verkoop en doorstart niet het hoogst haalbare resultaat wordt gerealiseerd, alsmede het risico op misbruik van het faillissementsrecht.

In de voorgestelde regeling is in dit kader verder bepaald dat de rechtbank:

- kan bevelen dat er zekerheid moet worden geboden ten behoeve van de betaling van het salaris van de beoogd curator (artikel 363, vierde lid), en
- de beoogd curator gedurende de “stille voorbereidingsfase” kan vervangen of één of meer beoogd medecuratoren kan aanwijzen⁴⁵, als daar naar het oordeel van de beoogd rechter-commissaris, de beoogd curator, de schuldenaar of één of meer bij het voorbereidingstraject betrokken schuldeisers redenen toe zijn (artikel 366, eerste lid).

Het op de “stille voorbereidingsfase” volgende faillissement

Tot slot is het de rechtbank die de op de schuldenaar betrekking hebbende faillissementsaanvraag of eigen aangifte behandelt. Indien aan de daarvoor geldende voorwaarden is voldaan, spreekt zij

faillietverklaring enige tijd onzekerheid over de vraag of hij de bij de koopovereenkomst betrokken activa zal verkrijgen. Deze onzekerheid wordt vaak gecompenseerd door aan de “stalking horse” een compensatie te bieden, bijvoorbeeld in de vorm van een “break up fee” (vaak een percentage van de overeengekomen verkoopprijs).

⁴² In het faillissement van Grafisch Centrum Vanderheyem – dat in stilte werd voorbereid – is kort na de faillietverklaring ten behoeve van een doorstart door de curator een overeenkomst gesloten met een doorstartende partij (in dit geval overigens geen “gelieerde partij”) onder de ontbindende voorwaarde dat bij de curator geen hogere biedingen zouden binnenkomen. De curator heeft vervolgens een biedingsprocedure uitgeschreven en de voor een eventuele doorstart geïnteresseerde partijen die zich na de faillietverklaring bij hem hadden gemeld, uitgenodigd een bieding te doen op de onderneming. Dit leidde uiteindelijk niet tot een beter bod. Zie voor een verdere omschrijving van het proces het verslag van de curator:

<http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=10.rot.14.327.F.V.01>.

⁴³ Prof. mr. J.J. van Hees beschrijft een doorstart met een “gelieerde partij” als een situatie waarin de bedrijfsonderdelen na de faillietverklaring in een andere juridische identiteit worden voortgezet en bij de doorgestarte onderneming dezelfde personen (bijvoorbeeld de “oude” aandeelhouder en/of het “oude” management) aan het roer blijken te staan als het geval was bij de gefailleerde onderneming. (Prof. mr. J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, Ondernemingsrecht 2014/79.)

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld de berichtgeving rondom de doorstart van kinderopvangbedrijf Estro;

<http://www.nrcq.nl/2014/07/24/eigenaar-failliet-kinderdagverblijf-estro-sloot-miljoenendeal-met-zichzelf-en-mr.-dr.-R.R.-Verkerk,-mr.-M.-Windt-en-mr.-T.L.-Rozendal,-Prepacks:-transparantie-en-verantwoording-achteraf>, Tvi 2014/40, waarin wordt betoogd dat een transactie met een “gelieerde partij” meer aandacht behoeft van de rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris.

⁴⁵ In de “stille voorbereidingsfase” voorafgaand aan het faillissement van garnalenleverancier Heiploeg werden bijvoorbeeld twee beoogd curatoren aangewezen:

http://www.dorhout.nl/downloads/Verslag_stille_bewindvoering.20140204.PDF.

de faillietverklaring uit. Daarmee komt de "stille voorbereidingsfase" van rechtswege ten einde (artikel 366, tweede lid).

De rechtbank draagt bij aan een soepele overgang van de "stille voorbereidingsfase" naar de faillissementsfase. Dit doet zij door de personen die beoogd curator en beoogd rechter-commissaris waren in de "stille voorbereidingsfase" in de regel aan te stellen als curator en rechter-commissaris in het faillissement.

Ook ziet de rechtbank toe op een goed verloop van de informatieverstrekking aan de schuldeisers en andere betrokkenen bij het faillissement over hetgeen dat kort voor de faillietverklaring in de "stille voorbereidingsfase" heeft plaatsgevonden door:

- het eindverslag van de voormalig beoogd curator (die dan in de regel inmiddels curator is in het faillissement⁴⁶) in ontvangst te nemen om deze vervolgens ter griffie voor een ieder ter inzage te leggen (artikel 366, vierde lid), en
- indien de beoogd rechter-commissaris of de beoogd curator hier aanleiding toe zien, een voorlopige commissie van schuldeisers in te stellen (artikel 74, tweede lid).

De voorlopige commissie van schuldeisers heeft tot taak de curator te adviseren – bijvoorbeeld over de verkoop van bedrijfsonderdelen ten behoeve van een doorstart – en kan daartoe alle relevante (financiële) informatie raadplegen en de curator op elk moment vragen nadere inlichtingen te verschaffen (artikelen 76 en 77 Fw).⁴⁷

Informatieverstrekking

Om haar "poortwachters"- en regietaak goed uit te kunnen oefenen, is het van belang dat de rechtbank kan beschikken over alle noodzakelijke informatie. Daarom is in de voorgestelde regeling bepaald dat de schuldenaar zijn verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator goed zal moeten onderbouwen. Dit betekent in ieder geval dat de schuldenaar alle relevante (financiële) informatie zal moeten overleggen. Op dit moment wordt door verschillende rechtbanken gebruik gemaakt van een vragenlijst waarmee de schuldenaar wordt aangespoord om ook andere relevante informatie te verschaffen, zoals inlichtingen over – kort gezegd – het traject dat tot op heden is doorlopen om de financiële problemen op te lossen en wie daar bij betrokken zijn (geweest). In de consultatie over het voorontwerp heeft de Raad voor de rechtspraak aangekondigd dat het landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling dat thans reeds periodiek de "Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling" vaststelt (de Recofa), een landelijke vragenlijst zal ontwikkelen.⁴⁸

Verder is in de voorgestelde regeling bepaald dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris in de "stille voorbereidingsfase" fungeren als informant voor de rechtbank wanneer zij beslissingen moet nemen over:

⁴⁶ In veruit de meeste gevallen zal op de "stille voorbereidingsfase" een faillissement volgen en zal de voormalig beoogd curator in de regel worden aangesteld als curator in het faillissement. In dat geval is het verslag dat binnen zeven dagen na de faillietverklaring door de voormalig beoogd curator – die dan dus inmiddels curator is – dient te worden uitgebracht over zijn bevindingen tijdens de "stille voorbereidingsfase" in feite het eerste faillissementsverslag van de curator in het faillissement.

⁴⁷ Zie mr. dr. R.R. Verkerk, mr. M. Windt en mr. T.L. Rozendal, 'Prepacks: transparantie en verantwoording achteraf', Tvl 2014/40, waarin een dergelijk voorstel werd gedaan.

⁴⁸ In de (artikelsgewijze) toelichting op artikel 363, tweede lid, wordt nader ingegaan op de inhoud deze vragenlijst.

- a) de eventuele verlenging van de duur van de aanwijzing (artikel 363, derde lid),
- b) de intrekking van de aanwijzing (artikel 366, eerste lid, onder a), of
- c) de vervanging van de beoogd curator door een ander dan wel de toevoeging van één of meer beoogd medecuratoren (artikel 366, eerste lid, onder b).

3.3.2 De beoogd curator

Belangenbehartiger

De beoogd curator wordt – als toekomstig beheerder en vereffenaar van de failliete boedel (artikel 68, eerste lid, Fw) – betrokken bij de door de schuldenaar ingezette voorbereiding van het mogelijk aanstaande faillissement. Hij treedt tijdens de “*stille voorbereidingsfase*” op als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (artikel 364, eerste lid). Daarbij houdt de beoogd curator ook rekening met de belangen van de schuldenaar en met belangen van maatschappelijke aard (zoals continuïteit van werkgelegenheid, kennis en productiviteit). Het gezichtspunt van de beoogd curator verschilt in die zin dus niet van die van de curator in faillissement.⁴⁹ Wel rust – vanwege het gebrek aan transparantie in de “*stille voorbereidingsfase*” – op hem een grotere verantwoordelijkheid dan op de curator in faillissement. Doordat het voorbereidingstraject in stilte plaatsvindt, kunnen de schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement – tenzij zij hierin worden betrokken – hierbij niet zelf voor hun belangen opkomen. Zij moeten erop kunnen vertrouwen dat de beoogd curator dit tijdens de “*stille voorbereidingsfase*” voor hen doet.

Taken

Zijn betrokkenheid in de “*stille voorbereidingsfase*” betekent concreet dat de beoogd curator – ter voorbereiding van zijn toekomstige rol als curator in het faillissement – werkzaamheden verricht die hij normaliter pas na de faillietverklaring zou kunnen uitvoeren. Zo laat hij zich informeren over de “*ins en outs*” van de onderneming en bestudeert hij in dat kader de boekhouding en overige relevante financiële informatie (waaronder de stukken die bij het verzoek aan de rechtbank zijn overgelegd), brengt hij het personeelsbestand in kaart en analyseert hij de oorzaken en de gevolgen van de financiële problemen. Daarbij let de beoogd curator ook op eventuele onregelmatigheden die zouden kunnen duiden op faillissementsfraude of misbruik van het faillissementsrecht. Zoals wordt beschreven in de volgende paragraaf, wordt van hem verwacht dat hij bij ontdekking van dergelijke fraudesignalen doortastend handelt. De beoogd curator treedt daarbij evenwel niet op als toezichthouder in de gebruikelijke betekenis van het woord; dat wil zeggen als een door de overheid aangestelde functionaris die tot taak heeft toe te zien op naleving van wet- en regelgeving. Van de beoogd curator wordt niet verlangd dat hij zich *en detail* bemoeit met de bedrijfsvoering; hij heeft bijvoorbeeld niet tot taak om alle transacties of andere handelingen die de schuldenaar wil verrichten te beoordelen en te accorderen. Wel is het de bedoeling dat de beoogd curator – bij wijze van compensatie van het gebrek aan transparantie

⁴⁹ Hoge Raad 24 februari 1995, NL 1996/472, m. nt. WMK (Gerritse q.q./Ontvanger; Sigmacon II) en Hoge Raad 20 maart 1981, NJ 1981/640 (Veluwse Nutsbedrijven). Prof. mr. F.M.J. Verstijlen, ‘*Pre-packing in the Netherlands*’, NJB 2014/803; mr. dr. R.R. Verkerk en mr. L.L.J. van de Laar, ‘*De (proces)belangen van de gefailleerde*’, FIP 2014/6 en mr. A. van Hees, ‘*Maatschappelijk verantwoord vereffenen*’, Tvl 2015/1.

voor de schuldeisers en andere betrokkenen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming – kritisch meekijkt met het voorbereidingstraject en de schuldenaar erop aanspreekt wanneer dit traject een wending lijkt te nemen waardoor de belangen die hij behartigt in het gedrang lijken te komen. Blijkt vervolgens dat de schuldenaar het voorbereidingstraject niet bijstuurt, dan wordt van de beoogd curator verwacht dat hij handelt; dat wil zeggen dat hij de hem ter beschikking staande (en hierna genoemde) middelen gebruikt. Dit past bij zijn taak.

Dat de “*stille voorbereidingsfase*” de beoogd curator in de gelegenheid stelt voornoemde werkzaamheden te verrichten, maakt dat er in de huidige praktijk ook beoogd curatoren worden aangewezen in gevallen waarin geen sprake is van een voorbereiding van een eventuele doorstart uit faillissement. Vooral bij grote ondernemingen kan het van groot belang zijn dat de beoogd curator zich reeds voor de faillietverklaring kan “*inlezen*”. Een voorbeeld van een faillissement waarin dit een reden was om de beoogd curator al voor de faillietverklaring bij de onderneming te betrekken, was het faillissement van vliegtuigbouwer Fokker.⁵⁰

Is om de aanwijzing verzocht om de kansen op een doorstart uit faillissement te vergroten, dan controleert de beoogd curator de stappen die daartoe reeds zijn genomen door de schuldenaar en kijkt hij mee wanneer er vervolgstappen worden gezet. Van de beoogd curator wordt verwacht dat hij het verkoopproces, dat in dit geval onderdeel uitmaakt van het voorbereidingstraject, kritisch beoordeelt. Dit houdt in dat hij erop toeziet dat dit proces integer is en dat daarbij binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding actief wordt gezocht naar potentiële overnamekandidaten.⁵¹ Dit om te voorkomen dat in het voorbereidingsproces onvoldoende rekening wordt gehouden met de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement en interessante partijen over het hoofd worden gezien. Om dit goed te kunnen doen, zal de beoogd curator tijdens de “*stille voorbereidingsfase*” in ieder geval zelf ook te weten moeten komen welke potentiële overnamekandidaten er in de markt zijn en wat een reële koopprijs is. In het Verenigd Koninkrijk wordt hiervoor door “*administrators*” gebruik gemaakt van “*The UK’s Online Insolvency Marketplace*”. Dit is een website waarop partijen die geïnteresseerd zijn in de aankoop van bedrijven een profiel kunnen aanmaken, zodat “*administrators*” die partijen kunnen vinden en vervolgens kunnen uitnodigen tot het doen van een bieding. Zijn er partijen die naar aanleiding van zo’n uitnodiging interesse tonen, dan biedt de website “*administrators*” de mogelijkheid om die partijen – na ondertekening van een geheimhoudingsovereenkomst – binnen een afgeschermd digitale ruimte inzage te geven in de relevante bedrijfsinformatie.⁵² Naar ik begrepen heb, zijn er binnen onze insolventiepraktijk voornemens om een soortgelijk online platform te ontwikkelen.

⁵⁰ Zie noot 12 bij de publicatie van prof. mr. J.J. van Hees, ‘Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?’, *Ondernemingsrecht* 2014/79.

⁵¹ Zie ter vergelijking de verantwoordelijkheid van de curator in faillissement. In een uitspraak van 6 februari 2007 (JOR 2007/106) oordeelde het gerechtshof Arnhem dat de curator zijn taak niet naar behoren had vervuld omdat hij had verzuimd een potentiële overnamekandidaat in de gelegenheid te stellen een bod te doen ten behoeve van een doorstart van de failliete onderneming.

⁵² Zie <http://www.ip-bid.com/>.

Verder zal de beoogd curator ook na moeten gaan wat de effecten van een eventuele doorstart zullen zijn voor de gezamenlijke schuldeisers (waaronder ook de werknemers) en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement.⁵³

Indien hem dit gevraagd wordt door de schuldenaar, kan de beoogd curator ook een iets actievere rol spelen in het voorbereidingstraject. Van belang daarbij is echter dat de beoogd curator niet de rol op zich neemt van adviseur van de schuldenaar. Dit zou immers al snel kunnen conflicteren met zijn rol als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement. Zoals hiervoor al werd aangestipt zal de schuldenaar zich bij de indiening van zijn verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator moeten laten bijstaan door een advocaat. Het is om meerdere redenen – die in de toelichting bij artikel I, onderdeel B (betreffende de wijziging van artikel 5, eerste lid, Fw) worden genoemd – wenselijk dat de schuldenaar ook tijdens de “*stille voorbereidingsfase*” wordt begeleid door zijn eigen juridisch adviseur(s).

Na de beëindiging van de “*stille voorbereidingsfase*” dient de voormalig beoogd curator – die dan meestal inmiddels curator is in het faillissement – een verslag uit te brengen waarin hij aangeeft wat hij tijdens die fase heeft geconstateerd en hoe hij heeft gehandeld (artikel 366, vierde lid).

Onafhankelijkheid en informatievoorziening

Wil de beoogd curator deze taken goed uit kunnen voeren, dan is het van belang dat hij onafhankelijk kan opereren en dat hij kan beschikken over de daarvoor benodigde informatie. Daarom is in de voorgestelde regeling bepaald dat de beoogd curator – hoewel de schuldenaar zijn salaris betaalt (vgl. artikel 367) – tijdens de “*stille voorbereidingsfase*” niet gehouden is tot opvolging van instructies van de schuldenaar, noch van diens schuldeisers en dat de schuldenaar verplicht is de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen die de laatste nodig heeft bij de uitoefening van zijn taken (artikel 364, tweede en derde lid). Verder kan de beoogd curator, met toestemming van de schuldenaar, ook derden om informatie vragen of deskundigen vragen onderzoek te doen (artikel 364, vierde lid).⁵⁴ De beoogd curator zal die informatie die hij verkrijgt vertrouwelijk behandelen en deze alleen – met anderen dan de beoogd rechter-commissaris en de rechtbank – delen wanneer hij daarvoor toestemming heeft gekregen van de schuldenaar (artikel 364, vijfde lid).

Uit het voorgaande blijkt dat de schuldenaar een belangrijke rol speelt in de informatievoorziening jegens de beoogd curator. Bovendien brengt de aanwijzing van de beoogd curator geen verandering mee in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. De beoogd curator kan in de “*stille voorbereidingsfase*” dan ook nimmer naar buiten treden of

⁵³ Zie ter illustratie het eerste openbaar verslag van mr. Jongepier in het faillissement van de Estro Groep B.V. c.s. waarin hij de effecten voor de betrokkenen (waaronder de werknemers) bij het faillissement (en voor de faillissementsboedel) heeft geschetst aan de hand van drie scenario's die zich in deze casus hadden kunnen voordoen.

http://www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro_stille_bewindvoering.pdf.

⁵⁴ De “*stille bewindvoerder*” die werd aangesteld in de aanloop van het faillissement van Schoenenreus B.V. stelde een team samen van advocaten die gespecialiseerd zijn op het gebied van insolventierecht, vennootschapsrecht, arbeidsrecht en huurrecht. Dit team assisteerde hem vervolgens bij het in korte tijd verkrijgen van inzicht in de bedrijfsstructuur, de ondernemingsactiviteiten en de financiële huishouding van de onderneming; <http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=01.obr.13.80.F.V.01>.

handelingen verrichten die de door de schuldenaar gedreven onderneming betreffen zonder instemming van het bestuur of de feitelijk leidinggevend. Dit roept de vraag op of de beoogd curator daarmee niet te zeer afhankelijk wordt van de schuldenaar dan wel of de beoogd curator onder deze omstandigheden wel in staat zal zijn zijn onafhankelijke positie – die nodig is om de belangen van de gezamenlijke schuldenaars en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement goed te kunnen behartigen – in voldoende mate te behouden.⁵⁵ Wat echter niet vergeten moet worden is dat de betrokkenheid van de beoogd curator voortkomt uit een initiatief van de schuldenaar. Het is immers de schuldenaar die om de aanwijzing van een beoogd curator heeft verzocht. Deze heeft dit gedaan met de bedoeling om het mogelijk aanstaande faillissement en een eventuele doorstart voor te kunnen bereiden met de persoon die direct na de faillietverklaring het beheer van de onderneming zal overnemen en zal zorgdragen voor de vereffening van de failliete boedel en in dat kader zal moeten beslissen of hij uitvoering kan geven aan hetgeen voor de faillietverklaring is voorbereid en, indien aan de orde, of hij zijn medewerking kan verlenen aan een doorstart. Onthoudt de schuldenaar de beoogd curator tijdens de “*stille voorbereidingsfase*” belangrijke informatie of staat hij niet toe dat de beoogd curator in die fase praat met derden – waaronder deskundigen en de partijen van wie het succes van een eventuele doorstart mede afhankelijk kan zijn, zoals de mogelijke overnamekandidaten, de betrokken financiers, de leveranciers van essentiële goederen en diensten en het personeel dat door de OR of de personeelsvertegenwoordiging wordt vertegenwoordigd – dan loopt de schuldenaar het risico:

- a) dat de beoogd curator vanwege het feit dat hij belemmerd wordt in zijn taakuitoefening, de rechtbank zal verzoeken om ontheffing van zijn aanstelling als beoogd curator, waarmee de “*stille voorbereidingsfase*” teneinde komt (artikel 366, eerste lid, onder a), of
- b) dat de beoogd curator zich op het moment van de faillietverklaring onvoldoende ingevoerd zal voelen, wat het voor hem onmogelijk zal maken om spoedig een beslissing te nemen over een voorbereide doorstart.

Wanneer de beoogd curator de rechtbank in de onder a beschreven situatie vraagt om te worden ontheven van zijn aanstelling, betekent dit overigens niet dat hij, wanneer er enige tijd later een faillietverklaring wordt uitgesproken, niet meer kan worden aangesteld als curator in het faillissement. Integendeel, de kennis en ervaring die hij als beoogd curator voor zijn ontheffing uit die functie heeft opgedaan, kunnen hem juist zeer geschikt maken als curator in het faillissement. Door niet mee te werken of door hiermee niets te doen wanneer de beoogd curator meent dat het voorbereidingstraject enige bijsturing behoeft, schiet de schuldenaar zichzelf dus in de voet.

Het feit dat de beoogd curator in de regel curator wordt in het faillissement en in dat kader dus degene is die bepaalt of uitvoering gegeven gaat worden aan hetgeen voor de faillietverklaring is voorbereid, brengt – te samen met de mogelijkheid de rechtbank te vragen om ontheffing van zijn aanstelling als beoogd curator – mee dat het niet zozeer de beoogd curator is die afhankelijk

⁵⁵ Zie o.m. mr. W.J.M. van Andel; ‘*Stop met de pre-pack*’, Tvl 2014/37; prof. mr. F.M.J. Verstijlen, ‘*Pre-packing in the Netherlands*’, NJB 2014/803; mr. J.V. Maduro, ‘*Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I: de rechtszekerheid gediend?*’, FIP 2013/8 en mr. B.J. Tideman, ‘*Kritische kanttekeningen bij de pre-pack*’, FIP 2013/6.

is van de schuldenaar, maar dat het uiteindelijk de schuldenaar is die afhankelijk is van de beoogd curator.⁵⁶

Bestrijding van faillissementsfraude en misbruik van faillissementsrecht

Hoewel dit niet het primaire doel is van de voorgestelde regeling, kan hiermee ook een bijdrage worden geleverd aan de bestrijding van faillissementsfraude en misbruik van het faillissementsrecht. Dit eenvoudigweg doordat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris al voor de faillietverklaring betrokken zijn en in dit kader waardevolle informatie kunnen vergaren.

Mocht de beoogd curator in de "stille voorbereidingsfase" constateren dat er door het bestuur of de feitelijk leidinggevenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming rechtshandelingen zijn verricht die aangemerkt kunnen worden als een "faillissementspauliana" of dat zij in het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator onjuiste informatie hebben verschaft over de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement, dan biedt die voorkennis hem in het faillissement de mogelijkheid direct doortastend te handelen. De gewraakte rechtshandelingen kunnen in faillissement spoedig door hem worden teruggedraaid door het instellen van een "actio pauliana" op basis van artikel 42 Fw. Zijn de "onwaarheden" ten aanzien van de meerwaarde van de "stille voorbereidingsfase" onderdeel van een vooropgezet plan van het bestuur of de feitelijk leidinggevenden om aan te sturen op een faillissement om dat vervolgens (op oneigenlijke gronden) te gebruiken om de ontslagbescherming van medewerkers te omzeilen en met een afgeslankte onderneming uit faillissement een doorstart te maken, dan kan de curator voorkomen dat deze opzet slaagt door de daartoe voorbereide doorstart niet uit te voeren. Bovendien wordt het de curator in de voorgestelde regeling makkelijker gemaakt om de betrokken bestuurders of feitelijk leidinggevenden aansprakelijk te stellen voor de eventuele schade die als gevolg van dit handelen is ontstaan (vgl. artikelen 2:138 of 248 BW). Ook kan de beoogd curator de rechter in dat geval verzoeken de betreffende personen een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen (artikelen II en III). Tenslotte zal de curator na invoering van de Wet versterking positie curator een procedure ter beschikking staan om dergelijke fraudesignalen spoedig door te kunnen geleiden naar de bij de bestrijding van fraude betrokken instanties.⁵⁷

Na de "stille voorbereidingsfase" dient de voormalig beoogd curator – die dan in de regel curator is in het faillissement – een verslag uit te brengen over zijn bevindingen tijdens die fase. Aan de hand van dit verslag kunnen de schuldeisers en eventuele andere betrokkenen bij het faillissement kennis nemen van mogelijk kwalijk gedrag van het bestuur of de feitelijk leidinggevenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming voorafgaand aan het faillissement. Ook kunnen zij aan de hand van het verslag vaststellen of hen hierdoor mogelijk schade is toegebracht. Indien dit het geval is kunnen zij dit bij de curator en eventueel bij de RC op basis van artikel 69 Fw aankaarten.⁵⁸

⁵⁶ Mr. Ph. W. Schreurs, 'Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk', FIP 2013/8.

⁵⁷ Een voorontwerp van deze wet is te vinden op: <http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2014/02/24/opstellen-versterkt-positie-van-de-curator.html>.

⁵⁸ mr. dr. R.R. Verkerk, mr. M. Windt en mr. T.L. Rozendal, 'Prepacks: transparantie en verantwoording achteraf', Tvl 2014/40.

Versterking positie beoogd curator

Dit alles neemt niet weg dat het de positie van de beoogd curator kan versterken wanneer de rechtbank bepaalde voorwaarden verbindt aan de aanwijzing. Zo is ter voorkoming van financiële afhankelijkheid van de beoogd curator in de voorgestelde regeling bepaald dat de rechtbank ten behoeve van de betaling van het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden, aan de aanwijzing de voorwaarde van zekerheidstelling kan verbinden (artikel 363, vijfde lid). Voorts zou de rechtbank ook andere voorwaarden kunnen stellen, zoals de voorwaarde dat de schuldenaar akkoord moet gaan met de inschakeling van deskundigen (bijvoorbeeld een marktdeskundige) om de beoogd curator bij te staan bij de uitvoering van zijn taken. Verder kan het helpen wanneer de rechtbank in plaats van één beoogd curator twee of zelfs meer beoogd medecuratoren aanwijst die de taken – eventueel naar gelang hun specifieke kennis – kunnen verdelen, overleg kunnen hebben en samen meer tegenwicht kunnen bieden aan de schuldenaar. De artikelen 363, eerste en vierde lid, en 366, eerste lid, onderdeel b, op basis waarvan de rechtbank voornoemde voorwaarden kan stellen, zorgen ervoor dat het risico dat de beoogd curator te zeer wordt “meegetrokken in wat de schuldenaar beoogt” en niet in staat is zijn onafhankelijke positie te behouden, door de rechtbank kan worden weggenomen. Ook is de aanwezigheid van de beoogd rechter-commissaris hier van belang. Wat zijn rol precies is wordt in de volgende paragraaf over de beoogd rechter-commissaris uitgebreid beschreven.

Uiteraard valt of staat de effectiviteit van het optreden van de beoogd curator – al deze waarborgen ten spijt – met de deskundigheid en standvastigheid van de persoon van de beoogd curator.⁵⁹ De rechtbanken hanteren nu reeds bij de benoeming van curatoren in faillissementen (en bewindvoerders in surseances van betaling) een lijst met benoembare personen: de zogenaamde curatorenlijst.⁶⁰ De curatoren op de lijst zijn aan de hand van hun ervaring, deskundigheid en opleiding ondergebracht in verschillende categorieën. Bij ieder faillissement wordt bekeken uit welke categorie de curator zou moeten komen en wordt zo nodig ook gelet op de eventuele specifieke kennis en/of ervaring van een curator in de branche van de failliet. Voorts is in dit kader ook het initiatief van Insolad om te komen tot een handleiding voor de wijze van opereren door een beoogd curator (in de vorm van praktijkregels gebaseerd op “best practices”) van grote waarde.⁶¹

Het op de “stille voorbereidingsfase” volgende faillissement

In veruit de meeste gevallen zal op de “stille voorbereidingsfase” een faillissement volgen waarbij de voormalig beoogd curator zal worden aangesteld als curator. In zijn rol als curator in het faillissement zal de voormalig beoogd curator moeten beslissen of uitvoering kan worden gegeven aan hetgeen dat voor de faillietverklaring is voorbereid.

⁵⁹ Mr. Ph. W. Schreurs, ‘Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk’, FIP 2013/8 en mr. J.M. Lemstra en mr. J.M. van der Weide, ‘Kloeke curatoren’, in Jaarboek Insolad 2008, pp. 161 – 177.

⁶⁰ De uitgangspunten ontwikkeld door Recofa, goedgekeurd door het LOVCK en tot stand gekomen in overleg met INSOLAD zijn te vinden op: <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/130315-Benoemingenbeleid.pdf>.

⁶¹ Deze praktijkregels zijn te vinden op: <https://static.basenet.nl/cms/105928/website/praktijkregels-beoogd-curator.pdf>. Zie ook mr. 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.

Zien de beoogd rechter-commissaris of de beoogd curator daartoe aanleiding, dan benoemt de rechtbank bij de faillietverklaring een voorlopige commissie van schuldeisers die de curator van advies dient over de beslissingen die hij in het faillissement heeft te nemen, waaronder de beslissing over een eventuele doorstart (artikelen 74, tweede lid, en 78 Fw). Gelet op dit laatste ligt het in ieder geval in de rede dat de werknemers in de commissie worden vertegenwoordigd. Hun zeer nauwe betrokkenheid bij en kennis van de door de schuldenaar gedreven onderneming en van de branche waarbinnen die onderneming actief is, maakt dat de werknemers een belangrijke adviseur kunnen zijn voor de curator wanneer deze een beslissing moet nemen over het al dan niet effectueren van de in de *"stille voorbereidingsfase"* voorbereide doorstart. Gelet op de hiervoor beschreven hectiek die doorgaans volgt op de faillietverklaring en de invloed daarvan op het behoud van de waarde van de rendabele bedrijfsonderdelen en de kansen op een succesvolle doorstart, is het wel van belang dat de voorlopige commissie van schuldeisers en de curator spoedig ter vergadering samenkomen (artikel 76 Fw). Daarom moet al voor de faillietverklaring door de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris nagedacht worden over wie er in de commissie zitting zouden moeten nemen en zouden deze personen bij voorkeur ook al voor het einde van de *"stille voorbereidingsfase"* moeten worden benaderd. Lukt dit, dan moet het mogelijk zijn om spoedig na de faillietverklaring een overleg te laten plaatsvinden tussen de commissie van schuldeisers en de curator, waarbij de commissie de curator van advies kan dienen.

Via het verslag – dat ter griffie wordt deponeren, alwaar het voor een ieder ter inzage zal liggen – en in het overleg dat plaatsvindt met de voorlopige commissie van schuldeisers geeft de beoogd curator achteraf jegens alle betrokkenen bij het faillissement en in het bijzonder de schuldeisers openheid van zaken over wat er in de *"stille voorbereidingsfase"* is gebeurd en hoe hij in die fase de belangen van de (gezamenlijke) schuldeisers en andere betrokkenen bij het faillissement heeft behartigd.

In de literatuur wordt – ten aanzien van de proeven in de praktijk met het al in het voorstadium van een eventueel faillissement betrekken van de beoogd curator bij de onderneming – vaak gesproken over de *"stille bewindvoerder"*. De term bewindvoerder impliceert echter een verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar in de zin dat de schuldenaar niet meer bevoegd is te beschikken zonder instemming van de bewindvoerder. Daarvan is in de voorgestelde regeling nadrukkelijk geen sprake. Om die reden is besloten de term *"stille bewindvoerder"* niet te hanteren. Andere termen zoals *"insolventiedeskundige"*, *"insolventieadviseur"* en *"pre-curator"* zijn overwogen, maar deze termen dekten niet de lading van de rol en de taken, alsmede de bevoegdheden van de persoon die wordt aangewezen door de rechtbank als degene die bij een eventueel faillissement zal worden aangesteld als curator of zouden hieromtrent verkeerde verwachtingen kunnen wekken. Daarom is uiteindelijk gekozen voor de term *"beoogd curator"*.

3.3.3 De beoogd rechter-commissaris

Toezichthouder

De taak en bevoegdheden van de beoogd rechter-commissaris laten zich het best als volgt beschrijven. De beoogd rechter-commissaris wordt – als toekomstig toezichthouder op het beheer en de vereffening van de failliete boedel (artikel 64 Fw) – betrokken bij de door de schuldenaar ingezette voorbereiding van het faillissement (artikel 365, eerste lid). Tijdens de “*stille voorbereidingsfase*” kijkt hij – bij wijze van compensatie van het gebrek aan transparantie voor de schuldeisers en andere betrokkenen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming – kritisch mee met het voorbereidingstraject en houdt hij toezicht op het functioneren van de beoogd curator. Doordat het voorbereidingstraject in stilte plaatsvindt, kunnen de schuldeisers – tenzij zij hierin worden betrokken – hierbij niet zelf voor hun belangen opkomen. Zij zijn hiervoor afhankelijk van het optreden van de beoogd curator. Anders dan in faillissement hebben de schuldeisers vanwege het besloten karakter van de “*stille voorbereidingsfase*” ook niet de mogelijkheid de rechter-commissaris via artikel 69 Fw te vragen in te grijpen in het beleid van de beoogd curator. De schuldeisers moeten erop kunnen vertrouwen dat de beoogd rechter-commissaris er uit zichzelf op toeziet dat de beoogd curator goed voor hun belangen opkomt (artikel 365, tweede lid). Dit brengt een extra verantwoordelijkheid voor de beoogd rechter-commissaris met zich.

Bij het geven van invulling aan deze extra verantwoordelijkheid wordt de beoogd rechter-commissaris gesteund doordat de rechtbank in haar beschikking tot aanwijzing van de beoogd curator het doel van de “*stille voorbereidingsfase*” bepaalt en daarmee ook het mandaat van de beoogd curator. Dit doet de rechtbank door in de beschikking expliciet de door de schuldenaar aangedragen “*meerwaarde*” van de “*stille voorbereidingsfase*” voor zijn specifieke situatie te vermelden. Deze meerwaarde was bepalend in de beslissing van de rechtbank om de schuldenaar tot de “*stille voorbereidingsfase*” toe te laten. Zo nodig kan de beoogd rechter-commissaris de rechtbank gedurende de “*stille voorbereidingsfase*” vragen – op basis van de dan beschikbare informatie – opnieuw te toetsen of de *meerwaarde* wat haar betreft nog steeds aanwezig is (artikel 366, eerste lid, onderdeel a). Hier zou bijvoorbeeld reden toe kunnen zijn wanneer de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris tijdens de “*stille voorbereidingsfase*” constateren dat het aanvankelijk – bij de indiening van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator – door de schuldenaar aangedragen beoogd resultaat toch niet haalbaar blijkt te zijn.⁶²

De beoogd rechter-commissaris zal erop toe moeten zien dat de beoogd curator steeds binnen het mandaat van de rechtbank blijft. Daartoe is in de voorgestelde regeling voorzien in een aantal verplichtingen van de beoogd curator jegens de beoogd rechter-commissaris. Zo dient de beoogd curator tijdens de “*stille voorbereidingsfase*” de beoogd rechter-commissaris verslag te doen en alle gewenste inlichtingen te verschaffen over de voortgang van het voorbereidingstraject. Uiteraard zal de beoogd curator daarbij in moeten gaan op de wijze waarop hij in dit traject uitvoering geeft aan zijn taken. Indien nodig kan de beoogd rechter-commissaris de beoogd curator ook voor een bespreking oproepen waaraan de laatste te allen tijde gehoor zal moeten geven (artikel 365, derde lid).

⁶² Zie bijvoorbeeld de “*stille voorbereidingsfase*” kort voor het faillissement van de Weijmans Media Groep B.V. In die casus constateerde de beoogd curator binnen enkele dagen na zijn aanwijzing op basis van de aan hem verstrekte informatie en besprekingen met het bestuur dat een “*pre pack-traject*” vanwege de inmiddels reeds acute betalingsnood geen zin meer had.

<http://www.turnaroundadvocaten.nl/upload/20141127.4e.verslag.publicatie.pdf>.

Middelen van beoogd rechter-commissaris

Dreigt de beoogd curator buiten het mandaat van de rechtbank te geraken dan staan de beoogd rechter-commissaris middelen ter beschikking om in te grijpen en ervoor te zorgen dat het voorbereidingstraject wordt bijgestuurd. Constateert de beoogd rechter-commissaris bijvoorbeeld dat de beoogd curator onvoldoende oog heeft voor het feit dat in het voorbereidingstraject de belangen van bepaalde groepen van schuldeisers ondergesneeuwd dreigen te raken, dan kan hij de beoogd curator aansporen:

- a) zich over bepaalde zaken nader te laten informeren door de schuldenaar of (met medewerking van de schuldenaar) door derden, of
- b) met de schuldenaar te bespreken dat het wenselijk is:
 - dat deskundigen worden benaderd om met het oog op die belangen nader onderzoek te verrichten, of
 - indien het de belangen van de werknemers betreft, dat de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging (onder voorwaarde van geheimhouding) wordt betrokken bij de "*stille voorbereidingsfase*".

Eventueel zou de beoogd rechter-commissaris deze aansporing nog kunnen versterken met de aankondiging dat hij de rechtbank bij de faillietverklaring zal vragen een voorlopige commissie van schuldeisers in te stellen (artikel 74, tweede lid). De beoogd rechter-commissaris zou daarnaast of in plaats daarvan tijdens de "*stille voorbereidingsfase*" met de beoogd curator ook alvast procedureafspraken kunnen maken voor het traject dat na de faillietverklaring gevolgd zal worden. Zo zouden zij kunnen afspreken dat binnen dat vervolgtraject wordt voorzien in een mogelijkheid voor de schuldeisers om na faillietverklaring – al dan niet via de officiële weg met een beroep op artikel 69 Fw – nog invloed uit te kunnen oefenen op bijvoorbeeld de besluitvorming door de curator en de rechter-commissaris over een voorbereide doorstart. Denk daarbij onder andere aan het eerder genoemde voorbeeld van een aankondiging van de voorbereide doorstart en een korte termijn waarbinnen schuldeisers hierop kunnen reageren.

Doet zich het eerder genoemde scenario voor waarbij de beoogd curator te zeer wordt meegetrokken in een voorbereiding van een doorstart uit faillissement waarvan betwijfeld moet worden of deze in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement, dan heeft de beoogd rechter-commissaris de volgende mogelijkheden om hier iets tegen te doen. Hij kan de beoogd curator er in eerste instantie op wijzen dat, wil uit het voorbereidingstraject een voorstel voor een doorstart voortkomen waarmee hij in het faillissement – in zijn rol als rechter-commissaris – zal kunnen instemmen, dit traject bijsturing behoeft. Om de noodzaak tot bijsturing te onderstrepen, zou de rechter-commissaris de rechtbank kunnen vragen alsnog een voorwaarde aan de aanwijzing te verbinden (artikel 363, vierde lid). De inschakeling van een deskundige die een advies zou kunnen uitbrengen over de doorstart, zou een dergelijke voorwaarde kunnen zijn. Blijkt vervolgens dat de beoogd curator hiermee onvoldoende doet, dan zou de beoogd rechter-commissaris de rechtbank kunnen vragen de beoogd curator van zijn aanstelling te ontheffen (artikel 366, eerste lid, onderdeel a). Meent de beoogd rechter-commissaris dat het ondanks deze situatie nog steeds gewenst is dat de "*stille voorbereidingsfase*" wordt voortgezet, dan zou hij de rechtbank kunnen vragen om de beoogd

curator te laten vervangen (artikel 366, eerste lid, onderdeel b). Mocht de beoogd rechter-commissaris twijfelen over de koers van het voorbereidingstraject en de rol die de beoogd curator daarin speelt, dan zou een oplossing kunnen zijn dat een ander met de beoogd curator meekijkt. De beoogd rechter-commissaris zou de rechtbank ten behoeve hiervan kunnen verzoeken om alsnog een beoogd medecurator te benoemen (artikel 366, eerste lid, onderdeel b).

Het op de "stille voorbereidingsfase" volgende faillissement

In veruit de meeste gevallen zal op de "stille voorbereidingsfase" een faillissement volgen en zal de voormalig beoogd rechter-commissaris in de regel worden aangesteld als rechter-commissaris in dat faillissement. Dit laatste is alleen anders wanneer er ten tijde van de faillietverklaring sprake is van gewijzigde omstandigheden en van daaruit voortvloeiende redenen om van de eerdere aanwijzing af te wijken (artikelen 14a, 215, derde lid, en 223a, tweede lid). Zo zouden een volledig mislukte "stille voorbereidingsfase" en een na de aanwijzing aan het licht gekomen schijn van belangenverstremgeling redenen kunnen zijn om een "nieuwe" rechter-commissaris te benoemen. Is hiervan geen sprake en wordt de beoogd rechter-commissaris in het faillissement aangesteld als rechter-commissaris dan zal hij – zoals hierboven is beschreven – in die rol, indien aan de orde, moeten beslissen of hij toestemming kan geven voor het effectueren van een voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide doorstart (vgl. artikel 101 lid 1 en 176 Fw).⁶³

4. Belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waaronder werknemers

Ten aanzien van de voorbereiding van een doorstart uit faillissement met betrokkenheid van de beoogd curator zijn in de literatuur bezwaren naar voren gebracht. Deze komen er in hoofdzaak op neer dat er een vrees bestaat dat de "stille voorbereidingsfase", vanwege het gebrek aan transparantie en het risico op misbruik van de regeling door de schuldenaar, uiteindelijk toch niet de belangen dient van de betrokkenen bij het faillissement, in het bijzonder die van de schuldeisers en de werknemers.⁶⁴

Zo wordt gewezen op de omstandigheid dat de transactie ten behoeve van de doorstart uit faillissement tot stand komt in een besloten onderhandelingsproces – in plaats van in een openbaar verkoopproces – waarbij soms maar een paar partijen (te weten de schuldenaar en één of slechts enkele potentiële kopers) betrokken zijn. Aldus onttrekt het proces dat leidt tot de

⁶³ Zie voor een beschrijving van de beoordeling die de rechter-commissaris zal moeten maken mr. F.H.E. Boerma, 'Doorstart vanuit het perspectief van de rechter-commissaris', in Jaarboek Insolad 2008, pp. 179 – 191.

⁶⁴ O.m. Mr. drs. N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', Tvl 2011/23; J.C. van Apeldoorn 'Pre-packs', Tvl 2012/17; mr. O.G. Tacoma en mr. C.J.M. Weebers-Vrenken, 'The b(l)ackside van een pre-pack-faillissement'; mr. E. Loesberg, 'Heiligt het doel de middelen? Pre-pack in het Nederlandse Faillissementsrecht', Tijdschrift voor de ondernemingspraktijk 2013/1; mr. B.J. Tideman, 'Kritische kanttekeningen bij de pre-pack', FIP 2013/6; mr. M.J. Cools, 'Een doorstart in voorverpakking', FIP 2013/8; mr. M.H.F. van Vugt; 'De Nederlandse pre-pack: time-out please!', FIP 2014/1; mr. drs. R.J. van der Ham, 'Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack', Arbeidsrecht 2014/28; mr. W.J.M. van Andel; 'Stop met de pre-pack', Tvl 2014/37; mr. dr. R.R. Verkerk, mr. M. Windt en mr. T.L. Rozendal, 'Prepacks: transparantie en verantwoording achteraf', Tvl 2014/40; dr. I. Zaal, 'De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling', FIP 2014/8 en prof. mr. J.J. van Hees, 'Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?', Ondernemingsrecht 2014/79.

totstandkoming van de transactie – alsmede de wijze waarop binnen dat proces de voorwaarden van de betreffende transactie worden overeengekomen – zich aan de waarneming van de schuldeisers. Ook zou het vanwege het ontbreken van een openbaar verkoopproces met concurrentie tussen diverse gegadigden, nog maar de vraag zijn of daadwerkelijk een zo hoog mogelijke opbrengst zou kunnen worden gerealiseerd. Voorts zou de beoogd curator in de “*stille voorbereidingsfase*” te zeer betrokken raken bij de bedrijfsvoering van de onderneming en de voorbereiding van een doorstart. Daardoor zou hij na de faillietverklaring in zijn rol als curator de activatransactie ten behoeve van de doorstart die al voor het faillissement is voorbereid niet meer onafhankelijk kunnen beoordelen of bestrijden. Ook zou de “*pre-pack*” bepaalde klassen schuldeisers bevoordelen en overige schuldeisers schade toebrengen. De “*pre-pack*” zou verder concurrentievervalsend werken en het oneigenlijk gebruik van het faillissement ten behoeve van herstructurering in de hand werken.

Tegen al deze bezwaren moet echter worden ingebracht dat de risico’s op een suboptimaal resultaat en op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht bij een doorstart uit een regulier faillissement juist groter zijn dan bij een doorstart die voor de faillietverklaring onder het toezien oog de toekomstig curator en de toekomstig rechter-commissaris wordt voorbereid. Dit komt omdat bij een regulier faillissement vaak sprake is van één van de volgende twee minder gunstige scenario’s:

- a) de verkooptransactie ten behoeve van de doorstart uit faillissement wordt pas na de faillietverklaring door de curator tot stand gebracht, of
- b) deze wordt voor de faillietverklaring door het bestuur of de feitelijk leidinggevendenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming op eigen gelegenheid voorbereid.

In het eerst genoemde scenario zal in de meeste gevallen de hectiek van het faillissement een negatieve invloed hebben op de waarde van bedrijfsonderdelen en de kansen op een succesvolle doorstart. Dit leidt ertoe dat bij de verkooptransactie door de curator vaak slechts een lage prijs (dicht bij de liquidatiewaarde van de bedrijfsonderdelen) kan worden bedongen. Gevolg is een lagere boedelopbrengst en een groter verlies van werkgelegenheid.

In het tweede scenario hebben de schuldeisers van de door de schuldenaar gedreven onderneming – tenzij zij hierin worden betrokken – geen invloed op het voorbereidingstraject. Hetzelfde geldt voor potentieel geïnteresseerde kopers. Zij worden net als de curator en de rechter-commissaris pas na de faillietverklaring met de voorbereide verkooptransactie geconfronteerd. Schuldeisers en geïnteresseerde kopers ervaren daardoor een informatieachterstand. Dit maakt het voor de schuldeisers en potentieel geïnteresseerde kopers lastig om de voorbereide verkooptransactie binnen korte tijd goed te doorgronden. Daardoor is er feitelijk vaak maar weinig gelegenheid voor de schuldeisers om nog enige invloed uit te oefenen op de besluitvorming van de curator en de rechter-commissaris omtrent het al dan niet effectueren van de voorbereide doorstart. Voor potentieel geïnteresseerde kopers is het veelal niet mogelijk daadwerkelijk mee te dingen in het verkoopproces omdat het hen niet lukt spoedig een concurrerende overnamebieding op de onderneming uit te brengen; dat wil zeggen een bod dat zowel interessant is voor de curator als verantwoord voor henzelf. Doordat er niemand is die

meekijkt tijdens het voorbereidingstraject, bestaat er in dit scenario bovendien een groter risico dat sprake zou kunnen zijn van faillissementsfraude en/of misbruik van het faillissementsrecht, terwijl dit niet of pas op een later moment wordt opgemerkt.⁶⁵

De in de afgelopen jaren in de rechtspraak ontwikkelde "*pre-pack methode*" leidt er nu juist toe dat de positie van de schuldeisers wordt verbeterd. Deze praktijk brengt mee dat de voorbereiding van het faillissement en, indien aan de orde, van een doorstart uit dat faillissement plaatsvindt onder het toezicht van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. De beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris krijgen daarmee reeds voor de faillietverklaring de gelegenheid zich te verdiepen in de situatie waarin de onderneming zich bevindt. Ook kunnen zij het voorbereidingstraject op de voet volgen. De beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris zullen daardoor in het faillissement "*beter beslagen ten ijs kunnen komen*" en sneller en beter geïnformeerd een besluit kunnen nemen over het al dan niet effectueren van een voorbereide verkoop/doorstart. Voorts krijgen zij ook de mogelijkheid invloed uit te oefenen op het voorbereidingstraject en kunnen zij er op die manier voor zorgen dat een optimaal resultaat (dat wil zeggen behoud van zoveel mogelijk waarde en werkgelegenheid) wordt bereikt.⁶⁶ (Zie in dit kader de resultaten van het onderzoek van mr. Hurenkamp en de Radboud Universiteit in samenwerking met BDO Consultants, genoemd in paragraaf 2.3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting). Mocht sprake zijn van een vooropgezet plan van het bestuur of de feitelijk leidinggevenden om het faillissementsrecht te misbruiken, dan hebben de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris doordat zij eerder worden betrokken ruimere gelegenheid om dit tijdig te ontdekken en kunnen zij hier een stokje voor steken door de daartoe voorbereide doorstart niet uit te voeren.⁶⁷

Dit wetsvoorstel leidt niet alleen tot een wettelijke verankering van de "*pre-pack praktijk*", maar ook tot een inkadering daarvan. Zo wordt verduidelijkt wanneer een aanwijzing van een beoogd curator wel óf juist niet zou moeten plaatsvinden. Ook wordt in de voorgestelde regeling helder omschreven wat de rol is van de beoogd curator, welke middelen hem ter beschikking staan, hoe hij kan worden ondersteund door de rechtbank en hoe het toezicht van de beoogd rechter-commissaris op het functioneren van de beoogd curator is geregeld.

In de voorgestelde regeling is geëxpliciteerd dat van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris wordt verwacht dat zij – om goed te kunnen waken over de belangen van de schuldeisers – het voorbereidingstraject met een kritische blik volgen. Meent de beoogd curator dat het voorbereidingstraject een wending neemt waardoor de belangen die hij behartigt in het

⁶⁵ Prof. mr. J.J. van Hees, '*Herstructurering met behulp van faillissement*', in: prof. mr. G. van Solinge e.a. (red.), '*Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden*', Serie vanwege het van der Heijden Instituut, deel 124, Kluwer Deventer (2014), p. 52 en mr. R.J. van Galen, '*Knelpunten in ons insolventierecht*', Ondernemingsrecht 2014/81.

⁶⁶ Zie bijvoorbeeld het eerste openbaar verslag van mr. Jongepier in het faillissement van de Estro Groep B.V. c.s. waarin hij beschrijft dat hij aanvankelijk enige bedenkingen had bij het op een doorstart uit faillissement gerichte voorbereidingstraject zoals dat door het bestuur van het crèchebedrijf in gang was gezet, maar dat na enige bijsturing toch een verkoop van een belangrijk deel van de onderneming tegen aanvaardbare voorwaarden gerealiseerd kon worden
http://www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro_stille_bewindvoering_.pdf.

⁶⁷ Zie paragraaf 2.3 van de memorie van toelichting.

gedrang lijken te komen, dan wordt van hem verwacht dat hij handelt; dat wil zeggen dat hij de hem ter beschikking staande (en in paragraaf 3.3.2 genoemde) middelen gebruikt.⁶⁸

Voorts is helder omschreven hoe de beoogd curator bij het vervullen van zijn rol kan worden gesteund door de rechtbank die voorwaarden kan verbinden aan de aanwijzing van een beoogd curator en daarmee ook aan het "*stille voorbereidingstraject*". Met het stellen van voorwaarden kan de rechtbank de kans vergroten dat het met het voorbereidingstraject voorziene resultaat wordt bereikt (artikel 363, vierde lid). Ook kan zij voorwaarden stellen waarmee de positie van de beoogd curator wordt versterkt of ervoor wordt gezorgd dat de belangen van de werknemers tijdens de "*stille voorbereidingsfase*" beter tot hun recht komen. Zo kan de rechtbank als voorwaarde stellen dat de schuldenaar ermee in zal moeten stemmen dat externe deskundigen worden ingeschakeld die de beoogd curator kunnen ondersteunen bij de uitvoering van zijn taken⁶⁹ of dat de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging – onder geheimhouding – wordt betrokken bij de "*stille voorbereidingsfase*".⁷⁰

Mocht sprake zijn van een vooropgezet plan van het bestuur of de feitelijk leidinggevenden om het faillissement oneigenlijk te gebruiken, dan hebben de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris doordat zij eerder worden betrokken ruimere gelegenheid om dit tijdig te ontdekken en maatregelen te treffen; bijvoorbeeld door na de faillietverklaring een door het bestuur voorbereide doorstart niet – of niet dan nadat daarover eerst is heronderhandeld – uit te voeren en de betrokken bestuurders aansprakelijk te stellen voor de schade die het gevolg is van hun gedragingen (artikelen II en III). Bovendien leidt de voorgestelde regeling ertoe dat de schuldeisers – door middel van het eindverslag van de beoogd curator (vgl. artikel 366, vierde en vijfde lid) dat ter griffie wordt gedeponereerd en daar ter inzage wordt gelegd – eerder dan nu het geval is kennis kunnen nemen van de verkoop en doorstart van de bedrijfsonderdelen en van hetgeen zich heeft voorgedaan in de "*stille voorbereidingsfase*". Dit vergroot hun kans om nog invloed uit te oefenen op de besluitvorming van de curator en de rechter-commissaris omtrent een eventuele doorstart.

Ten aanzien van het punt van de concurrentievervalsing moet opgemerkt worden dat een doorstart uit faillissement vaak enig effect mee zal brengen dat als concurrentievervalsing kan worden betiteld. Dit komt omdat de bedrijfsonderdelen als het ware uit het faillissement worden gelicht en de schuldenlast daar achterblijft. Hier staat dan wel tegenover dat de opbrengst van de verkoop van de bedrijfsonderdelen in het faillissement terugvloeit. De bedrijfsonderdelen starten na de verkoop uit het faillissement met "*een schone lei*" door onder een nieuwe eigenaar. Concurrenten daarentegen zullen hun schulden zelf moeten blijven dragen. Tegelijkertijd geldt dat niet iedere wijziging in een positie van een marktpartij zonder meer van invloed is op de posities van (alle) andere marktpartijen in dezelfde branche. Verder is het concurrentievervalsingseffect

⁶⁸ Zie paragraaf 3.3.2 van de memorie van toelichting.

⁶⁹ De '*stille bewindvoerder*' die werd aangesteld in de aanloop van het faillissement van Schoenenreus B.V. stelde een team samen van advocaten die gespecialiseerd zijn op het gebied van insolventierecht, vennootschapsrecht, arbeidsrecht en huurrecht. Dit team assisteerde hem vervolgens bij het in korte tijd verkrijgen van inzicht in de bedrijfsstructuur, de ondernemingsactiviteiten en de financiële huishouding van de onderneming; <http://insolventies.rechtspraak.nl/pdf.ashx?ID=01.obr.13.80.F.V.01>.

⁷⁰ Zie paragraaf 3.3.1 van de memorie van toelichting.

minder groot wanneer de prijs bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen hoger is. De nieuwe eigenaar zal dan immers meer moeten investeren, wil hij de bedrijfsonderdelen kunnen overnemen. Met de voorbereiding van een doorstart uit faillissement onder het toezicht van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris kan bereikt worden dat bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen uit faillissement een hogere prijs kan worden bedongen. Ook het feit dat de "stille voorbereidingsfase" eventueel misbruik van faillissementsrecht eerder aan het licht kan brengen, helpt het concurrentievervalsende effect van doorstarts uit faillissement te verminderen.

5. Consultatie

Een voorontwerp is in het najaar van 2013 via het internet in consultatie gegaan.⁷¹ Verder zijn alle betrokken belangenorganisaties aangeschreven en daarbij om advies gevraagd en is het wetsontwerp besproken met de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht. Naast de nodige individuele reacties zijn commentaren ontvangen van de volgende koepels en bedrijven: de Raad voor de rechtspraak (hierna: de Rvdv), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: de NVvR), Insolad, de Adviescommissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: NOvA), mr. M.R. van Zanten namens CMS Derks Star Busmann N.V. (hierna: mr. Van Zanten), mr. D.P. Schalken namens Bogaerts & Groenen advocaten (hierna: mr. Schalken), de praktijkgroep Ondernemingsrecht, Insolventie & Procesrecht van AKD advocaten en notarissen, mr. Ph. W. Schreurs namens Boels Zanders advocaten (hierna: mr. Schreurs), de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Nederlandse Vereniging Leasemaatschappijen (NVL), VNO-NCW en MKB Nederland (VNO-NCW/MKB), de FNV en mr. P. Huffman, mr. J. van der Pijl en mr. I. Zaal namens de vakgroep arbeidsrecht van de Universiteit van Amsterdam (UvA).

Belangrijkste aandachtspunten uit de consultatie

De consultatie heeft veel steun opgeleverd voor het wetsvoorstel dat – zoals veel respondenten benadrukken – tegemoet komt aan de sterke roep uit de praktijk om wetgeving waarbij een Nederlandse variant van de "pre-pack" wordt geïntroduceerd. Ook is instemmend gereageerd op het feit dat gekozen is voor een kaderregeling die ruimte biedt voor nadere invulling door de praktijk. Alleen de NOvA twijfelt aan het nut en de noodzaak van de voorgestelde regeling. In reactie hierop moet opgemerkt worden dat de voorgestelde regeling – zoals hiervoor beschreven – geïnspireerd is op een bestaande praktijk bij acht van de elf rechtbanken en dat er vanuit diezelfde praktijk en ook vanuit de politiek een roep is om te komen tot een wettelijke verankering daarvan. Voorts heeft de Europese Commissie onlangs nog in haar aanbeveling van 12 maart 2014 de lidstaten opgeroepen om te komen met maatregelen die er – kort gezegd – voor zouden moeten zorgen dat "levensvatbare ondernemingen in financiële moeilijkheden efficiënt kunnen worden geherstructureerd en eerlijke ondernemers een tweede kans krijgen".⁷² De voorgestelde regeling past binnen dat kader.

⁷¹ <http://www.internetconsultatie.nl>.

⁷² http://ec.europa.eu/justice/civil/files/c_2014_1500_nl.pdf. Zie ook mr. E. Schmieman, 'De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie', Ondernemingsrecht 2014/77.

In de consultatie werden verschillende suggesties gedaan tot aanpassing van de regeling, dan wel de toelichting daarop. Daarbij ging het vooral om:

- een nadere invulling van de rol en van de taken en bevoegdheden van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris;
- een aanscherping van de waarborgen tegen misbruik of oneigenlijk gebruik van de regeling;
- het zorgen voor meer transparantie naar de schuldeisers;
- het beperken van het risico op onbedoelde negatieve gevolgen van de toepassing van de regeling (concurrentievervalsing);

In de hierna volgende artikelsgewijze toelichting is steeds per artikel aangegeven hoe met deze suggesties is omgegaan.

Daarnaast kwamen tijdens de consultatie drie aandachtspunten naar voren die het beste hier in algemene zin besproken kunnen worden, te weten:

- de vennootschapsrechtelijke vraag of een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator een besluit is dat goedkeuring behoeft van de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: de AVA), en
- de arbeidsrechtelijke vragen:
 - a) of er sprake is van een adviesplichtig besluit in de zin van artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden wanneer een onderneming besluit bij de rechtbank een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een beoogd curator, en
 - b) hoe de voorgestelde regeling zich verhoudt tot de wetgeving voortvloeiend uit Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

Toestemming AVA

In de consultatie is onder andere door de NVB en mr. Van Zanten opgeroepen tot het verschaffen van duidelijkheid over de vraag of het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator een besluit is dat goedkeuring behoeft van de AVA. Daarbij werd – voor zover het de naamloze vennootschap (hierna: NV) betreft – verwezen naar artikel 2:107a van het Burgerlijk Wetboek (BW). In het eerste lid van dat artikel is bepaald dat het bestuur van een NV bij besluiten omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming goedkeuring dient te vragen van de AVA.

In het geval dat een schuldenaar een vennootschap is, wordt het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator namens de vennootschap ingediend door haar bestuur. Voor de beantwoording van de vraag of het bestuur daartoe goedkeuring nodig heeft van de AVA is – voor zowel de BV als de NV – in de eerste plaats van belang dat uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat het aan het bestuur van de vennootschap is om het beleid en de strategie van de vennootschap te bepalen.⁷³ De beslissing om bij de rechtbank een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een

⁷³ HR 21 januari 1955, NJ 1959/43 (Forumbank); HR 13 juli 2007, JOR 2007/178 (ABN AMRO) en HR 9 juli 2010, JOR 2010/228 (ASMI).

beoogd curator valt binnen die autonomie van het bestuur. Financiële problemen laten zich het best oplossen wanneer zij in een vroeg stadium worden onderkend en aangepakt. Daarom is een van de doelstellingen van het programma herijking van het faillissementsrecht, waarvan dit wetsvoorstel deel uitmaakt, het stimuleren van ondernemers om tijdig hulp te zoeken wanneer betalingsonmacht dreigt. De verantwoordelijkheid voor het tijdig invoeren van hulp berust – gelet op haar taak als bepaler van de strategie en het beleid binnen de onderneming – bij het bestuur van de vennootschap, dat daarbij het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming in acht dient te nemen. Het verzoeken om de aanwijzing van een beoogd curator is daarvoor een belangrijk instrument waarvan het bestuur van de onderneming naar eigen inzicht gebruik moet kunnen maken.

Voorts is voor de NV – in verband met het bepaalde in artikel 2:107a, eerste lid, BW – nog relevant dat de aanwijzing van een beoogd curator geen verandering meebrengt in de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming. De aanwijzing leidt er immers slechts toe dat de rechtbank aanwijst wie zij, mocht het daadwerkelijk tot een faillissement komen, zal aanstellen als curator en benoemen als rechter-commissaris. Vervolgens worden deze personen “*in stilte*” betrokken bij de door het bestuur ingezette voorbereiding van het faillissement en, indien aan de orde, van een eventuele doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen uit dat faillissement.

Om gebruik te kunnen maken van de bij dit wetsvoorstel geboden mogelijkheid om in relatieve rust met betrokkenheid van een beoogd curator een mogelijk aanstaand faillissement voor te bereiden, is nodig dat de aanwijzing van de beoogd curator in stilte plaatsvindt. Mocht voor de indiening van het verzoek door de bestuurders eerst toestemming moeten worden gevraagd van de AVA, dan zal het vooral bij grotere vennootschappen met veel aandeelhouders in de praktijk vrijwel onmogelijk zijn om de aanwijzing van de beoogd curator stil te houden. Het feit dat een groot aantal personen (de aandeelhouders) eerst moet worden opgeroepen voor de vergadering waarbij zij vervolgens worden ingelicht over de financiële problemen en het daarmee samenhangende voornemen om een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator in te dienen, brengt een groot risico mee dat “*het nieuws*” over de financiële problemen op straat ligt nog voordat het verzoek is ingediend.

De beslissing om een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator bij de rechtbank in te dienen, valt om bovengenoemde redenen dus niet onder de in artikel 2:107a, eerste lid, BW opgenomen categorie besluiten waarvoor het bestuur goedkeuring behoeft van de AVA. Ook een bepaling in de statuten waarin bepaald is dat voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator de goedkeuring van de AVA is vereist, blijft buiten toepassing. Hetzelfde geldt voor een beding in een regeling – die buiten de statuten om – tussen de aandeelhouders en de rechtspersoon is overeengekomen. Ter verduidelijking is dit met zoveel woorden bepaald in het voorgestelde artikel 363, zesde lid.

Advies OR

In de consultatie verzochten FNV en mr. Van Zanten duidelijkheid te verschaffen over de vraag of een onderneming die voornemens is bij de rechtbank een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een beoogd curator hierover eerst advies zou moeten vragen van de OR. Daarbij werd in het bijzonder verwezen naar artikel 25 lid 1, onderdelen e en n, van de Wet op de ondernemingsraden

(WOR). Om de hierna te noemen redenen meen ik dat dit niet het geval is. Dit neemt overigens niet weg dat de rechtbank – op basis van artikel 363, vierde lid – aan de aanwijzing van een beoogd curator als voorwaarde kan verbinden dat de ondernemingsraad – onder geheimhouding – wordt betrokken bij de *“stille voorbereidingsfase”*. Zoals hierboven is beschreven in paragraaf 3 kunnen de werknemers – vertegenwoordigd door de ondernemingsraad – gezien hun zeer nauwe betrokkenheid bij en kennis van de door de schuldenaar gedreven onderneming en van de branche waarbinnen die onderneming actief is, een belangrijke adviseur zijn in het kader van de voorbereiding van het faillissement en, indien aan de orde, een doorstart uit dat faillissement.

Artikel 25 lid 1 WOR kent de OR ten aanzien van een aantal voorgenomen besluiten van de onderneming een adviesrecht toe. De onderdelen e en n van het eerste lid betreffen besluiten ter zake van:

- *“een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming”* (onderdeel e), en
- *“het verstrekken en het formuleren van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming betreffende een der hiervoor [in de onderdelen a tot en met m] bedoelde aangelegenheden”* (onderdeel n).

Het besluit om bij de rechtbank een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator in te dienen valt niet onder onderdeel e omdat – zoals in paragraaf 3 al werd opgemerkt – de aanwijzing van een beoogd curator geen *“wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming”* brengt: de aanwijzing brengt geen verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. Voorts valt het verzoek ook niet onder onderdeel n omdat – zoals expliciet bepaald in artikel 364, eerste lid, en is toegelicht in paragraaf 3.3.2 – de beoogd curator tijdens de *“stille voorbereidingsfase”* optreedt van behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en hij dus geen adviseur van de schuldenaar. Genoemd besluit valt verder ook niet onder de andere categorieën besluiten die zijn op genomen in de overige onderdelen van artikel 25 lid 1 WOR.

Duidelijkheidshalve wordt nog opgemerkt dat wanneer de schuldenaar tijdens de *“stille voorbereidingsfase”* nog besluiten wil nemen in de zin van artikel 25 lid 1 WOR, ten aanzien van die besluiten het adviesrecht voor de OR onverkort van kracht blijft.⁷⁴ In paragraaf 3.2 werd er al aan gerefereerd dat de huidige *“pre-pack praktijk”* leert dat de aanwijzing van een beoogd curator er ook toe kan bijdragen dat er in stilte voor de financiële problemen alsnog een oplossing buiten faillissement wordt gevonden, waarmee de voortzetting van de onderneming geborgd kan worden. Indien de schuldenaar in het kader van zo’n reddingspoging bijvoorbeeld een adviseur inschakelt die een advies uitbrengt over wat de implicaties zouden zijn als de onderneming zou inkrimpen of bepaalde onderdelen zou afstoten, dan heeft de OR op basis van artikel 25 lid 1, onderdeel n, WOR het recht om te adviseren over de adviesopdracht.

Richtlijn overgang ondernemingen

⁷⁴ Prof. mr. F.M.J. Verstijlen, *‘Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack’*, Vereniging ‘Handelsrecht’ Preadviezen 2014, Uitgeverij Paris, Zutphen 2014, pag. 61.

Afdeling 8 van Titel 10 van Boek 7 BW omvat een regeling betreffende de bescherming van de rechten van werknemers bij overgang van een onderneming. De regeling is gebaseerd op de Richtlijn 1977/187 van 14 februari 1977 inzake het behoud van rechten van werknemers bij de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (*PbEG* 5 maart 1977, L 61/26). Deze richtlijn werd vervangen door Richtlijn 98/50 van 29 juni 1998 (*PbEG* 17 juni 1998, L 201/88), waarbij de regeling uit 1977 werd verduidelijkt en aangepast naar aanleiding van jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap. Met Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (*PbEG* 22 maart 2001, L 82/16) (hierna: de richtlijn) werd de regeling opnieuw vastgesteld. De genoemde richtlijnen beoogden – kort gezegd – te bewerkstelligen dat de werknemers van een onderneming in het geval van een overgang van die onderneming van rechtswege – op dezelfde voorwaarden als zij in dienst zijn van de vervreemder – in dienst treden van de verkrijger van de onderneming.

Zoals bepaald in de artikelen 3 en 4 van de richtlijn en de artikelen 7:663 tot en met 665 en artikel 7:670, lid 8, BW betekent dit kort gezegd dat de werknemers na de overgang van de onderneming hun rechten uit de voor de overgang bestaande arbeidsovereenkomst behouden en dat de overgang van de onderneming op zichzelf geen reden vormt voor ontslag. Daarbij wordt ingevolge artikel 7:662 lid 2 BW onder “*de overgang [van een onderneming]*” verstaan “*de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt*”.

In artikel 5 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat de artikelen 3 en 4 van de richtlijn, tenzij de lidstaten anders bepalen, niet van toepassing zijn wanneer “*de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn)*”. In artikel 7:666 BW is naar aanleiding hiervan voorgeschreven dat de artikelen 7:662 tot en met 665 en artikel 7:670, lid 8, BW niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

In de consultatie werd door de NOvA, de FNV, de UvA en in één van de individuele reacties de vraag opgeworpen of dit anders is wanneer voor de faillietverklaring een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen wordt voorbereid onder het toezien van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. In dit kader is relevant op te merken dat de Hoge Raad zich al heeft uitgesproken over de situatie waarin gedurende een surseance van betaling een doorstart vanuit faillissement werd voorbereid, welke doorstart na de faillietverklaring door de curator in faillissement werd geëffectueerd.⁷⁵ Deze situatie is vergelijkbaar met de situatie waarin voorafgaand aan een faillietverklaring sprake is van een aanwijzing van een beoogd curator. Gedurende de surseance van betaling worden voorbereidingen getroffen voor een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen vanuit faillissement. Net als het geval in de “*stille voorbereidingsfase*” voorafgaand aan het mogelijk aanstaande faillissement die aanvangt met de aanwijzing van een beoogd curator, is de toekomstige curator – in dit geval in zijn hoedanigheid van bewindvoerder in de surseance – daarbij betrokken. Wanneer de tijd rijp is verzoekt de

⁷⁵ HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191 (*Happé/Scheepstra*).

bewindvoerder – met instemming van de schuldenaar aan wie surseance van betaling is verleend – de rechtbank de surseance van betaling in te trekken onder gelijktijdige uitspraak van het faillissement (art. 242 lid 1 sub 5 jo. lid 4 Fw). De bewindvoerder wordt dan doorgaans aangesteld als curator in dat faillissement. Dit maakt mogelijk dat de voorbereide doorstart vrij snel na de faillietverklaring door de curator kan worden geëffectueerd.

In zijn arrest liet de Hoge Raad zich in het bijzonder uit over de vraag of in de beschreven situatie het tijdstip van overgang kan worden geacht te liggen vóór omzetting van de surseance van betaling in een faillissement, waardoor de bepalingen omtrent overgang van onderneming onverkort van toepassing zouden zijn. De Hoge Raad heeft in zijn arrest geoordeeld dat aan de hand van het gewicht van de verrichte handelingen moet worden vastgesteld op welk moment sprake is van een overgang van de onderneming. Indien kan worden gezegd dat het belangrijkste gedeelte van de handelingen/transacties waarmee de doorstarter in staat wordt gesteld om de onderneming voort te zetten, plaats vinden na de faillietverklaring, vindt de overgang van de onderneming plaats vanuit faillissement en gaan de rechten en verplichtingen jegens de werknemers van de gefailleerde niet over op de doorstarter.

Dit uitgangspunt volgend moet worden geconcludeerd dat het antwoord op de eerder genoemde vraag ontkennend is; de artikelen 7:662 tot en met 665 en artikel 7:670, lid 8, BW zijn niet van toepassing wanneer sprake is van overgang van bedrijfsonderdelen vanuit faillissement en daarbij maakt het geen verschil of die overgang voorafgaand aan het faillissement is voorbereid onder het toezicht van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris. Hiervoor zijn de volgende redenen.

De aanwijzing van een beoogd curator leidt er toe dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris worden betrokken bij de voorbereiding van het mogelijke faillissement en, indien aan de orde, het traject waarbij op initiatief van de schuldenaar wordt gezocht naar mogelijke overnamekandidaten voor rendabele bedrijfsonderdelen. Dit houdt in ieder geval in dat de beoogd curator met een kritische blik meekijkt, zich laat informeren en zich een oordeel vormt over de gang van zaken binnen de onderneming en, indien aan de orde, over het verkoopproces dat door de schuldenaar is ingezet en dat hij de beoogd rechter-commissaris hierover informeert. De "*stille voorbereidingsfase*" kan in die zin gezien worden als een soort onderzoeks- of "*due diligence*" fase. Indien hem dit gevraagd wordt door de schuldenaar, kan de beoogd curator de schuldenaar ook op een iets actievere wijze bijstaan in het voorbereidingstraject. Belangrijk daarbij is echter dat de beoogd curator in de "*stille voorbereidingsfase*" die aanvangt met zijn aanwijzing, geen enkele wettelijke bevoegdheid heeft om de schuldenaar c.q. haar vermogen te binden. Dit betekent dat de beoogd curator vóór de faillietverklaring dus nog geen definitieve en bindende overeenkomst over een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming uit faillissement kan aangaan. De vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, de verkoop en de daarop volgende doorstart uit faillissement uiteindelijk doorgang kan vinden is ten tijde van de "*stille voorbereidingsfase*" nog afhankelijk van een aantal omstandigheden die buiten de wil van de schuldenaar en de potentiële koper/overnamepartij liggen:

- De rechtbank dient nog te besluiten op de aanvraag van het faillissement en zou tot de conclusie kunnen komen dat niet is voldaan aan de voorwaarde om die aanvraag toe te wijzen (artikel 1, eerste lid, Fw); er zijn financiële problemen, maar de schuldenaar bevindt zich nog

niet in een toestand dat hij is opgehouden te betalen en er zijn voor de schuldenaar alternatieven om zijn onderneming te reorganiseren en zijn financiële problemen buiten faillissement op te lossen.

- De rechtbank zou ten tijde van de faillietverklaring tot het oordeel kunnen komen dat sprake is van gewijzigde omstandigheden en van daaruit voortvloeiende redenen om van de eerdere aanwijzing af te wijken en zou uiteindelijk niet de eerder als beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aangewezen personen, maar anderen als respectievelijk curator en rechter-commissaris in het faillissement kunnen benoemen (artikel 14a).
- Na de faillietverklaring zouden zich nog omstandigheden voor kunnen doen die ertoe leiden dat de curator (of dit nu wel of niet de persoon is die ook al als beoogd curator was aangewezen) zich niet (meer) kan verenigen met het door de schuldenaar bereikte onderhandelingsresultaat; er melden zich bijvoorbeeld andere zeer serieus geïnteresseerden die voor de overname van de bedrijfsonderdelen een hogere prijs willen betalen.

Het wordt dus pas na de faillietverklaring definitief duidelijk of de overgang zal plaatsvinden en onder welke voorwaarden dat zal gebeuren, zodat de artikelen 7:662 tot en met 665 en artikel 7:670, lid 8, BW niet van toepassing zijn.

6. Gevolgen voor het bedrijfsleven en nalevingskosten

Wanneer een schuldenaar bij de rechtbank een verzoek indient tot aanwijzing van een beoogd curator, zal hij de rechtbank in het kader van dat verzoek informatie moeten verschaffen over – kort gezegd – de (financiële) situatie waarin zijn onderneming zich bevindt. De schuldenaar zal daartoe ook bepaalde stukken moeten overleggen (zie hierover meer in de toelichting bij artikel 363, eerste en tweede lid). Wordt het verzoek van de schuldenaar ingewilligd, dan zal de schuldenaar vervolgens de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen dienen te verschaffen die de beoogd curator nodig heeft in de uitoefening van zijn taak in de “*stille voorbereidingsfase*” van het eventuele faillissement. Het betreft hier dus informatieverplichtingen die slechts ontstaan wanneer ondernemers er zelf voor kiezen om de rechtbank, de eventueel toekomstige curator en rechter-commissaris bij de voorbereiding van een mogelijk aankomend faillissement te betrekken. Overigens geldt dat het ook in het belang van de schuldenaar zelf is dat hij de rechtbank en de beoogd curator deze informatie verschaft. Alleen dan immers kan het resultaat dat hij met het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator nastreeft, worden bereikt; de voorbereiding van het mogelijk aankomend faillissement en, indien aan de orde, de vergroting van de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming – ten behoeve van een doorstart – tegen een zo’n hoog mogelijke prijs. Voorts geldt dat wanneer het daadwerkelijk tot een faillietverklaring zou komen, de schuldenaar op basis van de huidige Faillissementswet in het faillissement reeds verplicht zou zijn deze informatie aan de curator te verschaffen (artikel 105 Fw). Om die reden kunnen deze informatieverplichtingen niet gezien worden als nieuwe inhoudelijke nalevingskosten.

Wat betreft de werklast voor de rechtelijke macht moet het volgende opgemerkt worden. Het wetsvoorstel is deels een codificatie van de huidige praktijk bij acht van de elf rechtbanken, waarbij de rechtbank reeds voorafgaand aan een faillietverklaring vooral via een rechter-

commissaris betrokken is bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement van een onderneming, en indien aan de orde, de voorbereiding van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen. In die zin geeft het wetsvoorstel slechts een grondslag aan een bestaande praktijk. Bovendien betekent deze aanpak deels een verschuiving van toezichthoudende werkzaamheden van de rechter-commissaris naar een eerder tijdstip. Doordat de rechter-commissaris al voor de faillietverklaring heeft kunnen meekijken, zal hij wanneer het daadwerkelijk tot een faillissement komt een informatievoorsprong hebben. Dit zal een kostenbesparend effect meebrengen in de faillissementsprocedure, waarin controle op de curator plaatsvindt en waarin de periodieke verslaglegging en de belangen en eventuele klachten en aanspraken van de schuldeisers moeten worden beoordeeld. Er is daarom slechts sprake van een beperkte taakverzwaring bij met name die gerechten die deze praktijk thans nog niet toepassen, maar straks met de invoering van de voorgestelde wettelijke regeling wel.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdeel A

Artikel 3c

In de Faillissementswet wordt een nieuw artikel 3c opgenomen. Het artikel regelt dat wanneer er in de "*stille voorbereidingsfase*" door een schuldeiser (hierna: aanvrager-schuldeiser) een faillissementsaanvraag wordt ingediend, de rechtbank de beoogd rechter-commissaris, de beoogd curator en de schuldenaar hiervan onverwijld in kennis stelt. Daarbij is van belang op te merken dat de behandeling van de faillissementsaanvraag niet wordt opgeschort. In de consultatie werd hiernaar gevraagd door de Rvdr, Insolad en de NOVA.

Zoals eerder is opgemerkt, heeft de aanwijzing van de beoogd curator tot doel om een mogelijk aanstaand faillissement in relatieve rust – dat wil zeggen voordat de hectiek losbarst – met de direct betrokkenen voor te kunnen bereiden. Oogmerk daarbij is om schade voor de schuldeisers (waaronder ook de werknemers) en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement zoveel mogelijk te beperken, onder meer door de kansen op een verkoop en daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid te vergroten (artikel 363, eerste lid). De praktijk leert dat de aanwijzing er soms ook toe kan bijdragen dat voor de financiële problemen alsnog een oplossing buiten faillissement wordt gevonden, waarmee een voortzetting van de onderneming kan worden geborgd. Dit proces kan door de faillissementsaanvraag onder druk komen te staan. De behandeling van een faillissementsaanvraag vindt in de regel plaats binnen enkele weken na de indiening van het verzoek. Een toewijzing van de faillissementsaanvraag leidt automatisch tot het einde van de "*stille voorbereidingsfase*" (artikel 366, tweede lid). Is er meer tijd nodig, dan zou de schuldenaar kunnen besluiten om contact op te nemen met de aanvrager-schuldeiser. De schuldenaar zou de aanvrager-schuldeiser kunnen inlichten over de voorbereidingen die voor het mogelijk aanstaande faillissement worden getroffen en – zoals de Rvdr in de consultatie meegaf –

hem hierbij kunnen betrekken. Dit zou ertoe kunnen leiden dat de aanvrager-schuldeiser de rechtbank verzoekt zijn faillissementsaanvraag nog even aan te houden. Het is in dit kader van belang dat de schuldenaar snel op de hoogte wordt gesteld van de faillissementsaanvraag, zodat hij ook snel actie kan ondernemen richting de aanvrager-schuldeiser.

Wordt de aanvrager-schuldeiser betrokken bij het voorbereidingstraject, dan geeft dit hem een informatievoorsprong ten opzichte van andere schuldeisers. Dit zou gezien kunnen worden als een voordeel, maar tegelijkertijd zal de beoogd curator eventuele transacties die in de "*stille voorbereidingsfase*" plaatsvinden tussen de aanvrager-schuldeiser en de schuldenaar nauwlettend volgen. De aanvrager-schuldeiser mag zijn informatievoorsprong niet misbruiken. Zo mag die er niet toe leiden dat de aanvrager-schuldeiser voor of na de faillietverklaring wordt bevoorrecht ten opzichte van de andere schuldeisers (met vorderingen van eenzelfde aard). Dit zou immers de *paritas creditorum* aantasten. De beoogd curator die in de "*stille voorbereidingsfase*" tot taak heeft de belangen van de *gezamenlijke schuldeisers* te behartigen, zal hierop toe moeten zien (artikel 364, eerste lid). Het is daarom van de belang dat niet alleen de schuldenaar op de hoogte wordt gebracht van een ingediende faillissementsaanvraag, maar ook de beoogd curator. Hetzelfde geldt voor de beoogd rechter-commissaris. Voor de beoogd rechter-commissaris is deze informatie relevant omdat hij toezicht houdt op het functioneren van de beoogd curator (artikel 365, tweede lid).

Insolad adviseerde de behandeling van de faillissementsaanvraag op te schorten en ging er daarbij vanuit dat de aanwijzing toch altijd van korte duur is, zodat het opschorten van de faillissementsaanvraag geen bezwaar zou zijn. De aanwijzing geldt in beginsel inderdaad voor een termijn van veertien dagen. In het later te bespreken artikel 363, derde lid, is echter bepaald dat die termijn op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank verlengd kan worden met een door de rechtbank te bepalen termijn. Gelet hierop is er niet voor gekozen om de behandeling van de faillissementsaanvraag automatisch op te schorten, maar om de beslissing daarover over te laten aan de aanvrager-schuldeiser. Daarbij speelt ook een rol dat een automatische opschorting van de faillissementsaanvraag met zich zou brengen dat de aanvrager-schuldeiser ingelicht zou moeten worden over de reden daarvan; dat wil zeggen dat aan hem bekend gemaakt zou moeten worden dat er sprake is van een "*stille voorbereidingsfase*". Met die bekendmaking zou direct de stilte worden doorbroken. Dit zou met name waar het voorbereidingsproces bijna is afgerond desastreuze gevolgen kunnen hebben; het met de aanwijzing van de beoogd curator beoogde resultaat zou vlak voor de eindstreep alsnog teniet kunnen gaan. Nu de faillissementsaanvraag niet wordt opgeschort en het feit dat er een "*stille voorbereidingsfase*" loopt dus ook geen effect heeft op het recht van de schuldeisers om faillissement van de schuldenaar aan te vragen of op de termijn waarbinnen een dergelijke faillissementsaanvraag door de rechtbank wordt behandeld, is er geen reden om te bepalen dat de rechtbank de aanvrager-schuldeiser moet inlichten. Of de aanvrager-schuldeiser in kennis wordt gesteld van de lopende "*stille voorbereidingsfase*", wordt nu dus overgelaten aan de schuldenaar. Zoals hiervoor beschreven, zal de schuldenaar hier reden toe hebben indien hij verwacht dat de met de "*stille voorbereidingsfase*" beoogde uitkomst niet gerealiseerd zal zijn voor de behandeling van de faillissementsaanvraag.

Onderdeel B

Artikel 5, eerste lid, Fw

Onderdeel B voorziet erin dat ook het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator komt te vallen onder de categorie verzoeken die door een advocaat moeten worden ingediend. De schuldenaar zal zich dus moeten laten bijstaan door een advocaat.⁷⁶ Dit is gerechtvaardigd (zoals ook in de consultatie werd gesteld door mr. Van Zanten en mr. Schalken), omdat van belang is dat de schuldenaar voordat hij een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator doet, wordt ingelicht over onder meer de voorwaarden waaraan dit verzoek, ingevolge artikel 363, eerste lid, moet voldoen en welke documenten daarbij dienen te worden overgelegd, wil de rechtbank over kunnen gaan tot toewijzing daarvan (zie de toelichting bij artikel 363, eerste en tweede lid).

Ook is van belang dat de schuldenaar voordat hij een dergelijk verzoek indient kennis heeft van de juridische betekenis van de aanwijzing van een beoogd curator. Zo is het belangrijk dat hij weet:

- wanneer de "*stille voorbereidingsfase*" ingaat en wanneer en hoe deze kan eindigen (artikel 366);
- wat de rol en de taken en bevoegdheden zijn van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris (zie hierover paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting en de toelichting bij de artikelen 364 en 365);
- wat er van de schuldenaar zelf wordt verwacht, waarbij hij in ieder geval gewezen zal moeten worden op de inlichtingenplicht die ingevolge artikel 364, derde lid, gedurende de "*stille voorbereidingsfase*" op hem zal rusten.

Verder is van belang dat de schuldenaar weet dat hij zelf verantwoordelijk blijft voor zijn eigen handelen: na de aanwijzing van de beoogd curator behoudt hij zelf het beheer en de beschikking over het tot de onderneming behorende vermogen. In het geval dat de schuldenaar een vennootschap is, betekent dit dus ook dat de bestuurders van die vennootschap zich er ter voorkoming van latere aansprakelijkheidsclaims zelf van moeten blijven vergewissen of de vennootschap aangegane verplichtingen zal kunnen nakomen.⁷⁷

Het ligt op de weg van de advocaat om de schuldenaar erop te wijzen dat hij na de aanwijzing van een beoogd curator in een bijzondere situatie geraakt die andere verantwoordelijkheden op hem legt. Zo zal de schuldenaar er in ieder geval op gewezen moeten worden dat wanneer zijn verzoek wordt ingewilligd hij de beoogd curator gedurende de "*stille voorbereidingsfase*" gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen zal moeten verschaffen die de beoogd curator nodig heeft in de uitoefening van zijn taken (artikel 364, derde lid).

Voorts is betrokkenheid van een advocaat ook gewenst omdat – zoals hierna in het kader van artikel 363, tweede lid, zal worden toegelicht – het verzoek goed onderbouwd zal moeten worden. Mr. Van Zanten wees er in de consultatie op dat de betrokkenheid van een advocaat hiermee in zekere zin ook als een zeef zou kunnen fungeren en kan voorkomen dat de rechtbank geconfronteerd wordt met gevallen die zich niet lenen voor aanwijzing van een beoogd curator of met verzoeken die onvoldoende onderbouwd zijn.

⁷⁶ Mr. E. Loesberg, 'Hoe gaat het met de pre-pack?', TOP 2014, 4 (309), 7 juni 2014.

Onderdelen C, D, F, G en H

Artikelen 6, eerste lid, en 215, vierde lid, Fw

Wanneer de rechtbank een faillissementsaanvraag of aangifte ontvangt, zal zij het daartoe ingediende verzoek in raadkamer behandelen (vlg. artikel 4 Fw). Is de faillietverklaring overeenkomstig artikel 1, eerste lid, Fw door één of meer schuldeisers aangevraagd, dan zullen deze door de rechtbank over de aanvraag worden gehoord. Ingevolge artikel 6, eerste lid, Fw kan de rechtbank ook de schuldenaar oproepen om hem over de faillissementsaanvraag of aangifte te horen. Naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad gebeurt dit thans in vrijwel alle gevallen.⁷⁸ In onderdeel C wordt hieraan nu toegevoegd dat wanneer voorafgaand aan de faillissementsaanvraag of aangifte sprake is geweest van een "*stille voorbereidingsfase*", de rechtbank ook de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator over de aanvraag of aangifte hoort.

In het voorontwerp was nog bepaald dat de rechtbank de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator "*in de gelegenheid diende te stellen te worden gehoord*". Hiermee werd het initiatief om al dan niet gehoord te worden, gelegd bij de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. De aangepaste formulering is strikter; de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator dienen door de rechtbank te worden oproepen teneinde te worden gehoord en niet '*slechts*' in de gelegenheid gesteld om te worden gehoord. Met deze gewijzigde formulering wordt een in de consultatie door de Rvdr gedane suggestie opgevolgd. De Rvdr adviseerde om in deze wijzigingsbepaling meer aan te sluiten bij de systematiek van artikel 73 Fw, dat het ontslag en de vervanging van de curator, alsmede de toevoeging van een medecurator tijdens faillissement regelt. In het kader van dat artikel is ook sprake van een "*kring van te horen personen*"; alvorens de rechtbank beslist over het ontslag van de curator of de toevoeging van een mede-curator hoort zij in ieder geval de curator en de rechter-commissaris (laatstgenoemde vlg. artikel 65 Fw) en eventueel de schuldenaar en, indien aan de orde, de schuldeisers die het verzoek tot ontslag van de curator hebben ingediend. Bij de behandeling van een faillissementsaanvraag of aangifte dient de rechtbank zich de vraag te stellen wie zij zal aanstellen als curator en benoemen als rechter-commissaris. Is er voorafgaand aan het faillissement sprake geweest van een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, dan zal de rechtbank bij de faillietverklaring in de regel de eerder door haar aangewezen personen aanstellen als curator en benoemen als rechter-commissaris (artikel 14a). Zoals de Rvdr in de consultatie opmerkte, kunnen er zich net als tijdens faillissement in de "*stille voorbereidingsfase*" echter bezwaren ontwikkelen tegen de beoogd curator en/of de beoogd rechter-commissaris. Het ligt daarom voor de hand om bij de behandeling van een op een "*stille voorbereidingsfase*" volgende faillissementsaanvraag of aangifte – waarbij dus ook de vraag beantwoord zal moeten worden of de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris "*kunnen aanblijven*" in het faillissement – uit te gaan van eenzelfde "*kring van te horen personen*" als in het kader van artikel 73 Fw.

In de consultatie merkte de Rvdr nog wel op dat de relevantie voor de beslissing over de faillietverklaring van de bevindingen van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris

⁷⁸ HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 196.

afneemt naarmate er meer tijd is verstreken tussen de "stille voorbereidingsfase" en de behandeling van het verzoek of de eigen aangifte. Om die reden is een onderscheid gemaakt tussen:

- de gevallen waarin *minder dan drie maanden* is verstreken tussen het einde van de "stille voorbereidingsfase" en de indiening van de faillissementsaanvraag of aangifte – de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris worden dan altijd gehoord – en
- de gevallen waarin *meer dan drie maanden* is verstreken tussen het einde van de "stille voorbereidingsfase" en de indiening van de faillissementsaanvraag of aangifte – de rechtbank kan besluiten de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris te horen, maar hoeft dat dan niet te doen.

De termijn van drie maanden werd door de Rvdr in zijn advies genoemd als een relevante tijdsperiode.

De NVvR stelde tijdens de consultatie de vraag of het, waar het gaat om een faillissementsaanvraag, de bedoeling is dat de beoogd rechter-commissaris, de beoogd curator en de schuldenaar worden gehoord in aanwezigheid van de aanvrager. Dit wordt niet voorgeschreven. Of dit in de desbetreffende situatie wenselijk is, wordt overgelaten aan de rechtbank.

Uit de eerder genoemde proeven in de praktijk blijkt, dat het ook mogelijk is dat op een "stille voorbereidingsfase" niet een faillietverklaring, maar de verlening van surseance van betaling volgt. Voor die gevallen wordt in artikel 215, vierde lid, Fw eenzelfde regeling opgenomen als in artikel 6, eerste lid, Fw; alvorens wordt beslist over het definitief verlenen van de gevraagde surseance van betaling, hoort de rechtbank de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator hierover.

Artikelen 6, vijfde lid, en 218, zevende lid, Fw

Op advies van de Rvdr wordt aan artikel 6 een nieuw vijfde lid toegevoegd waarin is bepaald dat wanneer aan een faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris vooraf is gegaan, dit in het vonnis van de faillietverklaring wordt vermeld. Dit geeft – te samen met het eindverslag dat de voormalig beoogd curator ingevolge artikel 366, derde lid, binnen zeven dagen na de faillietverklaring dient uit te brengen – op het moment van uitspreken van het faillissement de gewenste openheid naar derden.

Ook nu is de eerder genoemde opmerking van de Rvdr van belang; te weten dat de relevantie van de bevindingen van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris voor de betrokkenen bij het faillissement afneemt naarmate er meer tijd is verstreken tussen de "stille voorbereidingsfase" en de faillietverklaring. Daarom geldt dat wanneer er ten tijde van de indiening van de faillissementsaanvraag of aangifte meer dan drie maanden is verstreken sinds de intrekking van de aanwijzing (vgl. artikel 366, eerste lid) de rechtbank de "stille voorbereidingsfase" in beginsel *niet meer* in het faillissementsvonnis zal noemen. Mocht de rechtbank echter van mening zijn dat het voor derden – ondanks de inmiddels verstreken tijd – toch nog relevant kan zijn om kennis te nemen van het feit dat in het verleden sprake is geweest van een aanwijzing van een beoogd curator, dan staat het haar vrij dit wel in het faillissementsvonnis noemen. De "stille voorbereidingsfase" kan bijvoorbeeld zijn geëindigd omdat er een oplossing voor de financiële problemen leek te zijn gevonden, maar na verloop van iets

meer dan drie maanden blijkt dat de situatie toch onhoudbaar is. Zijn de omstandigheden in de tussentijd niet wezenlijk gewijzigd ten opzichte van die ten tijde van de beëindiging van de "*stille voorbereidingsfase*", dan zou de rechtbank tot de conclusie kunnen komen dat het voor de betrokkenen bij het faillissement nog steeds van belang kan zijn om te weten wat er tijdens die fase is gebeurd.

Zoals eerder is opgemerkt, zou op een "*stille voorbereidingsfase*" in plaats van een faillietverklaring ook de verlening van surseance van betaling kunnen volgen. Daarom wordt aan artikel 218, zevende lid, een zin toegevoegd waarin eenzelfde bepaling wordt opgenomen.

Artikelen 14a, 215, derde lid, en 223a, tweede lid, Fw

Is er voorafgaand aan een faillissement sprake geweest van een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, dan zal de rechtbank bij de faillietverklaring in de regel de eerder door haar aangewezen personen aanstellen als curator en benoemen als rechter-commissaris. Is er ten tijde van de faillietverklaring echter sprake van gewijzigde omstandigheden en van daaruit voortvloeiende redenen voor de rechtbank om van haar eerdere aanwijzing af te wijken, dan heeft de rechtbank de mogelijkheid om in het faillissement alsnog een ander persoon als curator aan te stellen en/of een ander lid als rechter-commissaris te benoemen. Dit uitgangspunt wordt neergelegd in een nieuw in de Faillissementswet op te nemen artikel 14a. In paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting werd al beschreven dat een volledig mislukte "*stille voorbereidingsfase*" – al dan niet gepaard gaand met een incorrecte taakuitoefening door de beoogd curator en/of een verziekte onderlinge verhouding tussen de schuldenaar en de beoogd curator – en een na de aanwijzing aan het licht gekomen schijn van belangenverstremgeling redenen kunnen zijn om een "*nieuwe*" curator en/of een "*nieuwe*" rechter-commissaris te benoemen. In de toelichting bij het voorontwerp werd een vertrouwensbreuk tussen schuldenaar en beoogd curator expliciet als voorbeeld genoemd. Hierbij moet echter worden aangetekend dat een vertrouwensbreuk zeker niet altijd aanleiding hoeft te geven tot het aanstellen van een "*nieuwe curator*". De beoogd curator treedt in de "*stille voorbereidingsfase*" tenslotte ook niet op als "*vriend*" of adviseur van de schuldenaar (zoals de curator in het faillissement dat ook niet doet jegens de failliet). Zoals is beschreven in paragraaf 3.3.3 zou een vertrouwensbreuk voor de beoogd curator aanleiding kunnen zijn om de rechtbank te verzoeken om ontheffing van zijn aanstelling als beoogd curator. Daarmee zou de "*stille voorbereidingsfase*" teneinde komen (artikel 366, eerste lid, onder a). Volgt nadien een faillietverklaring, dan staat het de rechtbank – zoals de Rvdr en ook de NOvA ook al opmerkten in de consultatie – ook dan nog steeds vrij om de voormalig beoogd curator aan te stellen tot curator: het kan immers zo zijn dat de beoogd curator (nog steeds) het meest geschikt is om het faillissement af te wikkelen. Artikel 14a biedt de rechtbank in zo een situatie de mogelijkheid een ander aan te stellen als curator, maar verplicht haar daartoe niet.

De rechtbank kan op de hoogte raken van gewijzigde omstandigheden doordat de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris of de schuldenaar de rechtbank daarvan op de hoogte stellen. Het is ook mogelijk dat een aanvrager-schuldeiser met informatie komt die de rechtbank tot de conclusie laat komen dat er sprake is van redenen om van haar eerdere aanwijzing af te wijken. Dit is een van de redenen waarom het van belang is dat alvorens op de

faillissementsaanvraag of aangifte wordt beslist, de beoogd rechter-commissaris, de beoogd curator, de schuldenaar en, indien aan de orde, de aanvrager-schuldeiser door de rechtbank worden gehoord (zie de toelichting bij de artikelen 6, eerste lid, en 215, vierde lid, Fw).

Stelt de rechtbank in het faillissement uiteindelijk niet de als beoogd curator aangewezen persoon, maar een ander aan als curator dan betekent dit – zoals de NOvA in de consultatie opmerkte – niet direct dat alle in de “*stille voorbereidingsfase*” door de beoogd curator vergaarde kennis en verrichte voorbereidingen verloren gaan. De voormalig beoogd curator laat immers een eindverslag achter waarop de “*nieuwe curator*” zich vervolgens zal kunnen baseren (artikel 366, derde lid). De “*nieuwe curator*” zal zich echter wel in het faillissement moeten inwerken en dit zal tijd kosten. Gevolg kan zijn dat de met de “*stille voorbereidingsfase*” beoogde uitkomst – een beperking van de schade voor de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen bij het faillissement – niet wordt bereikt. Gelet hierop is bepaald dat wanneer er aan een faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris vooraf is gegaan, de rechtbank in de regel bij haar eerdere aanwijzing blijft. Dat wil zeggen dat zij bij de faillietverklaring:

- de eerder als beoogd curator aangewezen persoon aanstelt als curator, en
- het eerder als beoogd rechter-commissaris aangewezen lid van haar rechtbank benoemd als rechter-commissaris.

De rechtbank zal alleen van haar eerdere aanwijzing afwijken indien sprake is van gewijzigde omstandigheden en van daaruit voortvloeiende redenen om dit te doen. In het voorontwerp werd nog gesproken over “*gewichtige redenen*”. In de consultatie bleek – naar aanleiding van een opmerking van de Rvdr – echter dat de term “*gewichtige*” overbodig was en slechts tot verwarring zou kunnen leiden. Deze term is in het wetsvoorstel daarom geschrapt.

Omdat op een “*stille voorbereidingsfase*” in plaats van een faillietverklaring ook de verlening van surseance van betaling zou kunnen volgen en het dan – eveneens om bovengenoemde redenen – wenselijk is dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris worden aangesteld als respectievelijk bewindvoerder en rechter-commissaris, wordt in artikel 215 Fw een nieuw derde lid opgenomen en aan artikel 223a Fw een nieuw tweede lid toegevoegd, waarin dit wordt geregeld.

Onderdeel E

Onderdeel E voorziet erin dat in artikel 74 Fw een lid wordt toegevoegd waarin het volgende wordt bepaald. Wanneer sprake is geweest van een “*stille voorbereidingsfase*” en de beoogd rechter-commissaris of de beoogd curator daar aanleiding toe zien, stelt de rechtbank bij de faillietverklaring een voorlopige commissie van schuldeisers in. De voorlopige commissie van schuldeisers heeft tot taak de curator te adviseren – bijvoorbeeld over de verkoop van bedrijfsonderdelen ten behoeve van een doorstart – en kan daartoe alle relevante (financiële) informatie raadplegen en de curator op elk moment vragen nadere inlichtingen te verschaffen (artikelen 76 en 77 Fw).

Met deze regeling wordt het mogelijk de schuldeisers terstond na de beëindiging van de “*stille voorbereidingsfase*” te informeren over hetgeen tijdens die fase heeft plaatsgevonden. De curator kan daarbij laten zien hoe hij – in zijn rol als beoogd curator – tijdens die fase de belangen

van de schuldeisers heeft behartigd. Ook krijgen de schuldeisers hiermee de gelegenheid om nog invloed uit te oefenen op bijvoorbeeld de besluitvorming door de curator en de rechter-commissaris over een voorbereide doorstart.⁷⁹ Gelet op de hiervoor beschreven hectiek die doorgaans volgt op de faillietverklaring en de invloed daarvan op het behoud van de waarde van de rendabele bedrijfsonderdelen en de kansen op een succesvolle doorstart, is het wel van belang dat de voorlopige commissie van schuldeisers en de curator spoedig ter vergadering samenkomen (artikel 76 Fw). Daarom moet al voor de faillietverklaring door de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris nagedacht worden over wie er in de commissie zitting zouden moeten nemen, zodat de rechtbank bij de faillietverklaring al kan beschikken over concrete informatie.

Onderdeel I

Titel IV "Buiten faillissement en surseance van betaling"

Na artikel 362 Fw wordt een nieuwe Titel IV "*Buiten faillissement en surseance van betaling*" opgenomen. Zoals opgemerkt in paragraaf 1 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting wordt er binnen het wetgevingsprogramma ook gewerkt aan een regeling die een dwangakkoord buiten faillissement mogelijk moet maken. De bedoeling is om die regeling samen met de bij dit wetsvoorstel voorgestelde regeling op te nemen in twee afzonderlijke afdelingen in de nieuwe Titel IV. De bij dit wetsvoorstel voorgestelde regeling wordt opgenomen in een nieuwe afdeling 4.1 (*Aanwijzing van een beoogd curator*). Gelet op het feit dat beide regelingen wel binnen de context van het faillissement en de surseance van betaling gezien moeten worden, maar niet binnen de context van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, is overwogen om deze regelingen na Titel II in te voegen in een nieuwe Titel IIA. De voorgestelde regeling betreffende de aanwijzing van een beoogd curator omvat echter al vijf artikelen en de verwachting is dat de regeling over het dwangakkoord buiten faillissement nog meer artikelen zal gaan omvatten. Zouden beide regelingen ingevoegd worden na Titel II, dan zou dit dus betekenen dat de artikelen in Titel III vernummerd zouden moeten worden of dat de nieuwe Titel IIA een groot aantal artikelen zou gaan omvatten met een nummer- en lettercombinatie. Omdat geen van beide opties een gewenst resultaat zou opleveren, is uiteindelijk besloten om de regelingen betreffende de aanwijzing van een beoogd curator en het dwangakkoord buiten faillissement op te nemen aan het slot van de Faillissementswet in een nieuwe Titel IV.

Ten opzichte van het voorontwerp is de volgorde van de artikelen in de nieuwe afdeling 4.1 (*Aanwijzing van een beoogd curator*) gewijzigd. Op advies van de Rvdr is gekozen voor een herschikking van de wetsartikelen. In de nieuwe indeling wordt eerst geregeld wanneer een schuldenaar om de aanwijzing van een beoogd curator kan vragen en op welke wijze dit verzoek bij de rechtbank kan worden ingediend. Ook wordt bepaald hoe de rechtbank een dergelijk verzoek in behandeling neemt en wanneer zij dit zou kunnen inwilligen, evenals welke voorwaarden zij daaraan zal (kunnen) verbinden (artikel 363). Vervolgens worden de taakomschrijving van de beoogd curator en van de beoogd rechter-commissaris besproken (artikelen 364 en 365).

⁷⁹ Zie mr. dr. R.R. Verkerk, mr. M. Windt en mr. T.L. Rozendal, *'Prepacks: transparantie en verantwoording achteraf'*, Tvl 2014/40, waarin een dergelijk voorstel werd gedaan.

Tenslotte komen het einde van de “*stille voorbereidingsfase*” en het salaris van de beoogd curator en de kosten van door hem geraadpleegde derden aan bod (artikelen 366 en 367).

Artikel 363

Artikel 363 voorziet in procedurevoorschriften waarin is bepaald wanneer een schuldenaar om de aanwijzing van een beoogd curator kan vragen en op welke wijze dit verzoek kan worden gedaan. Ook is geregeld hoe de rechtbank een dergelijk verzoek in behandeling neemt en wanneer zij dit zou kunnen inwilligen, evenals welke voorwaarden zij daaraan zal (kunnen) verbinden.

Lid 1

Het eerste lid biedt de rechtbank de mogelijkheid om op verzoek van een schuldenaar al voor een faillietverklaring in stilte aan te wijzen wie zij zal aanstellen als curator mocht het tot een faillissement komen. Ten behoeve van deze aanwijzing dient de schuldenaar een verzoek in te dienen bij de rechtbank. Ten opzichte van het voorontwerp is – in reactie op een opmerking van de NOvA tijdens de consultatie – verduidelijkt dat het verzoek ingediend moet worden bij de rechtbank die bevoegd zou zijn een op de schuldenaar betrekking hebbende faillissementsaanvraag of aangifte in behandeling te nemen.

De voorgestelde regeling geeft de schuldenaar de gelegenheid het mogelijk aanstaande faillissement – onder het toezien van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris – in relatieve rust voor te bereiden. Daarbij houdt de schuldenaar zelf het beheer en de beschikking over het tot zijn onderneming behorende vermogen. Gelet op het besloten karakter van de aanwijzing en het feit dat het initiatief bij de voorbereiding van het mogelijk aanstaande faillissement steeds bij de schuldenaar ligt, is ervoor gekozen alleen de schuldenaar (en dus geen anderen) de bevoegdheid te geven om de rechtbank te verzoeken om aanwijzing van een beoogd curator.

Eerste zin

Uit de eerste zin blijkt dat de schuldenaar bij zijn verzoek in de eerste plaats aannemelijk zal moeten maken dat sprake is van ernstige financiële problemen. Bepaald is immers dat het moet gaan om een verzoek van “*een schuldenaar die in een situatie dreigt te raken waarin hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan*”. De Rvdr en de NOvA wezen er in de consultatie op dat in het voorontwerp een verwijzing naar de financiële toestand van de schuldenaar in de wetstekst nog ontbrak, terwijl uit de toelichting bij het voorontwerp duidelijk bleek dat met het voorstel “*een grondslag werd (...) geboden om de curator bij een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming te betrekken voordat sprake is van een faillissement*”.

In de consultatie werd ten aanzien van de financiële situatie van de schuldenaar-aanvrager ook opgemerkt – door de Rvdr, de NVvR, Insolad, de NOvA, mr. van Zanten en de NVL – dat voorwaarde voor de aanwijzing van een beoogd curator door de rechtbank zou moeten zijn dat de schuldenaar aantoont dat hij in de “*stille voorbereidingsfase*” nog in staat zal zijn om de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen – waaronder het salaris van de beoogd curator en de kosten van

de door hem geraadpleegde derden, alsmede fiscale betalingsverplichtingen – te voldoen.⁸⁰ Het gekozen criterium sluit hierbij aan. Voorts wordt hiermee eveneens tot uitdrukking gebracht dat om kans te maken op een aanwijzing van een beoogd curator de financiële problemen niet van dien aard mogen zijn dat de schuldenaar in feite al in een faillissementstoestand verkeert (vgl. artikel 1, eerste lid, Fw): dat wil zeggen *“in een toestand dat hij heeft opgehouden te betalen”*. Is daarvan sprake, dan zal hij om te voorkomen dat zijn schulden nog verder oplopen onmiddellijk faillissement aan moeten vragen en is er voor een *“stille voorbereidingsfase”* geen plaats meer. Ook wanneer al sprake is van (tijdelijke) betalingsonmacht (en dus al niet meer van een dreiging daarop) – wat wil zeggen dat de schuldenaar *“voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan”* – is het voor de aanwijzing van een beoogd curator in feite te laat. Het ligt in dat geval in de rede dat de schuldenaar onmiddellijk surseance van betaling aanvraagt en vervolgens binnen die procedure en met gebruikmaking van het daarbij geboden instrumentarium probeert oplossingen te zoeken voor zijn problemen (artikel 214, eerste lid, Fw).

In lijn met de doelstelling van de reorganisatiepijler onder het programma Herijking van het faillissementsrecht, wordt met de gekozen formulering beoogd de schuldenaar te stimuleren tijdig hulp te zoeken wanneer betalingsonmacht dreigt en zich daarbij – om de schade bij schuldeisers en andere betrokkenen te zoveel mogelijk te kunnen beperken – op tijd voor te bereiden op een mogelijk aanstaand faillissement.

De Rvdr, Insolad en de NOvA hebben in de consultatie de vraag gesteld of de schuldenaar nog om een aanwijzing van een beoogd curator kan verzoeken als er jegens hem al een faillissementsaanvraag is ingediend. De Rvdr was van mening dat dit niet het geval zou moeten zijn. Insolad betoogde daarentegen dat een faillissementsaanvraag niet aan de aanwijzing van een beoogd curator in de weg hoefde te staan. Gekozen is om die laatste benadering te volgen. Wanneer een faillissementsaanvraag aanhangig is, zal dit betekenen dat de schuldenaar meerdere vorderingen (nog) niet heeft voldaan. Het hoeft dan echter nog niet zo te zijn dat de schuldenaar ook al daadwerkelijk in *“de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen”*; de voorwaarde die vervuld moet zijn, wil hij failliet verklaard worden. Met andere woorden; een faillissementsaanvraag leidt niet automatisch tot een toewijzing daarvan en daarmee dus ook niet altijd tot het uitspreken van het faillissement. Bevindt de schuldenaar zich nog in de fase die daaraan vooraf gaat – dat wil zeggen *“hij dreigt in een situatie te raken waarin hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan”* – en is ook aan de andere later te bespreken voorwaarde van artikel 363, eerste lid, voldaan, dan zou het nog steeds mogelijk moeten zijn om

⁸⁰ Onder lopende fiscale betalingsverplichtingen wordt verstaan die fiscale verplichtingen waarvan de initiële betalingstermijn (voor aangiftebelastingen voorzien in artikel 19 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en voor aanslagbelastingen geregeld in artikel 9 van de Invorderingswet 1990) nog niet is verstreken ten tijde van het intreden van de *“stille voorbereidingsfase”*. Bij nieuwe fiscale betalingsverplichtingen gaat het om die fiscale verplichtingen die eerst ontstaan na het intreden van de *“stille voorbereidingsfase”*. Vangt de *“stille voorbereidingsfase”* bijvoorbeeld aan op 29 maart 2017, dan zijn de verschuldigde omzetbelasting over het eerste kwartaal van 2017 en de loonheffingen over de maanden februari en maart 2017 aan te merken als lopende fiscale betalingsverplichtingen. Nieuwe fiscale betalingsverplichtingen zijn dan de omzetbelasting die verschuldigd wordt in het tweede kwartaal van 2017 en de loonheffingen over de maand april 2017.

een beoogd curator aan te wijzen. Zoals besproken in de toelichting op onderdeel A (introductie van een nieuw artikel 3c), ligt het in dat geval wel voor de hand dat de schuldenaar contact opneemt met de schuldeiser die de faillissementsaanvraag heeft ingediend. De schuldenaar zou de aanvrager-schuldeiser dan kunnen inlichten over de voorbereidingen die hij voornemens is te treffen voor het mogelijk aanstaande faillissement. De schuldenaar zou de aanvrager-schuldeiser hierbij dan kunnen betrekken en hem kunnen vragen de rechtbank te verzoeken de behandeling van de faillissementsaanvraag nog even aan te houden.

Tweede en derde zin

In de tweede zin is bepaald dat een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator door de rechtbank alleen kan worden ingewilligd wanneer de schuldenaar aannemelijk maakt dat een "*stille voorbereidingsfase*" – die aanvangt met de aanwijzing van een beoogd curator – in zijn specifieke situatie "*meerwaarde*" heeft. Ingevolge de derde zin is hiervan 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 (onvoorbereid) faillissement.

Tijdens de consultatie is er in meerdere reacties – waaronder in die van de Rvdr, de NVB en VNO-NCW/MKB Nederland – op gewezen dat de voorgestelde regeling er niet toe moet leiden dat ieder faillissement standaard voorafgegaan wordt door een "*stille voorbereidingsfase*". Mede gezien het gebrek aan transparantie jegens derden – in het bijzonder de schuldeisers (waaronder leveranciers en afnemers) en werknemers – in de "*stille voorbereidingsfase*" is het van belang dat de aanwijzing alleen dan plaatsvindt wanneer er sprake is van een meerwaarde. De NVB gaf in de consultatie het voorbeeld van een onderneming die, mocht het komen tot een faillietverklaring, in faillissement nog enige tijd kan worden gecontinueerd zonder dat substantieel waardeverlies ontstaat. In een dergelijk geval zou een "*klassieke doorstart*" uit faillissement – naar aanleiding van een openbaar verkoopproces met concurrentie tussen diverse potentiële overnamekandidaten – de voorkeur verdienen.

In het voorontwerp was nog bepaald dat de schuldenaar in zijn verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator aannemelijk moest maken dat:

- a) daarmee het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers gediend zou zijn, of
- b) belangen van maatschappelijke aard – zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers – hiermee gebaat zouden zijn.

De eerste grond – "*het belang van de gezamenlijke schuldeisers*" – is nader geconcretiseerd. Dit belang bestaat eruit dat het faillissement voor hen zo min mogelijk schade meebrengt. Anders gezegd is het voor de schuldeisers van belang dat er in het faillissement een zo hoog mogelijke boedelopbrengst kan worden opgebracht, zodat hun vorderingen voor een zo groot mogelijk gedeelte zullen kunnen worden voldaan. Zoals is beschreven in paragraaf 2 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting *kan* de aanwijzing van een beoogd curator hierin een bijdrage leveren. In artikel 363, eerste lid, derde zin, is in verband hiermee bepaald dat de schuldenaar

aannemelijk zal moeten maken dat “[...] *de voorbereiding* [van het faillissement] *de schade voor de betrokkenen bij het eventuele faillissement* [...] *kan beperken of de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming na de eventuele faillietverklaring tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs* [...] *vergroot* [...]”. Verder is het voor de schuldeisers vooral van betekenis dat zij erop kunnen vertrouwen dat de beoogd curator tijdens de “*stille voorbereidingsfase*” zal waken over hun belangen. Dit belang is neergelegd in de taakomschrijving van de beoogd curator die in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting al uitgebreid aan bod is gekomen (in artikel 364, eerste lid).

Wat betreft de tweede grond bleek uit verschillende reacties in de consultatie – waaronder die van de Rvdr, Insolad, NOvA, AKD advocaten en notarissen en VNO-NCW/MKB Nederland – dat deze zo gelezen kon worden dat de rechtbank bij de behandeling van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator evenveel gewicht zou moeten toekennen aan belangen van maatschappelijke aard als aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. In de genoemde reacties werd er vervolgens op gewezen dat de aanwijzing van een beoogd curator plaatsvindt vooruitlopend of met het oog op een mogelijk aanstaande faillissementsprocedure waarin deze afweging anders zou uitvallen. De faillissementsprocedure is immers primair gericht op de vereffening van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers. Volgens de bestaande jurisprudentie mag de curator bij zijn taakuitoefening in faillissement maatschappelijke belangen wel meewegen, maar dit betekent niet dat deze – waar sprake is van conflicterende belangen – voorrang zouden mogen krijgen op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.⁸¹ Omdat het niet de bedoeling was om van deze lijn af te wijken, is besloten om de tweede grond te schrappen. De belangen van maatschappelijke aard worden nu, evenals de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, meegenomen in de algemener geformuleerde toewijzingsgrond; de voorbereiding van het faillissement dient meerwaarde te hebben in de zin dat “*de voorbereiding de schade voor de betrokkenen bij het eventuele faillissement* [...] *kan beperken*”. Zo is goed voorstelbaar dat met de aanwijzing van een beoogd curator in het kader van de voorbereiding van een dreigend faillissement, voorkomen kan worden dat na de faillietverklaring de binnen een onderneming aanwezige specifieke kennis of kunde (onnodig) verdampt. Waar gesproken wordt over “*de schade voor de betrokkenen*” gaat het dan ook niet alleen om puur financiële schade maar ook om andere schadevormen en om maatschappelijke schade. De aanwijzing van een beoogd curator kan dus ook plaatsvinden wanneer de schuldenaar aantoonbaar dat de voorbereiding van een mogelijk faillissement met het oog op een doelmatige afwikkeling daarvan, belangrijk is in het kader van belangen van maatschappelijke aard. Van belang is dan echter wel dat de beoogd curator er tijdens de “*stille voorbereidingsfase*” op toe ziet dat de belangen van maatschappelijke aard niet gaan prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Lid 2

In het tweede lid is bepaald dat de rechtbank het verzoek, dat ter griffie moet worden ingediend, in raadkamer zal behandelen. Hiermee wordt aangesloten bij de praktijk betreffende de

⁸¹ HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*); HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou*); HR 19 december 2003, NJ 2004/293 (*Mobell/Interplan*) en HR 19 december 2011, NJ 2012/515 (*Prakke/Gips*).

behandeling van de faillissementsaanvraag of aangifte. Behandeling in raadkamer is ingevolge artikel 4, eerste lid, Fw de regel bij de faillissementsaanvraag of aangifte, omdat het belang van de schuldenaar zich in het algemeen tegen openbare behandeling zal verzetten. Voor de behandeling van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator geldt hetzelfde.

Voor de indiening van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator zal de schuldenaar griffierecht verschuldigd zijn. Hem zal het tarief voor zaken van onbepaalde waarde in rekening worden gebracht. Dit is thans voor natuurlijke personen € 285 en voor rechtspersonen € 613 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

De rechtbank beslist op het verzoek bij beschikking. In het voorontwerp was een bepaling opgenomen waarin werd voorgeschreven dat de beschikking niet openbaar zou worden gemaakt. De NVvR heeft hierover in de consultatie kritische opmerkingen gemaakt. Uit deze bepaling zou kunnen worden afgeleid dat de beschikking niet in het openbaar zou worden uitgesproken, hetgeen in strijd zou zijn met artikel 122 van de Grondwet. Het advies van de Adviescommissie voor burgerlijk procesrecht volgend, is besloten deze bepaling te laten vervallen. Dit betekent dat wat betreft de openbaarheid van de beschikking aangesloten wordt bij de standaard regels van het burgerlijk procesrecht en in het bijzonder bij artikel 28 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering. In het eerste lid van dat artikel is bepaald dat de beschikking in het openbaar wordt uitgesproken. In de hedendaagse praktijk betekent dit evenwel niet dat uitspraken publiekelijk worden voorgelezen; doorgaans is er in het geheel geen publieke belangstelling. Uit de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens volgt dat andere wijzen van openbaarmaking eveneens toelaatbaar zijn (vgl. EHRM 8 december 1983, 7984/77, Pretto, EHRM 8 december 1983, 8273/78, Axen en EHRM 22 februari 1984, 8209/78, Sutter). Doorgaans wordt een uitspraak uitgeroepen door de bode en wordt een afschrift van de uitspraak aan de betrokken partijen verzonden. Voorts bepaalt artikel 28, tweede lid, Rv dat de griffier in beginsel aan een ieder die dat verlangt een afschrift van vonnissen, arresten en beschikkingen verstrekt. Hij kan hiervan echter afwijken indien de verstrekking van een afschrift naar zijn oordeel geheel of gedeeltelijk dient te worden geweigerd ter bescherming van zwaarwegende belangen van anderen, waaronder die van partijen. Gelet op het belang voor de schuldenaar bij het besloten karakter van de aanwijzing, zal dit laatste vrijwel altijd het geval zijn waar het een beschikking betreft tot aanwijzing van een beoogd curator.⁸²

De rechtbank zal positief beslissen op het verzoek indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen dat voldaan is aan de voorwaarden voor de aanwijzing zoals genoemd in het eerste lid. "*Summierlijk blijken*" betekent dat de rechtbank na een kort, maar – zoals werd onderstreept door VNO-NCW/MKB in de consultatie – kritisch onderzoek moet kunnen vaststellen of voldaan is aan de voorwaarden genoemd in het eerste lid en er dus aanleiding is om tot aanwijzing van een beoogd curator over te gaan. Om de rechtbank in staat te stellen dit onderzoek te verrichten, zal de schuldenaar zijn verzoek goed moeten onderbouwen en – zoals in de consultatie door de Rvdr werd benadrukt – ook moeten voorzien van onderliggende documenten. De rechtbank wordt hiermee eveneens in staat gesteld te controleren

⁸² Zie in dit kader ook: mr. R.R. Verkerk en mr. R.A. Woutering, '*De openbaarheid van de civiele procedure*', TCR 2013/3.

of de informatie die de beoogd curator in de uitoefening van zijn taak nodig zal hebben, mocht het tot een aanwijzing komen, beschikbaar is.

Nu dit wetsvoorstel voorziet in een kaderregeling, wordt aan de rechtbanken de ruimte geboden om ten aanzien van de bij het verzoek te betrekken informatie een gezamenlijk beleid te ontwikkelen. In de consultatie heeft de Rvdr aangekondigd dat het landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling dat thans reeds periodiek de "*Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling*" vaststelt (de Recofa) hiervoor een vragenlijst zal ontwikkelen. Er wordt op dit moment door verschillende rechtbanken al gebruik gemaakt van een zodanige vragenlijst. De vragenlijst spoort de schuldenaar aan informatie over te leggen op basis waarvan de rechtbank snel inzicht kan krijgen in de financiële situatie van de onderneming en kan beoordelen of de aanwijzing meerwaarde heeft. Zo wordt de schuldenaar onder meer verzocht aan te tonen dat de administratie van de door hem gedreven onderneming zodanig is ingericht dat de rechten en verplichtingen van de onderneming snel inzichtelijk gemaakt kunnen worden. Verder wordt de schuldenaar gevraagd naar de laatste drie jaarrekeningen en of hij deze (tijdig) heeft gedeponereerd, alsmede naar een actuele verlies-en-winstrekening en een liquiditeitsprognose voor de korte termijn. Dit laatste is onder meer van belang omdat de rechtbank op basis daarvan kan vaststellen of de schuldenaar nog in staat is om lopende en nieuwe betalingsverplichtingen – waaronder het salaris van de beoogd curator en de kosten van door hem te raadplegen derden, alsmede fiscale betalingsverplichtingen – te voldoen.⁸³ De rechtbank vraagt verder of er gerechtelijke procedures lopen, of er beslag is gelegd en of de bank en eventuele andere zekerheidsgerechtigden op de hoogte zijn van de indiening van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator.

Voorts wordt de schuldenaar gevraagd aan te geven welke acties hij reeds heeft ondernomen om de financiële problemen op te lossen en of hierbij bijvoorbeeld ook de OR of een vakbond betrokken is geweest. Wordt de aanwijzing gevraagd met het oog op een mogelijke doorstart, dan dient de schuldenaar de rechtbank in te lichten over de inspanningen die in dit kader al zijn verricht; dat wil zeggen dat hem gevraagd wordt of er al een marktverkenning heeft plaatsgevonden en of er potentiële overnamekandidaten in beeld zijn. Verder vraagt de rechtbank wie – dat wil zeggen welke adviseurs en welke potentiële kopers of geïnteresseerden – er tot nu toe in dit traject betrokken zijn geweest. Zijn er al taxatierapporten opgesteld, dan wordt de schuldenaar gevraagd die over te leggen.

In de tweede zin van het tweede lid is bepaald dat de rechtbank in haar beschikking de door de schuldenaar aangedragen "*meerwaarde*" van de "*stille voorbereidingsfase*" vermeldt. Zoals opgemerkt in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting bepaalt de rechtbank hiermee het doel van de "*stille voorbereidingsfase*" en tevens het mandaat van de

⁸³ Onder lopende fiscale betalingsverplichtingen wordt verstaan die fiscale verplichtingen waarvan de initiële betalingstermijn (voor aangiftebelastingen voorzien in artikel 19 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen en voor aanslagbelastingen geregeld in artikel 9 van de Invorderingswet 1990) nog niet is verstreken ten tijde van het intreden van de "*stille voorbereidingsfase*". Bij nieuwe fiscale betalingsverplichtingen gaat het om die fiscale verplichtingen die eerst ontstaan na het intreden van de "*stille voorbereidingsfase*". Vangt de "*stille voorbereidingsfase*" bijvoorbeeld aan op 29 maart 2017, dan zijn de verschuldigde omzetbelasting over het eerste kwartaal van 2017 en de loonheffingen over de maanden februari en maart 2017 aan te merken als lopende fiscale betalingsverplichtingen. Nieuwe fiscale betalingsverplichtingen zijn dan de omzetbelasting die verschuldigd wordt in het tweede kwartaal van 2017 en de loonheffingen over de maand april 2017.

beoogd curator. De vermelde "meerwaarde" was bepalend in de beslissing van de rechtbank om de schuldenaar tot de "stille voorbereidingsfase" toe te laten. Het is echter mogelijk dat bij de beoogd curator en/of de beoogd rechter-commissaris tijdens de "stille voorbereidingsfase" – op basis van de dan beschikbare informatie – twijfel opkomt over de vraag of er nog steeds "meerwaarde" is, dan wel of die er ooit daadwerkelijk is geweest. In dat geval kunnen de beoogd curator en/of de beoogd rechter-commissaris de rechtbank vragen dit nog eens te toetsen (artikel 366, eerste lid, onderdeel a).

Voorts zijn in dit kader de artikelen II en III nog van belang. Is door het bestuur of door de feitelijk leidinggevenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming onjuiste informatie verschaft ten aanzien van de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement, en heeft dit ertoe geleid dat de schuldenaar ten onrechte is toegelaten tot de "stille voorbereidingsfase", dan kan de curator in het daarop volgende faillissement deze personen aansprakelijk stellen voor de hieruit voortvloeiende schade (vgl. artikelen 2:138 of 248 BW). Ook kan hij de rechter verzoeken de betreffende personen een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen. Dit wordt mogelijk gemaakt in de artikelen II en III.

Lid 3

Uit het derde lid volgt dat indien de rechtbank besluit het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator in te willigen, zij aan de aanwijzing een termijn verbindt van ten hoogste twee weken. Deze termijn kan vervolgens op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank worden verlengd met een door haar te bepalen termijn. Daartoe dient de schuldenaar een verzoek in te dienen bij de rechtbank. Dit zal hij moeten doen voordat de op dat moment aan de aanwijzing verbonden termijn verstrijkt.

In het voorontwerp werd het nog aan de rechtbank over gelaten om al dan niet een termijn te verbinden aan de aanwijzing en werd de bevoegdheid om die termijn – op verzoek van de schuldenaar – te verlengen gelegd bij de rechter-commissaris. De bepaling is aangepast in de zin dat het stellen van een termijn aan de aanwijzing nu hoofdregel is en dat de rechtbank beslist over een eventuele verlenging van die termijn. Aanvankelijk geldt de aanwijzing voor een termijn van ten hoogste twee weken. Hierin is het advies gevolgd van onder meer de Rvdr, AKD advocaten en notarissen en de NVL in de consultatie. Zij wezen er ook op dat door aan de aanwijzing een termijn te verbinden het risico op het onbetaald blijven van vorderingen voor (nieuwe) schuldeisers (waaronder leveranciers, afnemers en werknemers), wordt verkleind. Wel is er in afwijking van dit advies voor gekozen te bepalen dat de termijn niet één keer maar meerdere keren door de rechtbank verlengd zou kunnen worden en wel met een door de rechtbank te bepalen termijn (deze kan korter of langer dan twee weken zijn). Hiermee is tegemoet gekomen aan een opmerking die Insolad maakte in de consultatie. Insolad stelde dat het stellen van een termijn ook een prijsdrukkend effect kan hebben. Door te bepalen dat meerdere verlengingen mogelijk zijn, wordt dit risico beperkt.

Zoals in de consultatie werd voorgesteld door de Rvdr en mr. Van Zanten is in het derde lid expliciet voorgeschreven dat de rechtbank een verzoek tot verlenging van de termijn alleen dan zal kunnen toestaan wanneer nog steeds wordt voldaan aan de voorwaarden die overeenkomstig het eerste lid aan de aanwijzing worden gesteld; dat wil – in het kort – zeggen dat de aanwijzing

1) meerwaarde moet hebben en 2) het belang ten behoeve waarvan de aanwijzing plaatsvond gediend moet zijn bij een verlenging van de "stille voorbereidingsfase". Gelet op het eerder genoemde belang van beperking van het risico voor (nieuwe) schuldeisers (waaronder leveranciers, afnemers en werknemers), moet de schuldenaar ook nog steeds in staat zijn, zijn lopende en nieuwe betalingsverplichtingen te voldoen.⁸⁴ Naar mate de tijd vordert zal het steeds moeilijker worden deze toets te doorstaan. Zo zal na het verstrijken van de eerste termijn van twee weken het maandelijks terugkomende moment waarop vaste lasten – zoals de salarissen en de huur van het bedrijfspand – moeten worden voldaan snel in zicht komen en daarmee ook het risico voor schuldenaar dat hij niet langer in staat zal zijn deze betalingsverplichtingen te voldoen. Bovendien heeft de schuldenaar er met de aanwijzing van een beoogd curator een nieuwe betalingsverplichting bij gekregen; te weten het salaris van de beoogd curator.

Zoals in de consultatie werd voorgesteld door de Rvdr en Insolad, is bepaald dat de rechtbank zich alvorens zij over het verlengingsverzoek beslist, zal laten informeren door de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris.

Nu het verlengingsverzoek zo nauw met het aanvankelijke verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator samenhangt en hier ook kort op volgt, is de schuldenaar voor de indiening van dit verzoek niet nog eens griffierecht verschuldigd.

Lid 4

Ingevolge het vierde lid kan de rechtbank aan zowel de aanwijzing als aan de verlenging van de termijn waarvoor deze geldt, voorwaarden verbinden wanneer zij dit nodig acht:

- 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.

Wat betreft die laatste grond werd in paragraaf 3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting al genoemd dat de rechtbank bijvoorbeeld als voorwaarde zou kunnen stellen dat de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging – onder geheimhouding – wordt betrokken bij de "stille voorbereidingsfase". Wordt de aanwijzing verzocht ten behoeve van de voorbereiding van een mogelijke verkoop en daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen, dan zou de rechtbank voorwaarden kunnen stellen om ervoor te zorgen dat bij verkoop de beste prijs tot stand komt. Zo zou zij bijvoorbeeld van de schuldenaar kunnen verlangen dat deze binnen een bepaalde termijn aan de beoogd curator een meer gedetailleerd plan voor de redding van de rendabele bedrijfsonderdelen overlegt.

Lid 5

Zoals eerder is opgemerkt is één van de voorwaarden voor de aanwijzing dat de schuldenaar nog in staat moet zijn om de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen – waaronder het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden, alsmede fiscale betalingsverplichtingen – te voldoen (zie de toelichting bij artikel 363, eerste en tweede lid).⁸⁵

⁸⁴ Mr. M.J. Cools, 'Een doorstart in voorverpakking', FIP 2013/8.

⁸⁵ Onder lopende fiscale betalingsverplichtingen wordt verstaan die fiscale verplichtingen waarvan de initiële betalingstermijn (voor aangiftebelastingen voorzien in artikel 19 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen

Artikel 367 waarin is voorgeschreven dat de schuldenaar het salaris van de beoogd curator de kosten van door hem geraadpleegde derden dient te betalen, gaat hier ook van uit. Ingevolge artikel 363, vijfde lid, kan de rechtbank aan de aanwijzing van een beoogd curator ook de voorwaarde verbinden van zekerheidstelling voor de betaling van deze kosten.

Lid 6

In paragraaf 5 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is reeds uiteengezet dat de beslissing om een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator bij de rechtbank in te dienen op basis van de wet niet valt onder de categorie besluiten waarvoor het bestuur van een BV of een NV goedkeuring behoeft van de AVA. In het zesde lid wordt voorts bepaald dat een bepaling in de statuten die hiervan afwijkt – en waarin dus bepaald is dat voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator de goedkeuring van de AVA vereist is – nietig is.

Lid 7

In het zevende lid is bepaald dat er geen aanwijzing van een beoogd curator zal plaatsvinden wanneer het verzoek daartoe is ingediend door:

- a) een schuldenaar die een natuurlijke persoon is die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent;
- b) een bank als bedoeld in artikel 212g, eerste lid, Fw, of
- c) een verzekeraar als bedoeld in artikel 213 Fw.

Hiermee wordt – zoals in de consultatie werd gesuggereerd door de Rvdr – aangesloten bij artikel 214, vierde lid, Fw waarin voor de reikwijdte van de regeling betreffende de surseance van betaling dezelfde beperkingen zijn opgenomen.

Schuldenaren die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen zijn uitgesloten omdat de voorgestelde regeling slechts ziet op ondernemingen. Voor banken en verzekeraars gelden specifieke insolventieprocedures die zijn neergelegd in respectievelijk de afdelingen 1.11AA en 1.11B van de Faillissementswet. De bij dit wetsvoorstel voorgestelde regeling is niet geschikt om in het kader van deze insolventieprocedures te worden toegepast.

Er zijn hiernaast geen andere beperkingen van de reikwijdte van de regeling: zij is van toepassing op alle ondernemingen, ongeacht de activiteiten die zij verrichten of de rechtsvorm waarin zij worden gedreven. De regeling kan ook worden toegepast waar het een onderneming betreft die actief is in de semipublieke sector.

Lid 8

en voor aanslagbelastingen geregeld in artikel 9 van de Invorderingswet 1990) nog niet is verstreken ten tijde van het intreden van de “*stille voorbereidingsfase*”. Bij nieuwe fiscale betalingsverplichtingen gaat het om die fiscale verplichtingen die eerst ontstaan na het intreden van de “*stille voorbereidingsfase*”. Vangt de “*stille voorbereidingsfase*” bijvoorbeeld aan op 29 maart 2017, dan zijn de verschuldigde omzetbelasting over het eerste kwartaal van 2017 en de loonheffingen over de maanden februari en maart 2017 aan te merken als lopende fiscale betalingsverplichtingen. Nieuwe fiscale betalingsverplichtingen zijn dan de omzetbelasting die verschuldigd wordt in het tweede kwartaal van 2017 en de loonheffingen over de maand april 2017.

In het achtste lid is bepaald dat tegen de beslissing van de rechtbank op een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator of een verzoek tot verlenging van de termijn waarvoor die aanwijzing geldt, geen rechtsmiddel open staat. In reactie op opmerkingen van de NVvR, Insolad en de NOvA in de consultatie is in de tekst verduidelijkt dat het hier zowel de afwijzing als de toewijzing van het verzoek betreft en dat niet alleen hoger beroep is uitgesloten, maar ieder rechtsmiddel.

Artikel 364

Artikel 364 omvat een uitwerking van de rol en van de taken en bevoegdheden van de beoogd curator. Voor een meer conceptuele beschrijving hiervan wordt verwezen naar paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Lid 1

In het eerste lid wordt in gegaan op de rol en de taak van de beoogd curator.

Eerste zinsdeel

In het eerste zinsdeel is wat betreft de rol van de beoogd curator bepaald dat hij ter verwezenlijking van het doel met het oog waarop de schuldenaar om de aanwijzing heeft verzocht, wordt betrokken bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement. Dit wil zeggen dat deze bepaling gelezen moet worden in samenhang met artikel 363, eerste lid, tweede zin, en dat de betrokkenheid van de beoogd curator dus gewenst is in het kader van een door de schuldenaar ingezette voorbereiding van een mogelijk aanstaand faillissement. Daarbij is voorts van belang dat met die voorbereiding wordt beoogd de schade voor de betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement – waaronder in het bijzonder de gezamenlijke schuldeisers – te beperken en indien aan de orde, de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming na de eventuele faillietverklaring tegen een zo een hoog mogelijke prijs en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid, te vergroten.

Verder is in het tweede zinsdeel expliciet bepaald dat de beoogd curator in de "*stille voorbereidingsfase*" tot taak heeft de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Zoals in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting al werd beschreven rust vanwege het gebrek aan transparantie in de "*stille voorbereidingsfase*" op de beoogd curator bij de uitoefening van deze taak een grotere verantwoordelijkheid dan op de curator in faillissement. Doordat het voorbereidingstraject in stilte plaatsvindt, kunnen de schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement – tenzij zij hierin worden betrokken – hierbij niet zelf voor hun belangen opkomen. Zij moeten erop kunnen vertrouwen dat de beoogd curator dit tijdens de "*stille voorbereidingsfase*" voor hen doet.

In de consultatie adviseerde de Rvdr om de rol van de beoogd curator uitdrukkelijk in de wet op te nemen, teneinde de grenzen waarbinnen de beoogd curator functioneert wettelijk af te bakenen en het toetsingskader voor de beoordeling van de vraag of een beoogd curator zijn rol goed vervult een wettelijke basis te bieden. Overigens is in dit kader ook de beschikking van de rechtbank waarbij zij de beoogd curator aanwijst, relevant. Zoals is beschreven in paragraaf 3 van

het algemeen deel van de memorie van toelichting omlijnt de rechtbank het voorbereidingstraject door in haar beschikking expliciet melding te maken van de “*meerwaarde*” die de “*stille voorbereidingsfase*” volgens de schuldenaar in zijn specifieke situatie heeft. Hiermee is bij aanvang van die fase voor de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris direct duidelijk met het oog waarop het voorbereidingstraject is ingezet en bepaalt de rechtbank ook het mandaat van de beoogd curator (artikelen 363, tweede lid, 364, eerste lid, en 365, tweede lid).

De beoogd curator is dus betrokken bij de voorbereiding van het mogelijk aanstaande faillissement en, indien aan de orde, het traject waarbij op initiatief van de schuldenaar wordt gezocht naar mogelijke overnamekandidaten voor rendabele bedrijfsonderdelen. Wat die betrokkenheid concreet inhoudt is beschreven in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

In het voorontwerp was – in het daarin opgenomen artikel 365, tweede lid – nog voorzien in een bepaling op basis waarvan de schuldenaar de beoogd curator kon verzoeken zich uit te spreken over de vraag of het verrichten van bepaalde handelingen wat hem betreft acceptabel of nuttig zou zijn. Het ging er daarbij in het bijzonder om dat de beoogd curator zou kunnen aangeven hoe groot de kans zou zijn dat hij als curator in het faillissement:

- rechtshandelingen – zoals het aangaan van een noodd krediet tegen zekerheidstelling – zou vernietigen op grond van de artikelen 42 tot en met 47 Fw, dan wel
- een voor de faillietverklaring door de schuldenaar voorbereide verkoop van activa zou willen uitvoeren op basis van artikel 101 Fw.

De bepaling hield verband met de wens van schuldenaren die om de aanwijzing van een beoogd curator vragen, om in een zo vroeg mogelijk stadium zoveel mogelijk zekerheid te kunnen verkrijgen over de vraag of de voorbereidingen die zij treffen in het kader van het mogelijk aankomend faillissement ook op de instemming kunnen rekenen van de (toekomstig) curator in dat faillissement.

In de consultatie werd op deze bepaling door Rvdr, NVvR, Insolad en de NOvA, om verschillende redenen kritiek geuit. Zo werd er onder meer op gewezen dat de mogelijkheid voor de beoogd curator om dergelijke verklaringen af te geven zich moeilijk leek te verhouden met de anderszins in het voorontwerp aan de beoogd curator toebedeelde terughoudende en observerende rol. Voorts werd gesteld dat de beoogd curator zich in de “*stille voorbereidingsfase*” – vanwege het besloten karakter daarvan – uitsluitend zou kunnen baseren op informatie die door de schuldenaar is verstrekt. Hierdoor zou hij mogelijk slechts een beperkt beeld hebben van de situatie en daarmee niet in staat zijn om dergelijke verklaringen af te leggen. Ook het feit dat er veelal sprake zal zijn van een hoge tijdsdruk, zou een belemmering kunnen opwerpen.⁸⁶ Vanwege het risico op latere aansprakelijkheidsclaims zouden beoogd curatoren dergelijke verklaringen niet af willen leggen. Ook zouden beoogd curatoren zich hiermee dan in zekere zin reeds vastleggen en zij zouden hierdoor later in de taakoefening als curator in het faillissement belemmerd worden. Zouden beoogd curatoren wel bereid zijn om verklaringen af te leggen, dan zouden die verklaringen slechts leiden tot schijnzekerheid; de vraag of rechtshandelingen al dan niet vernietigd zouden moeten worden op grond van de artikelen 42 tot en met 47 Fw dan wel of de voorbereide verkoop van bedrijfsonderdelen na de faillietverklaring zal worden geëffectueerd kan

⁸⁶ Prof. mr. F.M.J. Verstijlen, ‘*Pre-packing in the Netherlands*’, NJB 2014/803.

pas in faillissement definitief worden beantwoord. In de consultatie beoordeelde alleen de NVB de hiervoor beschreven bepaling positief. Dit in verband met het eerder genoemde punt van het verkrijgen van zekerheid over de voorbereidingen die voorafgaand aan het mogelijke faillissement worden getroffen.

Naar aanleiding van de genoemde commentaren is ervoor gekozen om de bepaling zoals die was opgenomen in artikel 365, tweede lid, van het voorontwerp niet over te nemen in het wetsvoorstel. Dit roept de vraag op hoe de schuldenaar nu de door hem gewenste zekerheid zal kunnen verkrijgen. Zoals hiervoor beschreven heeft de beoogd curator in de "*stille voorbereidingsfase*" tot taak de belangen te behartigen van de gezamenlijke schuldeisers (waaronder de belangen van leveranciers, afnemers en werknemers). Dit betekent dat terwijl de schuldenaar voorbereidingen treft de beoogd curator met een kritische blik meekijkt en zich laat informeren over de gang van zaken binnen de onderneming en dat de beoogd curator de schuldenaar aanspreekt wanneer hij transacties of handelingen willen gaan verrichten die niet in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers, opdat de schuldenaar zelf zijn voorbereidingstraject bijstuurt. De schuldenaar zou hieruit kunnen opmaken dat hij "*op de goede weg*" is wanneer de beoogd curator geen bijsturende opmerkingen maakt. Maakt de beoogd curator wel dergelijke opmerkingen, dan weet de schuldenaar dat hij er goed aan doet zijn voorbereidingstraject hierop aan te passen.

Lid 2

Het tweede lid onderstreept de eerder in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting beschreven onafhankelijke positie van de beoogd curator zodat hij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (waaronder de belangen van leveranciers, afnemers en werknemers) kan behartigen. Bepaald is dat de beoogd curator – hoewel de schuldenaar zijn salaris betaalt (vgl. artikel 367) – niet gehouden is tot opvolging van instructies van de schuldenaar of van één of meerdere schuldeisers. Een andere bepaling waarin de onafhankelijke positie van de beoogd curator wordt verstevigd, is terug te vinden in artikel 363, vijfde lid. Ter voorkoming van financiële afhankelijkheid van de beoogd curator is daar bepaald dat de rechtbank ten behoeve van de betaling van het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden, aan de aanwijzing de voorwaarde van zekerheidstelling kan verbinden.

Gedurende de "*stille voorbereidingsfase*" is de beoogd curator verantwoording verschuldigd aan de beoogd rechter-commissaris (artikel 365, derde lid). Na beëindiging van de aanwijzing dient de voormalig beoogd curator binnen zeven dagen een eindverslag uit te brengen van zijn bevindingen en dit te deponeren bij de griffie. Eindigt de aanwijzing met de faillietverklaring van de schuldenaar of met de verlening van surseance van betaling aan hem, dan zal het verslag bovendien aldaar door een ieder kosteloos ingezien kunnen worden (artikel 366, derde en vierde lid). Daarmee verantwoordt de beoogd curator in feite achteraf zijn eigen handelen in de "*stille voorbereidingsfase*" aan een ieder en met name aan de schuldeisers.

Lid 3, 4 en 5

In de consultatie merkte de NOvA op dat de beoogd curator, om zijn rol in het kader van de voorbereiding van een mogelijk aanstaand faillissement en daarbij zijn taak van behartiger van de

belangen van de gezamenlijke schuldeisers goed te kunnen vervullen, dient te kunnen beschikken over alle daarvoor benodigde informatie.⁸⁷ Mede in verband hiermee is in artikel 364, derde lid, de informatieverplichting van de schuldenaar jegens de beoogd curator ten opzichte van het voorontwerp aangescherpt. Bepaald is dat de schuldenaar de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle benodigde inlichtingen dient te verschaffen. De beoogd curator is dus bevoegd om bij de schuldenaar alle informatie op te vragen die hij nodig heeft en de schuldenaar is verplicht hieraan gehoor te geven.

Ingevolge het vierde lid kan de beoogd curator, met toestemming van de schuldenaar, ook derden om informatie vragen of deskundigen vragen onderzoek te verrichten.

Gelet op het besloten karakter van de aanwijzing en het feit dat de aanwijzing geen verandering brengt in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar, is in artikel 364, vijfde lid, voorgeschreven dat de beoogd curator de verkregen informatie vertrouwelijk zal behandelen en deze alleen zal delen met derden wanneer hij daarvoor toestemming heeft gekregen van de schuldenaar.

Zoals eerder is opgemerkt in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting speelt de schuldenaar een belangrijke rol in de informatievoorziening jegens de beoogd curator. Dit veronderstelt dat er sprake is van vertrouwen tussen de beoogd curator en de schuldenaar. Is dit niet (langer) het geval – er is bijvoorbeeld gebleken dat de schuldenaar de beoogd curator niet volledig heeft geïnformeerd – dan zou dit ertoe kunnen leiden (maar dit hoeft niet) dat de beoogd curator zich terugtrekt. Het voorgestelde artikel 366, eerste lid, voorziet in de mogelijkheid van intrekking van de aanwijzing op voordracht van de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris, dan wel op verzoek van de schuldenaar.

Artikel 365

Artikel 364 omvat een uitwerking van de rol en van de taken en bevoegdheden van de beoogd rechter-commissaris. Voor een meer conceptuele beschrijving hiervan wordt verwezen naar paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting.

Lid 1

In het eerste lid is bepaald dat wanneer de rechtbank besluit een verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator te honoreren, zij tevens één van haar leden aanwijst die in geval van een faillietverklaring zal worden benoemd als rechter-commissaris. Dat ook een beoogd rechter-commissaris wordt aangewezen ligt in de rede aangezien de curator in het eventuele faillissement de failliete boedel zal beheren onder toezicht van de rechter-commissaris. Bovendien geldt voor alle onderhandse transacties – waaronder een onderhandse verkoop van bedrijfsonderdelen – die de curator in faillissement zou willen verrichten, dat hij hiervoor eerst toestemming zal moeten krijgen van de rechter-commissaris (vgl. de artikelen 101, eerste lid, en 176 Fw). Een andere reden waarom ook de betrokkenheid van de beoogd rechter-commissaris gewenst is in de “*stille voorbereidingsfase*” is dat de beoogd rechter-commissaris in die fase een toezichthoudende rol zal vervullen. Op die wijze kan – zoals in de consultatie ook werd opgemerkt door de Rvdr en de NVB

⁸⁷ Mr. J.M. Hummelen, ‘*Het verkoopproces in een pre/packaged activatransactie*’, Tvl 2015/2.

– het gebrek aan transparantie jegens derden en in het bijzonder de schuldeisers (waaronder ook de werknemers), worden ondervangen.

Lid 2 en 3

Het tweede lid omvat een omschrijving van de taak van de beoogd rechter-commissaris. In de consultatie werd onder meer door de Rvdr, de NVvR, de NOvA en de NVB geadviseerd de rol van de beoogd rechter-commissaris nader uit te werken in zowel de wet als de toelichting daarop. Besloten is om dit advies op te volgen.

In de wet wordt bepaald dat de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt op het functioneren van de beoogd curator (artikel 365, tweede lid). Zoals al werd opgemerkt in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting, kijkt de beoogd rechter-commissaris tijdens de *“stille voorbereidingsfase”* – bij wijze van compensatie van het gebrek aan transparantie voor de schuldeisers en andere betrokkenen bij de door de schuldenaar gedreven onderneming – met een kritische blik mee met het voorbereidingstraject en houdt hij toezicht op het functioneren van de beoogd curator. Doordat het voorbereidingstraject in stilte plaatsvindt, kunnen de schuldeisers – tenzij zij hierin worden betrokken – hierbij niet zelf voor hun belangen opkomen. Zij zijn hiervoor afhankelijk van het optreden van de beoogd curator. Anders dan in faillissement hebben de schuldeisers vanwege het besloten karakter van de *“stille voorbereidingsfase”* ook niet de mogelijkheid de rechter-commissaris via artikel 69 Fw te vragen in te grijpen in het beleid van de beoogd curator. De schuldeisers moeten erop kunnen vertrouwen dat de beoogd rechter-commissaris er uit zichzelf op toeziet dat de beoogd curator goed voor hun belangen opkomt (artikel 365, tweede lid).

Verder fungeert de beoogd rechter-commissaris – net als de beoogd curator – overigens ook als informant voor de rechtbank wanneer zij beslissingen moet nemen over de eventuele verlenging van de duur van de aanwijzing (artikel 363, derde lid), de intrekking van de aanwijzing (artikel 366, eerste lid) of de vervanging van de beoogd curator door een ander dan wel de toevoeging van één of meer beoogd medecuratoren (artikel 366, eerste lid).

Om de beoogd rechter-commissaris in staat te stellen zijn toezichtstaak te vervullen, is in artikel 365, derde lid, bepaald dat de beoogd curator de beoogd rechter-commissaris tussentijds verslag doet van zijn bevindingen. Ook kan de beoogd rechter-commissaris te allen tijde verschijning van de beoogd curator in persoon gelasten en is de beoogd curator verplicht alle door de beoogd rechter-commissaris gewenste inlichtingen te verschaffen. Op advies van de Rvdr is deze bepaling overgenomen uit het Voorontwerp voor een Insolventiewet uit 2007 van de Commissie Kortmann (artikel 7.2.4 van het voorontwerp).⁸⁸ In dit voorontwerp is een regeling opgenomen voor de benoeming van een stille bewindvoerder (afdeling 7.2). Hoewel met deze regeling een ander doel wordt beoogd – te weten het bieden van een mogelijkheid tot hulp en bijstand aan een schuldenaar om onder professionele begeleiding van een *“stille bewindvoerder”* orde op zaken te stellen en op deze wijze een insolventie te vermijden – is de bepaling waarin is geregeld hoe de *“stille bewindvoerder”* verantwoording dient af te leggen over zijn handelen ook zeer bruikbaar in de context van dit wetsvoorstel.

⁸⁸ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2007/11/21/voorstel-commissie-kortman-voorontwerp-insolventiewet.html>.

Artikel 366

In artikel 366 is voorgeschreven *hoe* en *wanneer* de aanwijzing – en daarmee de “*stille voorbereidingsfase*” – eindigt en wat hiervan de gevolgen zijn.

Lid 1

Ingevolge het eerste lid kan de aanwijzing van de beoogd curator voordat de daarvoor geldende termijn is verstreken worden ingetrokken door de rechtbank. In het voorontwerp werd in het daarin opgenomen artikel 364, eerste lid, nog gesproken over de “*onthefing van de beoogd curator van zijn taken*”. In de “*stille voorbereidingsfase*” heeft de beoogd curator echter vooral tot taak om – ter behartiging van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en van andere betrokkenen – het voorbereidingstraject met een kritische blik te volgen en zich alvast voor te bereiden op het mogelijk aanstaande faillissement. Insolad merkte in de consultatie op dat de gekozen terminologie daar niet goed op aansloot en adviseerde om deze te vervangen door de meer neutrale term “*intrekking van de aanwijzing*”. Naar aanleiding hiervan is de bepaling aangepast.

Voorts is bepaald dat de rechtbank de als beoogd curator aangewezen persoon ook kan vervangen door een ander (hierna: vervanging van de beoogd curator) of dat zij één of meer mede beoogd curatoren kan aanwijzen. In de consultatie werd door de Rvdr en mr. Van Zanten ten aanzien van de mogelijkheid tot verlenging van de termijn van de aanwijzing (vgl. artikel 363, derde lid) geadviseerd expliciet in de wet te bepalen dat de rechtbank een verzoek daartoe alleen zal kunnen inwilligen wanneer nog steeds is voldaan aan de voorwaarden die overeenkomstig artikel 363, eerste lid, aan de aanwijzing worden gesteld; dat wil – in het kort – zeggen dat de aanwijzing nog steeds 1) meerwaarde moet hebben en 2) de schuldenaar nog steeds in staat moet zijn om zijn lopende en nieuwe betalingsverplichtingen te voldoen. In artikel 363, derde lid, is dit advies opgevolgd en is daaraan bovendien nog toegevoegd dat de schuldenaar ook nog steeds in staat moet zijn lopende en nieuwe betalingsverplichtingen te voldoen. Besloten is om dezelfde voorwaarden te stellen ten aanzien van een verzoek tot vervanging van de beoogd curator of tot aanwijzing van één of meer mede beoogd curatoren.

Mocht een verzoek tot intrekking van de aanwijzing, tot vervanging van de beoogd curator of tot aanwijzing van één of meer mede beoogd curatoren, worden ingediend door de schuldenaar, dan is deze daarvoor geen griffierecht verschuldigd. Reden hiervoor is dat de schuldenaar al griffierecht heeft betaald bij de indiening van het aanvankelijke verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Dit latere verzoek hangt daar nauw mee samen en daarom is hiervoor niet nog eens een griffierecht verschuldigd. Schuldeisers – die niet al eens griffierecht hebben betaald – betalen wanneer zij het verzoek indienen wel griffierecht. Dit is thans voor natuurlijke personen € 285 en voor rechtspersonen € 613 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

Reden voor de intrekking van de aanwijzing of de vervanging van de beoogd curator zou kunnen zijn een vertrouwensbreuk tussen schuldenaar en beoogd curator. In de consultatie noemden mr. Van Zanten en mr. Schalken als mogelijke aanleiding voor een dergelijke vertrouwensbreuk; de schuldenaar reageert niet op “*bijsturende opmerkingen*” van de beoogd curator en blijft voornemens transacties of handelingen te verrichten die niet in het belang zijn van

de gezamenlijke schuldeisers of de schuldenaar komt zijn informatieverplichting ingevolge artikel 364, derde lid, niet na. Zoals in de consultatie werd opgemerkt door de Rvdr, de NOvA en door mr. Schreurs, moet hierbij echter worden aangetekend dat een vertrouwensbreuk zeker niet altijd aanleiding hoeft te geven tot het intrekken van de "aanwijzing". Het kan ook in voornoemde situaties juist nog steeds in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers dat de beoogd curator betrokken blijft en mee blijft kijken. In de consultatie merkte VNO-NCW/MKB Nederland terecht op dat doorslag geeft of de aanwijzing nog steeds in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers. Overigens kan een reden voor de indiening van een verzoek tot intrekking van de aanwijzing ook zijn dat de schuldenaar inmiddels buiten faillissement een oplossing heeft gevonden voor zijn financiële problemen.

De intrekking van de aanwijzing heeft – buiten het geval waarin de financiële problemen inmiddels zijn opgelost – verstrekken consequenties. Het leidt er immers toe dat de met de "stille voorbereidingsfase" beoogde uitkomst zeer waarschijnlijk niet wordt bereikt. Het is mede daarom van belang dat de rechtbank alvorens zij een beslissing neemt over het al dan niet intrekken van de aanwijzing altijd eerst de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator hierover hoort. Voorts dient de rechtbank de schuldenaar en, indien het verzoek is ingediend door een schuldeiser, de schuldeiser in de gelegenheid te stellen om te worden gehoord. Mocht het verzoek tot intrekking van de aanwijzing zijn ingegeven door de omstandigheid dat er zich tussen de beoogd curator en de schuldenaar een vertrouwensbreuk heeft voorgedaan, dan zou de hoorzitting de rechtbank de mogelijkheid kunnen bieden om de relatie tussen de beoogd curator en de schuldenaar alsnog te herstellen. Dat de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator altijd worden gehoord, houdt ook verband met hun rol in de "stille voorbereidingsfase" (zie hierover paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting en de toelichting op de artikelen 364 en 365).

Lid 2

In het tweede lid is bepaald dat de aanwijzing van rechtswege eindigt door het verstrijken van de aan de aanwijzing verbonden termijn of de faillietverklaring van de schuldenaar dan wel de verlening van voorlopige surseance van betaling aan hem. Dit laatste volgt logischerwijs uit het feit dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris vanaf dat moment in de regel respectievelijk curator dan wel bewindvoerder en rechter-commissaris in het faillissement of in de surseance zullen zijn en als zodanig de taken zullen uitoefenen die op hun rusten ingevolge de Titels I en II van de Faillissementswet. Dit is, voor wat betreft de curator en de bewindvoerder, slechts anders wanneer de rechtbank bij de faillietverklaring alsnog besluit haar eerdere aanwijzing niet op te volgen en overgaat tot het aanstellen van een "nieuwe curator" danwel een "nieuwe bewindvoerder" (zie hierover de toelichting bij onderdelen D tot en met G).

Lid 3 – 5

Belangrijk gevolg van de beëindiging van de aanwijzing betreft de verplichting van de voormalig beoogd curator om binnen zeven dagen een eindverslag uit te brengen over zijn bevindingen in de "stille voorbereidingsfase" (artikel 366, derde lid). Zoals eerder werd opgemerkt in paragraaf 4 van het algemeen deel van deze toelichting wordt hiermee achteraf aan derden en in het bijzonder aan

de schuldeisers openheid van zaken gegeven over hetgeen zich heeft afgespeeld kort voor de faillietverklaring.

In het voorontwerp was in het daarin opgenomen artikel 364, derde lid, nog bepaald dat de voormalig beoogd curator "onverwijld" verslag diende uit te brengen. In navolging van het advies van de Rvdr en van mr. Schalken in de consultatie wordt nu een concrete termijn van zeven dagen genoemd. Mocht het de voormalig beoogd curator niet lukken om zijn verslag binnen die termijn uit te brengen dan kan hij de rechtbank vragen om een verlenging van de termijn.

In de consultatie merkte de Rvdr ten aanzien van de inhoud van het verslag op dat de beoogd curator hierin in ieder geval het volgende zal moeten opnemen:

- de toestand van de onderneming zoals hij deze aantrof,
- het plan van aanpak zoals voorgesteld door de schuldenaar,
- indien sprake is geweest van (de voorbereiding van) een verkoop en doorstart van bedrijfsonderdelen kort na de faillietverklaring; het verkoopproces en de (gemotiveerde) keuze voor de overnamekandidaat.

In de consultatie heeft de Rvdr aangekondigd dat de Recofa nadere richtlijnen en/of een model voor het eindverslag zal opstellen, naar voorbeeld van de in Engeland geldende "Statement of Insolvency Practice 16".⁸⁹ Inmiddels heeft Insolad reeds het initiatief genomen om te komen tot een handleiding voor de wijze van opereren door een beoogd curator (in de vorm van praktijkregels gebaseerd op "best practices"). In deze praktijkregels wordt ook uitgebreid aandacht besteed aan de inhoud van het na afloop van de "stille voorbereidingsfase" door de voormalig beoogd curator uit te brengen eindverslag.⁹⁰ Nu de praktijk zelf al gekomen is met een nadere invulling van de verplichting voor de voormalig beoogd curator om een eindverslag uit te brengen, is het vooralsnog niet nodig dat de wetgever dit doet. Voor het geval dit in de toekomst wellicht anders is, is in het derde lid voorzien in de mogelijkheid om bij Algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen omtrent de inhoud van het verslag.

Het eindverslag dient bij de griffie te worden gedeponereerd. Aldaar zal een ieder het kosteloos kunnen inzien, maar – gelet op het besloten karakter van de aanwijzing – niet dan nadat de schuldenaar failliet is verklaard of hem surseance van betaling is verleend. Dit betekent dat wanneer de betrokkenheid van de beoogd curator eindigt omdat de schuldenaar erin is geslaagd buiten faillissement een oplossing te vinden voor zijn financiële problemen, het eindverslag niet openbaar zal worden gemaakt. Volgt binnen drie maanden echter toch nog een faillissement of een surseance van betaling, dan zal de griffie het eindverslag alsnog voor een ieder ter inzage leggen. Zoals de Rvdr in de consultatie opmerkte, neemt de relevantie voor derden van de bevindingen van de beoogd curator af naarmate er meer tijd is verstreken tussen het eind van de "stille voorbereidingsfase" en de faillietverklaring of de verlening van surseance van betaling. Daarom hoeft de griffie het eindverslag *niet* meer voor een ieder ter inzage te leggen wanneer er meer dan drie maanden is verstreken. Mocht de rechtbank echter van mening zijn dat het voor derden –

⁸⁹ <http://www.icaew.com/~media/Files/Technical/Insolvency/regulations-and-standards/sips/england/sip-16-e-and-w-pre-packaged-sales-in-administrations.pdf>.

⁹⁰ Zie de regels 9.1 – 9.4 van de praktijkregels die te vinden zijn op: <https://static.basenet.nl/cms/105928/website/praktijkregels-beoogd-curator.pdf>. Zie ook mr. 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.

ondanks de inmiddels verstreken tijd – toch nog relevant kan zijn om kennis te nemen van het eindverslag, dan *kan* zij wel besluiten dat het eindverslag alsnog ter griffie ter inzage wordt gelegd (artikel 366, vierde en vijfde lid).

Lid 6

In het zesde lid is bepaald dat tegen de beslissing van de rechtbank op een verzoek tot intrekking van de aanwijzing, tot vervanging van de beoogd curator of tot aanwijzing van één of meer mede beoogd curatoren, geen rechtsmiddel open staat. Hiermee wordt aangesloten op artikel 363, zevende lid, waarin is bepaald dat tegen de beslissing van de rechtbank op een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator of de verlenging van de termijn waarvoor die aanwijzing geldt, ook geen rechtsmiddel open staat. In de consultatie merkte de NVvR op dat deze bepaling hier nog ontbrak.

Artikel 367

Dit artikel regelt de betaling van de beoogd curator en van de derden die door hem worden ingeschakeld. Zoals eerder is opgemerkt is één van de voorwaarden voor de aanwijzing dat de schuldenaar nog in staat moet zijn om de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen, waaronder het salaris van de beoogd curator en de kosten van de door hem geraadpleegde derden, te voldoen (artikel 363, eerste en tweede lid). Artikel 367 gaat hier ook van uit.

In het voorontwerp was in het daarin opgenomen artikel 367, derde lid, nog voorgeschreven dat wanneer de schuldenaar failliet zou worden verklaard voordat het salaris van de beoogd curator en de kosten van door hem ingeschakelde derden zouden zijn voldaan, het salaris en deze kosten voldaan zouden worden als algemene faillissementskosten in de zin van artikel 182 Fw. Nu er echter bepaald is dat geen aanwijzing plaatsvindt wanneer de schuldenaar niet in staat is om deze kosten te voldoen en de rechtbank bovendien aan de aanwijzing van een beoogd curator de voorwaarde kan verbinden van zekerheidstelling voor de betaling van deze kosten, is deze bepaling overbodig geworden.

Artikelen II en III

Artikelen II, onderdeel A, en III

De artikelen II, onderdeel A, en III omvatten een regeling om te voorkomen dat de “*stille voorbereidingsfase*” oneigenlijk wordt gebruikt. In de eerste plaats zullen de artikelen 2:138 lid 1 en 248 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek worden aangepast. Bepaald wordt dat wanneer in de “*stille voorbereidingsfase*” of tijdens het daarop volgende faillissement blijkt dat de bestuurders of de feitelijk leidinggevendenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming 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 op oneigenlijke gronden te gebruiken, aangenomen wordt dat zij hun taken onbehoorlijk hebben vervuld en vermoed wordt dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hiermee wordt het eenvoudiger om de schade die het gevolg is van het oneigenlijk gebruik van de “*stille voorbereidingsfase*” te verhalen op de bestuurders of de feitelijk

leidinggevend. Voorts zal het voor de curator in het op de *“stille voorbereidingsfase”* volgende faillissement en voor het OM – na inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod – op basis van artikel 106a, eerste lid, onderdeel f, Fw mogelijk worden om de rechter te verzoeken deze personen in dat geval een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen.

Artikel II, onderdeel B

In de artikelen 2:164, lid 1, onder i en 2:274, lid 1, onder i van het Burgerlijk Wetboek zal worden bepaald dat het bestuur van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap goedkeuring van de raad van commissarissen (RvC), zo die er is, moet verkrijgen voordat zij een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator kan indienen. Op basis van voornoemde artikelen dient de RvC nu reeds goedkeuring te verlenen voor een besluit van het bestuur tot aangifte van faillissement en een aanvraag van surseance van betaling. Nu een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator slechts bij dreiging van faillissement of surseance van betaling kan worden gedaan, ligt het in de rede de RvC ook hierbij te betrekken.

Artikelen IV en V

Artikel IV betreft de gebruikelijke inwerkingtredingsbepaling. Artikel V bevat de citeertitel.

De Minister van Veiligheid en Justitie,