

Ministerie van Veiligheid en Justitie

> Retouradres Postbus 20301 2500 EH Den Haag

Aan de Koning

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Privaatrecht

Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/venj

Ons kenmerk
649902

Bijlagen
3

Datum 1 juni 2015
Onderwerp Nader rapport inzake het wetsvoorstel voor de Wet continuïteit
ondernemingen I

*Bij beantwoording de datum
en ons kenmerk vermelden.
Wilt u slechts één zaak in uw
brief behandelen.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 8 juli 2014, nr. 2014001353, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 6 oktober 2014, nr. W03.14.0221/II, bied ik U hierbij aan. Het voorstel geeft de Afdeling advisering aanleiding tot het maken van een aantal opmerkingen.

1. Opportuniteit; waarborgen

a. Inleiding

De opmerkingen van de Afdeling over het risico dat de "stille fase" voorafgaand aan het faillissement oneigenlijk zou kunnen worden gebruikt of dat in die fase partijen die een serieus overnamebod willen doen over het hoofd zouden kunnen worden gezien, hebben in de eerste plaats aanleiding gegeven om in het algemeen deel van de memorie van toelichting nader uiteen te zetten binnen welke context de "pre-pack praktijk" is ontstaan.¹ Daarbij is erop gewezen dat deze praktijk in de kern neerkomt op een aanpassing van een handelwijze die al lange tijd bestaat, namelijk van de voorbereiding van een faillissement en een eventuele doorstart uit dat faillissement. In plaats dat schuldenaar en zijn adviseurs de voorbereidingen geheel "op eigen houtje" treffen, 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.

Een doorstart van nog rendabele bedrijfsonderdelen uit faillissement komt regelmatig voor. Dit was ook al het geval voor de "pre-pack praktijk" een vaart nam en is een logisch gevolg van het feit dat bedrijfsonderdelen (evenals bijvoorbeeld de bedrijfsinventaris) behoren tot de boedelactiva. Het is de taak van de curator in het faillissement om deze boedelactiva tegen een zo hoog mogelijke prijs te gelde te maken en de opbrengst vervolgens te verdelen onder de schuldeisers (artikel 68 Fw). In de praktijk blijkt dat zowel de belangen van de gezamenlijke schuldeisers als maatschappelijk belangen (waarmee de curator ook

¹ Zie paragraaf 2 van de memorie van toelichting.

rekening zal moeten houden) er om verschillende redenen veelal bij gebaat zijn, wanneer het aanwezige boedelactief grotendeels aan één koper kan worden verkocht die daarmee een groot deel van de onderneming voortzet.²

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Privaatrecht

Wanneer een verkoop/doorstart van bedrijfsonderdelen plaatsvindt uit een regulier faillissement, zijn de risico's op een suboptimaal resultaat (met meer schade voor de betrokkenen bij het faillissement) en op misbruik van het faillissementsrecht groter dan wanneer de verkoop/doorstart voor de faillietverklaring onder het toezien van de toekomstige curator en de toekomstige rechter-commissaris door de schuldenaar is voorbereid. Dit komt omdat bij een regulier faillissement sprake is van één van de volgende twee minder gunstige scenario's:

Datum
1 juni 2015

Ons kenmerk
649902

- 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 geheel op eigen gelegenheid door het bestuur of de feitelijk leidinggevenden van de door de schuldenaar gedreven onderneming voorbereid.

In het eerst genoemde scenario geldt als complicatie dat er voor de curator 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. Deze hectiek van het faillissement kan ertoe leiden dat de onderneming vrijwel tot stilstand komt en dit heeft in de meeste gevallen een negatieve invloed op de waarde van de bedrijfsonderdelen en de kansen op een succesvolle doorstart. Bij de verkooptransactie kan door de curator slechts een lage prijs (dicht bij de liquidatiewaarde van de bedrijfsonderdelen) worden bedongen en veel werkgelegenheid gaat verloren.

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.³

² Zie paragraaf 2.1 van de memorie van toelichting.

³ Zie paragraaf 2.2 van de memorie van toelichting.

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.⁴ Mocht sprake zijn van een vooropgezet plan van het bestuur of de feitelijk leidinggevendenden 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.⁵

Schuldeisers en anderen die geraakt worden door het faillissement profiteren van de voorgestelde regeling doordat hiermee duidelijkheid wordt geboden over de figuur van de beoogd curator en diens rol, taken en bevoegdheden, alsmede over de voorwaarden voor aanwijzing van een beoogd curator en het toezicht op het functioneren van de beoogd curator. Zo is in de voorgestelde regeling verduidelijkt dat het de bedoeling is dat de beoogd curator – bij wijze van compensatie van het gebrek aan transparantie 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 van de schuldeisers en andere betrokkenen in het gedrang lijken te komen. De beoogd rechter-commissaris dient erop toe te zien dat de beoogd curator deze taak goed vervult (vgl. artikelen 364, eerste lid, 365, tweede lid). Bovendien leidt de voorgestelde regeling er ook toe dat de schuldeisers – door middel van het eindverslag van de beoogd curator (vgl. artikel 366, vierde en vijfde lid) dat ter griffie wordt gedeponneerd en daar ter inzage wordt gelegd – eerder dan nu het geval is kennis kunnen nemen van hetgeen zich heeft voorgedaan in de "*stille voorbereidingsfase*". Dat vergroot hun kans om achteraf nog invloed uit te oefenen op de besluitvorming van de curator en de rechter-commissaris omtrent een eventuele doorstart.

⁴ 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.

⁵ Zie paragraaf 2.3 van de memorie van toelichting.

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.

De memorie van toelichting is in deze zin aangevuld.

b. Waarborgen

i. Beoogd curator

- Onafhankelijkheid

Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling over de onafhankelijkheid van de beoogd curator is paragraaf 3 van het algemeen deel van de memorie van toelichting aangepast en aanzienlijk uitgebreid. Daarbij is meer duidelijkheid verschaft over 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.

Wat betreft de rol van de rechtbank wordt het volgende opgemerkt. De Afdeling heeft terecht aangenomen dat de rechtbank fungeert als "poortwachter" van de "stille voorbereidingsfase". De rechtbank beslist op het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator en bepaalt daarmee of een schuldenaar tot de "stille voorbereidingsfase" wordt toegelaten. Anders dan de Afdeling constateerde, eindigt de regierol van de rechtbank daarmee echter niet. Besluit de rechtbank de schuldenaar namelijk toe te laten tot de "stille voorbereidingsfase", dan slaat de rechtbank bij aanvang van die fase ook de piketpaaltjes en voert zij tijdens die fase regie. Dit blijkt onder meer uit het volgende.

- a) De rechtbank beslist wie beoogd curator wordt (artikel 363, eerste lid) en kan gedurende de "stille voorbereidingsfase" besluiten de beoogd curator te vervangen of één of meer beoogd medecuratoren aan te wijzen (artikel 366, eerste lid). De rechtbank bepaalt ook hoe lang de "stille voorbereidingsfase" mag duren. Zij kan de "stille voorbereidingsfase" op verzoek van de schuldenaar verlengen óf deze fase juist voortijdig beëindigen (artikelen 363, derde lid, en 366, eerste lid, onder a).
- b) 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 en die aanleiding was voor de rechtbank om de schuldenaar tot die fase toe te laten. Hiermee is bij aanvang van de "stille voorbereidingsfase" 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).
- c) Ook kan de rechtbank voorwaarden verbinden aan de toewijzing van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. De rechtbank kan dit onder meer doen ter versterking van de positie van de beoogd curator. Zo zou de rechtbank als voorwaarde kunnen stellen 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.⁶

- d) 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 de faillietverklaring uit. Daarmee komt de "stille voorbereidingsfase" van rechtswege ten einde (artikel 366, tweede lid). Vervolgens draagt de rechtbank 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 faillissement) 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).⁷

Ten aanzien van de beoogd curator merkt de Afdeling terecht op dat wil deze zijn rol goed kunnen vervullen, het van belang is dat hij onafhankelijk kan opereren en dat hij kan beschikken over de daarvoor benodigde informatie. Daarom is in de voorgestelde regeling bepaald dat – hoewel de schuldenaar zijn salaris betaalt (vgl. artikel 367) – de beoogd curator 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 oefening 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).

Het klopt dat de schuldenaar een belangrijke rol speelt in de informatievoorziening jegens de beoogd curator. Dat de beoogd curator daardoor zijn rol als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers niet goed zou vervullen omdat dit hem te zeer afhankelijk zou maken van de schuldenaar en hij hierdoor te weinig tegenwicht zou kunnen bieden aan de schuldenaar, is echter een misvatting. Wat niet vergeten moet worden, is de reden waarom de beoogd curator betrokken wordt bij het voorbereidingstraject. Het is de schuldenaar die om de aanwijzing van een beoogd curator heeft verzocht met de bedoeling om het mogelijk aanstaande faillissement en een eventuele doorstart voor te kunnen

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Privaatrecht

Datum
1 juni 2015

Ons kenmerk
649902

⁶ 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>.

⁷ Zie paragraaf 3.3.1 van de memorie van toelichting.

bereiden met de persoon die direct na de faillietverklaring het beheer van de onderneming zal overnemen, 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. 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 potentiële 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.

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 is van de schuldenaar, maar dat het uiteindelijk de schuldenaar is die afhankelijk is van de beoogd curator.⁸

Ook wat betreft het voorgaande is de memorie van toelichting aangevuld.

- *Transparantie*

In reactie op de vraag van de Afdeling of de "stille voorbereidingsfase" de beoogd curator wel voldoende gelegenheid geeft inzicht te krijgen in de onderneming en in de mogelijkheden voor een doorstart, wordt er nogmaals op gewezen dat de aanwijzing er nu juist toe leidt dat de beoogd curator de mogelijkheid krijgt om zich, voordat de hectiek losbarst, alvast op een aanstaand faillissement voor te bereiden. Hierdoor kan de beoogd curator in het faillissement beter functioneren en zal hij na de faillietverklaring direct voortvarend kunnen handelen. Bovendien krijgt de beoogd curator hiermee ook de mogelijkheid invloed uit te oefenen op de wijze waarop het faillissement door de schuldenaar wordt voorbereid.

Concreet betekent de betrokkenheid van de beoogd curator in de voorfase van het faillissement het volgende. De beoogd curator krijgt in de "stille voorbereidingsfase" de gelegenheid om – ter voorbereiding van zijn toekomstige rol als curator in het faillissement – werkzaamheden te verrichten 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

⁸ Zie paragraaf 3.3.2 van de memorie van toelichting.

stukken die bij het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator aan de rechtbank zijn overgelegd), brengt hij het personeelsbestand in kaart en analyseert hij de oorzaken en de gevolgen van de financiële problemen.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Privaatrecht

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. Zoals hierboven al is beschreven zijn in de voorgestelde regeling voorzieningen getroffen om ervoor te zorgen dat de beoogd curator bij de uitoefening van deze taken onafhankelijk kan opereren en dat hij kan beschikken over de daarvoor benodigde informatie. Ook is al opgemerkt dat de beoogd curator hierbij verder ondersteund kan worden door de rechtbank die voorwaarden kan verbinden aan de aanwijzing en daarmee het voorbereidingstraject kan voorzien van randvoorwaarden. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling is in de wetstekst onderstreept dat de rechtbank voorwaarden kan stellen a) ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel, b) ter versterking van de positie van de beoogd curator of c) ter behartiging van de belangen van de werknemers van de schuldenaar.

Datum
1 juni 2015

Ons kenmerk
649902

De voorwaarden die de rechtbank stelt, 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, voordat deze kan worden geëffectueerd.⁹ Door het stellen van deze voorwaarde bestaat het risico dat de heftiek van het faillissement alsnog enige invloed zou kunnen hebben op het succes van de doorstart en daarmee op het behoud van de waarde van en werkgelegenheid binnen de nog rendabele bedrijfsonderdelen. Toch kan het stellen van deze voorwaarde in bepaalde gevallen – vooral waar het een voorbereide doorstart met een "*gelieerde partij*"¹⁰ betreft – gerechtvaardigd zijn. Met het stellen van deze voorwaarde kan de rechtbank ervoor zorgen dat de transparantie rondom de

⁹ In het faillissement van Grafisch Centrum Vanderheym – 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 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>.

¹⁰ Prof. mr. J.J. van Hees beschrijft een doorstart met een "*gelieerde partij*" als een situatie waarin de bedrijfsonderdelen na faillissement 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.)

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.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Privaatrecht

Datum
1 juni 2015

Ons kenmerk
649902

ii. Misbruik of oneigenlijk gebruik; meerwaarde

Naar aanleiding van de vraag van de Afdeling hoe voorkomen kan worden dat de voorgestelde regeling zal leiden tot een toename van het aantal doorstarts vanwege oneigenlijke redenen wordt het volgende opgemerkt.

Zoals hierboven reeds is beschreven kan met de aanwijzing van een beoogd curator indirect 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. Dit neemt echter niet weg dat de Afdeling terecht heeft opgemerkt dat de waarborgen die in de voorgestelde regeling waren opgenomen om misbruik van de regeling te voorkomen verder konden worden aangescherpt. Gelet hierop is in de eerste plaats het "*meerwaarde-criterium*" nader ingevuld. Thans is in artikel 363, eerste lid, bepaald dat de rechtbank de schuldenaar alleen zal toelaten tot de "*stille voorbereidingsfase*" als het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator voldoet aan de in de wet opgenomen 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.

Om het risico op oneigenlijk gebruik van de regeling en misbruik van het faillissement verder in te dammen, zijn in de artikelen II, onderdeel A, en III voorts twee nieuwe bepalingen opgenomen. Deze bepalingen leiden ertoe dat in de artikelen 2:138 lid 1 en 248 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek zal worden bepaald 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 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 leidinggevendenden. Verder zal het voor de curator in het op de "*stille voorbereidingsfase*" volgende faillissement en voor het openbaar ministerie – 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.

iii Concurrentievervalsing

Naar aanleiding van de vraag van de Afdeling waarom het risico op concurrentievervalsing bij een voor de faillietverklaring voorbereide doorstart kleiner is dan bij een 'klassieke (onvoorbereide) doorstart' uit faillissement wordt aangetekend dat wanneer een doorstart na faillissement plaatsvindt, dit altijd enig concurrentievervalsing effect mee zal brengen. Dit komt omdat de nog renderende 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. Dit concurrentievervalsing effect is echter minder groot naar mate de prijs bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen beter is en minder wordt beïnvloed door de negatieve publiciteit die een faillissement altijd met zich brengt. 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 betere prijs kan worden bedongen. De Radboud Universiteit heeft onlangs in samenwerking met BDO Consultants een verkennend onderzoek 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%.¹¹ Daarmee is het concurrentievervalsing effect bij een op die wijze voorbereide doorstart niet weggenomen, maar wel beduidend kleiner dan bij een doorstart uit een regulier faillissement.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Privaatrecht

Datum
1 juni 2015

Ons kenmerk
649902

c. Analyse doorstarts

Het advies van de Afdeling om de toelichting aan te vullen met een analyse van de doorstarts die op basis van de huidige praktijk reeds hebben plaatsgevonden is opgevolgd. Begin 2015 heeft mr. J.R. Hurenkamp de resultaten gepubliceerd van een empirisch onderzoek dat hij heeft verricht naar achtenveertig faillissementen in de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 juli 2014 waarin de huidige "pre-pack praktijk" werd toegepast.¹² Het empirisch onderzoek bestond enerzijds uit een analyse van de in de desbetreffende faillissementen uitgebrachte faillissementsverslagen en anderzijds uit een analyse van interviews, afgenomen bij in totaal twintig (beoogd) curatoren, (beoogd) rechters-commissarissen en advocaten van schuldenaren die eerder hebben meegewerkt aan een "pre-pack". Voorts heeft mr. Hurenkamp in zijn boek de resultaten van zijn onderzoek afgezet tegen de relevante bepalingen in het voorontwerp voor de WCO I. De onderzoeksresultaten van mr. Hurenkamp geven mooi weer hoe en waar de voorgestelde wettelijke regeling de huidige praktijk kan ondersteunen. Het onderzoek is daarmee een waardevolle bron van informatie in het kader van dit wetsvoorstel. Daarom wordt in paragraaf 2.3 van het algemeen deel van de

¹¹ Zie 'Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelopbrengst', Het Financieel Dagblad, 7 juli 2014.

¹² 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; J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', TvI 2015/20.

memorie van toelichting bij het wetsvoorstel expliciet naar de resultaten van het onderzoek verwezen.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Privaatrecht

2. Toezicht van de raad van commissarissen

In navolging van de opmerking van de Afdeling dat de Raad van Commissarissen (RvC) betrokken zou moeten worden bij de indiening van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator, is aan de voorgestelde regeling een nieuw artikel II, onderdeel B, toegevoegd. Hierin is bepaald dat de artikelen 2:164, lid 1, onder i en 2:274, lid 1, onder i van het Burgerlijk Wetboek zullen worden gewijzigd, opdat het bestuur van een naamloze vennootschap of een besloten vennootschap goedkeuring van de RvC, zo die er is, moet verkrijgen voordat zij een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator kan indienen.

Datum
1 juni 2015

Ons kenmerk
649902

3. Wettelijke regeling van normen die meerwaarde bepalen

De opmerkingen van de Afdeling ten aanzien van het "*meerwaarde-criterium*", hebben aanleiding gegeven dit criterium nader in te vullen. Voorst is ook artikel 363, tweede lid, aangepast. Hierin wordt nu bepaald dat de rechtbank in haar beslissing expliciet melding zal moeten maken van de meerwaarde die de "*stille voorbereidingsfase*" volgens de schuldenaar in zijn specifieke situatie heeft. Daarmee 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. Bovendien leidt dit ertoe dat het "*meerwaarde-criterium*" in de jurisprudentie een verdere uitwerking kan krijgen.

De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn overgenomen. Tevens is de toelichting geactualiseerd.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Veiligheid en Justitie,

G.A. van der Steur