



**INSOLAD**  
VERENIGING INSOLVENTIERECHT ADVOCATEN



Postbus 35005  
3508 AA UTRECHT  
T. 030 - 2595 566  
F. 030 - 2595 507  
E. [alicevanderschee@vbk.nl](mailto:alicevanderschee@vbk.nl)  
KvK nr. 40482067  
Bankrekeningnr. 53.79.41.290

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

Tevens per mail:

Amsterdam, 29 januari 2014

Geachte heer

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

Hoogachtend,

R.J. van Galen,  
Voorzitter INSOLAD

10:44 001

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

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

#### *Algemene opmerkingen*

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

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

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

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

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

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

#### *Artikelsgewijs commentaar*

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

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

#### **Artikel 363 [Aanwijzing beoogd curator of beoogd bewindvoerder]**

##### *Lid 1*

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

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

---

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

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

*Lid 2*

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

*Lid 3*

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

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

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

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

*Lid 4*

Geen opmerkingen.

*Lid 5*

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

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

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

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

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

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

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

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

**Lid 1**

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

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

*Lid 2*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Lid 3*

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

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

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

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

*Algemeen*

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

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

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

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



*Lid 1 en lid 2*

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

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

*Lid 3*

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

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

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

***Aanvullende opmerkingen***

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

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

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

#### Artikel 368

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

29 januari 2014

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

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

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

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

**1. Aanleiding en doel van het voorontwerp**

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

## 2. Huidige praktijk

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

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

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

### 3. Reikwijdte van de regeling

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

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

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

#### **4. Effectiviteit en misbruikgevoeligheid**

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

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

---

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

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

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



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

## 5. Overgang van een onderneming en arbeidsovereenkomsten

- 5.1 De overdracht van een onderneming in faillissement is als "koude" doorstart van de onderneming in zwang is geraakt in het eind van de jaren '80 van de vorige eeuw. Het EHVJ besliste in 1985 dat (behoudens een "opt-in" door Lidstaten) de Richtlijn EG 77/187 niet van toepassing was bij faillissementen<sup>2</sup>. Daarop heeft de Hoge Raad in 1987 beslist dat het oude artikel 1639aa BW niet van toepassing was in faillissement<sup>3</sup>. Hiermee werd de deur opengezet naar de "koude" doorstart. Een "koude" doorstart is een vóór het faillissement door de schuldenaar (en zekerheidsschuldeisers) voorbereide activatransactie waarbij zo spoedig mogelijk ná het uitspreken van het faillissement de curator de arbeidsovereenkomsten - zonder schadeloosstelling - beëindigt en de onderneming aan een in het voortraject geselecteerde gegadigde (net als bij de "pre-pack" vaak een nieuwe entiteit waarin de (aandeelhouder van de) schuldenaar mede participeert) verkoopt en overdraagt. De koper biedt vrijwel tegelijkertijd aan een selectie uit de door de curator ontslagen werknemers nieuwe arbeidsovereenkomsten aan.
- 5.2 Het is tegen die achtergrond dat het faillissement steeds meer wordt gebruikt om noodlijdende ondernemingen snel, eenvoudig en tegen lage kosten, te "bevrijden" van de lasten van een teveel aan personeel en van een onevenwichtige of ongezonde samenstelling van de personeelspopulatie. Deze praktijk stuitte op bezwaren, omdat misbruik werd gevreesd en gesignaleerd. Van misbruik is sprake wanneer - kort samengevat - de (aandeelhouder van de) schuldenaar wel alternatieven heeft om zijn onderneming te reorganiseren, maar een bedrijfsmatige keuze maakt om het faillissement hoofdzakelijk te gebruiken om zijn personeelsbestand te saneren zonder afvloeiingskosten te betalen. In verband daarmee is in 2002 een antimisbruik bepaling in de wet opgenomen (artikel 13a Fw)<sup>4</sup>

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

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

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

die overigens in de praktijk niet effectief blijkt te zijn.

- 5.3 De vraag is of de Richtlijn buiten toepassing blijft bij een doorstart die is voorbereid op de wijze als in het voorontwerp is voorzien. Een overgang van een onderneming in het kader van een *“faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie”*<sup>5</sup> is uitgezonderd van toepassing van de Richtlijn. Onder *“overgang van een onderneming”* wordt verstaan *“de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt”* (artikel 1.1 onder b Richtlijn). In artikel 6:662 BW wordt onder de overgang van een onderneming verstaan *“de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of splitsing van een economische eenheid die haar identiteit behoudt”*.
- 5.4 In het voorontwerp is voorzien dat de beoogd curator een bindende verklaring zal kunnen afleggen waarin hij verklaart onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat hij na de faillietverklaring de onderneming zal vervreemden op voet van artikel 101 Fw. Een dergelijke verklaring is - ook volgens de MvT - niet anders te duiden dan als een verklaring dat de curator de onderneming verkoopt op de bedongen voorwaarden behoudens interventie van buitenaf. De overeenkomst waarbij de onderneming van de schuldenaar wordt verkocht komt aldus materieel tot stand vóór het faillissement. Na het openen van het faillissement rest nog slechts het *“tekenen bij het kruisje”* door de curator. De rechter-commissaris heeft naar moet worden aangenomen zijn toestemming al vóór het faillissement gegeven, en deze goedkeuring wordt na het faillissement nog slechts geformaliseerd. Met deze gang van zaken wordt het formele toezicht tijdens het eigenlijke faillissement voor wat betreft de verkoop en overdracht van de onderneming vrijwel geheel uitgehold. Het is denkbaar en goed verdedigbaar dat, wanneer het zwaartepunt van en het toezicht op de transactie zozeer vóór het faillissement is gelegen als bij de *“pre-pack”* het geval is, de rechter tot de conclusie komt dat in dat geval de Richtlijn wel degelijk van toepassing is<sup>6</sup>. In de literatuur is er voorts voor gewaarschuwd dat ook het nadrukkelijke continuïteitstreven dat bij de *pre-pack* voorop staat tot gevolg kan hebben dat de Richtlijn van toepassing is<sup>7</sup>. Die waarschuwing is terecht, en al helemaal wanneer de continuïteit van de aan de doorstartende onderneming verbonden werkgelegenheid als belang is aangevoerd bij het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator.
- 5.5 Zo beschouwd roept het voorontwerp op dit punt onzekerheid op, welke onzekerheid een sterk belemmerende factor zal zijn. Kopers zullen zeker willen weten of zij wel of geen personeel van rechtswege in dienst krijgen c.q. of zij wel of niet hoofdelijk aansprakelijk worden voor de door de schuldenaar onbetaald gelaten schulden aan het personeel. Krijgen zij die zekerheid niet, dan zal ofwel in het geheel geen doorstart plaatsvinden ofwel een doorstart tegen een prijs waarin deze onzekerheid is verdisconteerd.
- 5.6 Ook het personeel wordt met een onzekere situatie geconfronteerd. Indien het personeel aanspraak maakt op de Loongarantieregeling zal het geconfronteerd kunnen worden met het antwoord dat het zijn geld moet halen bij de koper van de

---

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

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

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

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

onderneming.

## 6. Rechtsbescherming

- 6.1 In de MvT wordt opgemerkt dat de schuldeisers de bevoegdheid hebben om bezwaar tegen de doorstart te maken op grond van artikel 69 Fw. Volgt daaruit dat de weg van het derdenverzet tegen het faillissement (artikel 10 Fw) is uitgesloten?
- 6.2 De rechtbank dient op een aangifte of aanvraag tot een faillissement ambtshalve te onderzoeken of zij rechtsmacht heeft ten aanzien van de schuldenaar die aangifte van zijn faillissement doet. In het voorstel tot aanpassing van de Europese Insolventie Verordening ("EIV") is deze regel uitdrukkelijk opgenomen<sup>8</sup>. Ook dient zij ambtshalve vast te stellen of daadwerkelijk een faillissementstoestand bestaat. Wanneer de rechtbank op het enkele verzoek van de schuldenaar een beoogd curator aanwijst heeft zij op deze beoordeling in feite al een voorschot genomen<sup>9</sup>. Dit voorschot op die beoordeling kan de schijn wekken dat de rechtbank een verzet gebaseerd op het ontbreken van rechtsmacht of van een faillissementstoestand niet meer zonder vooringenomenheid kan behandelen.
- 6.3 Het faillissement behelst een verregaande ingreep in en beperking van de bevoegdheden en eigendomsrechten van de schuldenaar en van zijn schuldeisers, die een wettelijke basis móet hebben die een behoorlijke bescherming biedt aan de getroffen partijen. Aan de schuldeisers en aan andere belanghebbenden dient een behoorlijk gewaarborgde behoorlijke procesgang open te staan die voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM. Het is voor twijfel vatbaar of het voorontwerp aan die eis voldoet. Daarmee bestaat een risico, dat het faillissement dat is vooraf gegaan door de aanwijzing van een beoogd curator en met een door deze voorbereide doorstart niet erkend wordt in andere EU lidstaten (of daarbuiten) omdat het tot stand is gekomen op een wijze die strijdt met de openbare orde.

## 7. Rechtsonzekerheid

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

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

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

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

## **8. Aanbevelingen en systematiek**

- 8.1 De Commissie meent dat het voorontwerp in zijn huidige vorm moet worden ontraden. Niettemin, voor het geval de wetgever een regeling als in het voorontwerp in de Faillissementswet zou willen opnemen, doet zij de volgende aanbevelingen.
- 8.2 Het voorontwerp houdt blijkens de MvT in dat de regeling een zelfstandige kaderregeling<sup>10</sup> is, die niet verbonden is aan een aanvraag tot een faillissement (of surseance van betaling). De Commissie beveelt aan dat de benoeming van een beoogd curator wordt opgenomen in de wet als een voorlopige voorziening waarom kan worden verzocht nadat een aangifte tot faillietverklaring (of een aanvraag tot surseanceverlening) is ingediend en die voortduurt zolang de aanvraag in behandeling is. Deze systematiek wordt ook erkend in de EIV (zie preambule 16 EIV)
- 8.3 De mogelijkheid om een beoogd bewindvoerder te benoemen wordt niet gesteund door de doelen die met het voorontwerp worden beoogd; en worden ook niet gesteund door een vraag uit de praktijk. Sterker nog, de doelen die het voorontwerp beoogt te dienen zijn tegengesteld aan de doelen van de surseance van betaling. Het verdient aanbeveling om uitsluitend een beoogd curator aan te wijzen voorafgaand aan een faillissement en om deze beoogd curator bevoegdheden te geven die misbruik van het faillissement door de schuldenaar en de koper van diens onderneming) tegen gaan.
- 8.4 Bij de hierna volgende artikelsgewijze bespreking worden nadere aanbevelingen gedaan.

## **9. Artikelsgewijs commentaar**

### Artikel I

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

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

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

---

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

tot stand gekomen.

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

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

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

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

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

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

#### Artikel 363

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

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

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

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

#### Artikel 364

9.19 Dit artikel geeft geen aanleiding tot afzonderlijke inhoudelijke opmerkingen.

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

#### Artikel 365

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

#### Lid 1

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

## Lid 2

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

## Lid 2 onder a

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

## Lid 2 onder b

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



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

#### Lid 2 onder c

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

#### Lid 3

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

#### Artikel 366

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

#### Artikel 367

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

21/01/2014



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

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

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

Onze ref. /MvZ/19868301

Uw ref. Wetsvoorstel continuïteit  
ondernemingen I

**Betreft** Consultatie Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I

16 januari 2014

Geachte heer,

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

### I Achtergrond

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

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

---

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

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

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

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

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

## II Opmerkingen naar aanleiding van Wetsvoorstel en MvT

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

### Algemene opmerkingen

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

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

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

<sup>3</sup> Zie ook MvT, p. 5.

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

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

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

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

Het wetsvoorstel maakt zeer duidelijk dat de curator zich steeds moet leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren<sup>6</sup> en dat hij bij zijn handelen steeds de taak van respectievelijk de curator, danwel de bewindvoerder, als uitgangspunt neemt.<sup>7</sup> Het definiëren van een andere taak zou niet juist zijn geweest. Het wetsvoorstel voldoet ook op dit punt aan de wensen van de praktijk. Het neemt ook het bezwaar weg dat is geuit naar aanleiding van de huidige praktijk van de pre-pack, te weten dat niet duidelijk was welke belangen de aan te wijzen curator diende te behartigen waarbij gevreesd werd voor handelingen door de beoogd curator die de belangen van de crediteuren zouden schaden. Door te bepalen dat de beoogd curator zich moet leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren worden deze bezwaren ondervangen. Ook wordt duidelijk dat de beoogde curator niet uitsluitend de belangen van bijvoorbeeld de werknemers van de schuldenaar kan dienen.

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

<sup>5</sup> Zie art. I sub A en MvT, p. 13 e.v.

<sup>6</sup> MvT, p. 4.

<sup>7</sup> Art. 365 lid 1 Fw.

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

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

Het wetsvoorstel gaat er in art. 363 lid 1 sub a en b Fw vanuit dat de schuldenaar niet aannemelijk hoeft te maken dat er sprake is van een faillissementstocstand. Dat is verstandig want op deze wijze wordt voorkomen dat uitsluitend op een te laat moment gebruik kan worden gemaakt van de pre-pack omdat men moet wachten tot het echt bijna te laat is. Wel dient, teneinde misbruik te voorkomen, duidelijk te zijn dat faillissement aanstaande is en zonder aanwijzing van de beoogd curator faillissement op niet al te lange termijn te verwachten is. Overigens wordt terecht in de MvT<sup>11</sup> aangegeven dat de misbruik jurisprudentie ingeval van faillissement van toepassing blijft. Er blijft dus een rechterlijke toets mogelijk van de beslissing van de bestuurders een aanvraag in te dienen voor de aanwijzing van een beoogd curator.

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

<sup>8</sup> Zie MvT, p. 4-5 en art. 367 Fw.

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

<sup>10</sup> Zie art. 363 lid 1 Fw.

<sup>11</sup> MvT, p. 10.

openbaar faillissementsverslag pas één maand na de uitspraak van het faillissement.<sup>12</sup> Ik onderschrijf de MvT<sup>13</sup> waarin de informatievoorziening in de pre-pack wordt vergeleken met de informatievoorziening aan derden in faillissement. Derden worden op dit punt niet benadeeld door de aan een faillissement voorafgegane fase van de pre-pack. Er is dan ook voldoende tegemoet gekomen aan de wens tot transparantie. Niet geëist kan worden dat tijdens de pre-pack tot openheid van zaken wordt overgegaan omdat daarmee uiteraard de noodzakelijke vertrouwelijkheid van de procedure van de pre-pack wordt geschaad. Ook tijdens de behandeling van een faillissement vindt informatieverschaffing aan de gezamenlijke crediteuren gewoonlijk uitsluitend via de openbare verslagen plaats en niet tussentijds. Hier is dus geen verschil met de gangbare en geaccepteerde praktijk bij faillissementen.

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

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

---

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

<sup>13</sup> MvT, p. 12.

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

Van belang is voorts het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid van 29 november 2013.<sup>15</sup> Dit wetsvoorstel zal als (wellicht onbedoeld) effect kunnen hebben dat er het aantal faillissementen van werkgevers maar ook het aantal pre-pack procedures zal stijgen. Onder het huidige arbeidsrecht vinden reorganisaties van bedrijven in zwaar weer nog vaak plaats via het vragen van ontslagvergunning bij het UWV bij voorgenomen ontslag vanwege bedrijfseconomische omstandigheden. Na het verkrijgen van de ontslagvergunning volgt opzegging van de arbeidsovereenkomst zonder dat een ontslagvergoeding is verschuldigd (afgezien van de mogelijkheid van de werknemer in een kennelijk onredelijk ontslag procedure alsnog enige vergoeding te krijgen). Dit is een goed werkend reorganisatiemiddel. Uit het toelichting op het wetsvoorstel Werk en Zekerheid<sup>16</sup> blijkt dat de werkgever in zwaar weer slechts onder zeer geringe omstandigheden onder de in het wetsvoorstel geïntroduceerde "transitievergoeding" uit kan komen:

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

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

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

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

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



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

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

a) Fout in verwijzing

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

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

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

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

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

De suggestie dat de regels van art. 7:662 e.v. BW mogelijk zouden kunnen gelden moet zoveel mogelijk worden tegengegaan. Immers, indien deze bepalingen van toepassing zouden zijn dan is reorganisatie na een faillissement voorafgegaan door een pre-pack gedoemd te mislukken evenals de door de wetgever bedachte reorganisatie via surseance van betaling. Zonder een dergelijke bepaling zou de MvT<sup>21</sup> veel werknemers op het idee brengen zich te beroepen op de art. 7:662 e.v. BW. Het

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

<sup>18</sup> Art. 7:662 e.v. BW, "ovo",

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

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

<sup>21</sup> MvT, p. 25 bovenaan.

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

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

#### c) Lopende faillissementsaanvragen

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

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

#### d) Geen inspraak/rol werknemers(vertegenwoordiging)

In de MvT<sup>22</sup> is gesteld dat de beoogd curator geen adviseur is van de onderneming. Dat past ook bij zijn rol. Door deze karakterschets kan gesteld worden dat de beslissing (van het bestuur van een vennootschap) de rechtbank te vragen een beoogd curator aan te wijzen niet adviesplichtig is en de OR geen rol speelt bij deze besluitvorming. Het is voor de praktijk wenselijk dit als zodanig op te nemen in de MvT. Dit voorkomt discussies met werknemers(vertegenwoordigers) over hun mogelijke rol bij de aanvraag van de pre-pack.

---

<sup>22</sup> MvT, p. 4 en 21.

Van der Pijl<sup>23</sup> en Zaal<sup>24</sup> hebben bedenkingen geuit met betrekking tot het ontbreken werknemersvertegenwoordiging bij een pre-pack. De vraag is echter of medezeggenschap past bij de pre-pack en of de gewenste medezeggenschap voor de werknemers enig nut heeft.

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

De schuldenaar zal spoedig failliet worden verklaard, maar probeert nog een laatste maal de schade voor alle betrokkenen zoveel mogelijk te beperken. De curator zal vervolgens direct na faillietverklaring de arbeidsovereenkomsten opzeggen. Op het moment dat de pre-pack aanvangt staat dus al vast dat de werknemers hun baan zullen verliezen. Dat is niet het gevolg van de pre-pack maar van de faillissementstoestand waarin de schuldenaar zich bevindt, waarvan het intreden nog even wordt uitgesteld onder de voorwaarde dat een pre-pack wordt toegepast. Indien de werknemers iets tegen de pre-pack zouden willen ondernemen, zouden zij moeten stellen dat er sprake is van misbruik van faillissementsrecht en dat de pre-pack uitsluitend is gekozen om de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers te schaden. De werknemers hebben echter na faillissement de nodige mogelijkheden over te gaan tot het nemen van rechtsmaatregelen tegen de uitspraak van het faillissement (recht van verzet ex art. 10 Fw en beroep op art. 13a Fw<sup>25</sup>), het gegeven ontslag (recht van hoger beroep ex art. 67 lid 2 Fw) of de bestuurder (op grond van bestuurdersaansprakelijkheid).<sup>26</sup>

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

De stelling van Zaal<sup>27</sup> dat deze heersende leer ten onrechte is gebaseerd op het arrest YVC IJsselwerf<sup>28</sup> en dat er- los daarvan- geen goede argumenten zijn tegen een adviesrecht is onjuist. In zijn conclusie

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

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

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

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

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

<sup>28</sup> HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477.

vooraangaande aan het arrest heeft AG Mok<sup>29</sup> de wetgeschiedenis met betrekking tot de wijziging van art. 25 WOR in 1998 beschreven. Hieruit blijkt dat er destijds nadrukkelijk niet voor is gekozen de besluiten tot het aanvragen van faillissement of surseance van betaling toe te voegen als nieuwe categorieën aan de lijst van adviesplichtige besluiten.<sup>30</sup> Ook in het kamerdebat waarin de wijziging van art. 25 WOR werd behandeld is gebleken dat er geen kamermeerderheid aanwezig was voor het uitbreiden van het verplichte adviesrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van de eigen faillissementsaanvraag. De wetgever heeft zich dan ook nadrukkelijk uitgesproken tegen adviesrecht op dit punt.

Zaal stelt dat de minister ten onrechte heeft verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch<sup>31</sup> omdat daar niet een beroep werd gedaan op de art. 25 lid 1 sub a en e WOR, welke bepalingen volgens Zaal met zich brengen dat het besluit tot het doen van eigen faillissementsaanvraag adviesplichtig is. Echter in haar vonnis heeft de rechtbank nadrukkelijk geoordeeld dat de WOR voornamelijk de medezeggenschap van de collectiviteit van de werknemers in een grote onderneming in haar verhouding tot de werkgever regelt, terwijl de beslissing omtrent het faillissement voornamelijk de belangen van de schuldeisers op het oog heeft. De rechtbank oordeelde dat de opvatting dat de eigen aanvraag tot faillissement adviesplichtig is, met zich zou kunnen brengen dat de Ondernemingskamer zich een oordeel zou moeten vormen over het besluit van de ondernemer tot het doen van eigen aangifte en daarmee over die faillietverklaring zelf. Dit zou in strijd komen met zowel de bevoegdheid van de rechtbank op dat punt als met de bepalingen van de Faillissementswet op grond waarvan een faillissement dient te worden uitgesproken zodra de toestand van te hebben opgehouden te betalen zich voordoet in welk geval voor enige discretionaire bevoegdheid van de rechter geen ruimte is.

In zijn noot onder het arrest YVC IJsselwerf heeft Kortmann<sup>32</sup> mijns inziens dan ook terecht gesteld dat men op grond van de wetgeschiedenis en het arrest naar positief recht lijkt te kunnen aannemen dat het aanvragen van faillissement niet adviesplichtig is.

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

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

---

<sup>29</sup> Sub 3.3.4.1.

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

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

<sup>32</sup> *JOR* 2001/146.

<sup>33</sup> Art. 68 Fw.

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

#### e) Rol beoogd rechter-commissaris

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

Aan de andere kant volgt duidelijk uit de MvT dat de beoogd curator geen formele taak heeft. De taak van de beoogd rechter-commissaris wordt niet heel duidelijk omschreven. Houdt de beoogd rechter-commissaris nu ook op enige wijze toezicht op de werkzaamheden van de beoogd curator, zoals hij dat ook zou doen op de werkzaamheden van een curator ex art. 64 Fw? Dat lijkt niet te volgen uit het Wetsvoorstel. De enige rol van de beoogd rechter-commissaris is de beoogd curator van zijn taken te kunnen ontheffen<sup>34</sup> en bij faillietverklaring een andere curator aan te wijzen dan de beoogd curator. Verder bepaalt het voorgestelde art. 367 lid 2 Fw dat de beoogd rechter-commissaris van zijn zienswijze kan doen blijken ten aanzien van de in het artikel 365 lid 2 Fw bedoelde uitlatingen indien de beoogd curator of beoogd bewindvoerder daarom vraagt.

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

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

#### f) Grootste risico van de regeling: verstoring marktwerking koopprijsbepaling

Ik ben het eens met het gestelde in de MvT<sup>35</sup> waarin duidelijk wordt uitgelegd hoe het verkoopproces achteraf transparant wordt voor derden. Het risico blijft bestaan dat de beoogd curator een "slechtere" koopprijs realiseert dan hij zou hebben gerealiseerd indien hij na faillissement een (korte) inventarisatie van alle geïnteresseerde concurrenten/gedagigden zou hebben kunnen maken nadat iedereen weet van faillissement en het te koop staan van de onderneming. De kans is aanwezig dat dan andere/meerdere gedagigden aan de onderhandelingstafel verschijnen. Overigens is het naar mijn idee wel de taak van de beoogd curator om ervoor te zorgen dat hij ofwel de zekerheid heeft dat voor de aanvang van de pre-pack de markt goed is verkend ofwel hij tijdens de pre-pack op enigerlei, maar uiteraard wel zeer voorzichtige, wijze de markt alsnog verkent. Indien achteraf blijkt dat er betere kandidaten waren lijkt het mij eerder een tekortkoming van de beoogd curator dan van de wettelijke regeling die de mogelijkheid wel biedt te komen tot een goede transactie.

<sup>34</sup> Zie art. 364 Fw.

<sup>35</sup> MvT, p. 11 e.v.

Een pre-pack vindt slechts plaats indien sprake is van een faillissementssituatie. De pre-pack is te beschouwen als het aan de faillietverklaring voorafgaande proces, waarin onder aanwezigheid van de stille bewindvoerder een onderzoek wordt gedaan naar de best mogelijke verkoop. Kortom, de door Van der Pijl<sup>36</sup> geschetste situatie van het buitensluiten van de normale marktwerking, omdat alleen met de ondernemer zelf of daaraan gelieerde partijen wordt onderhandeld over een doorstart en niet met willekeurige concurrenten, is niet juist. De pre-pack zorgt er juist voor dat het onderhandelingsproces, dat anders ingeval van een faillissement wellicht ook plaatsvindt maar dan zonder de betrokkenheid van de stille bewindvoerder, en de faillissementsaanvraag zorgvuldiger worden begeleid. Hierdoor wordt de schade voor de betrokken partijen aanzienlijk minder dan zonder deze zorgvuldige voorbereiding.

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

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

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

---

<sup>36</sup> *ArbeidsRecht* 2013/38.

<sup>37</sup> Zie FD 14 november 2013 bij Corso.

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

g) Aanvraag door bestuur zonder AvA besluit en betrokkenheid RvC

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

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

h) Aansprakelijkheid beoogd curator

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

Hoewel deze toelichting ook een begrenzing en beperking van aansprakelijkheid impliceert wordt hiermee wel een lastig onderwerp aangesneden en naar mijn idee niet goed afgewikkeld. Indien de aansprakelijkheidsrisico's ten opzichte van de taak en de middelen die de beoogd curator in handen heeft te groot worden doet niemand dit werk meer en wordt dit waarschijnlijk ook niet (meer) gedekt door de verzekeraars. Hoewel gelukkig in de MvT wel is opgenomen dat terughoudendheid moet worden betracht gaat dit mijns inziens nog steeds te ver. Dit zal ertoe leiden dat een beoogd curator niets meer zal verklaren teneinde mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen en dan verliest de regeling een deel van haar kracht. Hij kan mijns inziens ook niet worden gehouden aan al zijn verklaringen indien hij niet volledig is geïnformeerd. In de MvT<sup>38</sup> is wel gesteld dat hij op verklaringen kan terugkomen indien hij niet over adequate informatie beschikte maar die aansprakelijkheid lijkt te blijven bestaan. In deze fase waarin bestuur nog gewoon verantwoordelijk is en ook geadviseerd kan worden door externe adviseurs (advocaat) dient het bestuur niet overal een keurmerk te kunnen vragen/krijgen van de beoogd curator die daarna vervolgens persoonlijk aansprakelijk is te houden door de schuldenaar dan wel derden. Overigens is de vindplaats van het arrest van HR 16 december 2011 onvolledig, dit moet zijn NJ 2012/515.

---

<sup>38</sup> MvT, p. 27.

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

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

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

#### i) Positie banken

Zoals hiervoor al gesteld<sup>39</sup> is het goed dat niet de banken de pre-pack kunnen aanvragen. Een harmonieuze relatie met de financier is een vereiste voor het welslagen van een pre-pack. Nu is in de praktijk niet duidelijk of het aanvragen van de pre-pack wel of niet grond is voor opzegging kredietovereenkomst. De MvT zou moeten bepalen dat het indienen van een verzoekschrift tot het aanwijzen van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder geen grond is voor opzegging. Zou dat wel zo zijn dan komt de pre-pack niet van de grond en gaan schuldenaar en bank niet gezamenlijk het traject in. Dan kan de schuldenaar de pre-pack ook met de bank voor bespreken. Vaak is de bank de grootste belanghebbende.

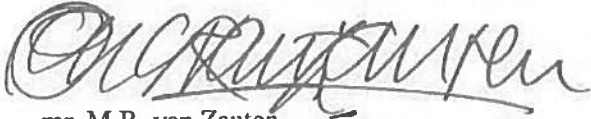
*Advies: in MvT bij 363 Fw opnemen dat de aanvraag van de pre-pack niet in kredietdocumentatie kan worden beschouwd als een grond voor opzegging financiering. Er is ook geen wijziging in beschikking en beheer van de schuldenaar en er is ook nog geen faillissementsaanvraag. Of opnemen dat de bepaling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

---

<sup>39</sup> Op p. 4.



Hoogachtend,



mr. M.R. van Zanten

Advocaat

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

## Aan het werk met de pre-pack!

47

Tijdens het Nationaal *ArbeidsRecht* Diner 2013<sup>2</sup> is gesproken over de pre-pack, die in de praktijk inmiddels veel wordt gebruikt bij het realiseren van een doorstart na faillissement. Veel aanwezigen hadden bedenkingen over de pre-pack.<sup>3</sup> Er was een enkel postief geluid te beluisteren. In deze bijdrage wordt ingegaan op de bedenkingen, maar ook op de voordelen van de pre-pack gezien door een curator en dus vanuit het perspectief van het insolventierecht.

### De pre-pack, wanneer en waarom?

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

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

### (Arbeidsrechtelijke) bedenkingen

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

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

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

### Ontbreken van een wettelijke regeling en gebrek aan transparantie

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

<sup>1</sup> Mr. M.R. van Zanten is advocaat bij CMS te Amsterdam.

<sup>2</sup> 'Arbeidsrecht en Insolventie. We zullen doorgaan', 26 juni 2013.

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

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

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

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

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

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

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

#### Wettelijke regeling

Naar verwachting zal een wettelijke regeling van de pre-pack niet lang meer op zich laten wachten. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft bij brief van 26 november 2012<sup>10</sup> het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' aangekondigd. De bedoeling hiervan is onder meer het reorganiserend vermogen van bedrijven te versterken. Bij brief van 26 juni 2013<sup>11</sup> heeft de minister de Tweede Kamer geïnformeerd over de voortgang van het programma. Er wordt gewerkt aan een wetsvoorstel waarmee de minister beoogt een grondslag in de wet te bieden voor de pre-pack. Met de pre-pack kan volgens de minister een bijdrage worden geleverd aan het behoud van werkgelegenheid. Ter bevordering van de rechtszekerheid is het volgens hem wenselijk de Nederlandse variant van de pre-pack een expliciete wettelijke grondslag te bieden. De minister benadrukt de wens om te komen tot een regeling die voldoende flexibel is, zodat de bestaande praktijk waarin inmiddels goede ervaringen zijn opgedaan – wordt ondersteund en niet wordt belemmerd. Het voorontwerp van deze wettelijke regeling wordt in het najaar in consultatie gegeven. De wetgever hoeft bij het vormgeven van de wettelijke regeling niet vanaf nul te beginnen; de rechterlijke macht heeft buitengewoon bruikbaar voorwerk gedaan, dat als inspiratiebron kan dienen.

#### Transparantie

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

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

#### Kosten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Ontbreken van de normale marktwerking bij het verkoopproces

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

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

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

### Toepasselijkheid regels betreffende overgang van onderneming

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

### Medezeggenschap bij de pre-pack

Van der Pijl<sup>15</sup> en Zaal<sup>16</sup> hebben bedenkingen geuit met betrekking tot het ontbreken van werknemersvertegenwoordiging bij een pre-pack. De vraag is echter of medezeggenschap past bij de pre-pack en of de gewenste medezeggenschap voor de werknemers enig nut heeft.

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

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

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

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

De schuldenaar zal spoedig failliet worden verklaard, maar probeert nog een laatste maal de schade zo veel mogelijk te beperken. De curator zal vervolgens de arbeidsovereenkomsten opzeggen. Op het moment dat de pre-pack aanvangt staat dus al vast dat de werknemers hun baan zullen verliezen. Dat is niet het gevolg van de pre-pack maar van de faillissementstoestand waarin de schuldenaar zich bevindt, waarvan het intreden nog even wordt uitgesteld onder de voorwaarde dat een pre-pack wordt toegepast. Indien de werknemers iets tegen de pre-pack zouden willen ondernemen, zouden zij moeten stellen dat er sprake is van misbruik van faillissementsrecht en dat de pre-pack uitsluitend is gekozen om de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers te schaden. De werknemers hebben na faillissement de nodige mogelijkheden over te gaan tot het nemen van rechtsmaatregelen tegen de uitspraak van het faillissement (recht van verzet ex art. 10 Fw en beroep op art. 13a Fw<sup>17</sup>), het gegeven ontslag (recht van hoger beroep ex art. 67 lid 2 Fw) of de bestuurder (op grond van bestuurdersaanprakelijkheid).<sup>18</sup>

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

De stelling van Zaal<sup>19</sup> dat deze heersende leer ten onrechte is gebaseerd op het arrest *YVC IJsselwerf*<sup>20</sup> en dat er – los daarvan – geen goede argumenten zijn tegen een adviesrecht is onjuist. In zijn conclusie voorafgaande aan het arrest heeft A-G Mok<sup>21</sup> de wetsgeschiedenis met betrekking tot de wijziging van art. 25 WOR in 1998 beschreven. Hieruit blijkt dat er nadrukkelijk niet voor is gekozen de besluiten tot het aanvragen van faillissement of surseance van be-

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

Zaal stelt dat de minister ten onrechte heeft verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch<sup>23</sup> omdat daar niet een beroep werd gedaan op art. 25 lid 1 onder a en e WOR, welke bepalingen volgens Zaal met zich brengen dat het besluit tot het doen van eigen faillissementsaanvraag adviesplichtig is. Echter in haar vonnis heeft de rechtbank nadrukkelijk geoordeeld dat de WOR voornamelijk de medezeggenschap van de collectiviteit van de werknemers in een grote onderneming in haar verhouding tot de werkgever regelt, terwijl de beslissing omtrent het faillissement voornamelijk de belangen van de schuldeisers op het oog heeft. De rechtbank oordeelde dat de opvatting dat de eigen aanvraag tot faillissement adviesplichtig is, met zich zou kunnen brengen dat de Ondernemingskamer zich een oordeel zou moeten vormen over het besluit van de ondernemer tot het doen van eigen aangifte en daarmee over die faillietverklaring zelf. Dit zou in strijd komen met zowel de bevoegdheid van de rechtbank op dat punt als met de bepalingen van de Faillissementswet op grond waarvan een faillissement dient te worden uitgesproken zodra de toestand van te hebben opgehouden te betalen zich voordoet in welk geval voor enige discretionaire bevoegdheid van de rechter geen ruimte is.

In zijn noot onder het arrest *YVC IJsselwerf* heeft Kortmann<sup>24</sup> dan ook terecht gesteld dat op grond van de wetsgeschiedenis en het arrest men naar positief recht lijkt te kunnen aannemen dat het aanvragen van faillissement niet adviesplichtig is.

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

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

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

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

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

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

21 Sub 3.3.4.1.

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

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

24 *JOR* 2001/146.

25 Art. 68 Fw.

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

### Voordeel van de pre-pack

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

### De pre-pack werkt

Onbekend maakt onbemind. Meer kennis en transparantie ten aanzien van de toepassing van de pre-pack leidt hopelijk tot minder bedenkingen vanuit het arbeidsrecht. Een groot deel van de geuite bedenkingen (zoals de toepassing van regels betreffende overgang van onderneming en medezeggenschap) lijkt zich niet zozeer te richten tegen de pre-pack, maar tegen de positie van werknemers in faillissement. Een rechtsgebied zoals het insolventierecht, waarin voor werknemers geen bijzondere bescherming geldt, blijft een vreemde figuur voor de arbeidsrechtjurist. De zoektocht door arbeidsrechtjuristen naar meer werknemersbescherming in geval van faillissement<sup>30</sup> is niet nieuw

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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





Postadres Postbus 8456, 1005 AL Amsterdam

Bezoekadres  
Houttuinlaan 3  
3447 GM Woerden

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

Postadres  
Postbus 8456  
1005 AL Amsterdam

T 0900 3 300 300  
F 020 68 44 541  
I [www.fnv.nl](http://www.fnv.nl)

Bank  
63 50 33 178

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

Geachte heer Opstelten,

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

#### Het voorontwerp

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

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

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

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

### Commentaar FNV in het kort

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

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

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

### Noodzaak van doorstart

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

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

### Misbruik van doorstart en faillissement

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

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

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

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

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

#### Toepassing van de wettelijke regeling inzake overgang van ondernemingen

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

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

Datum

15 januari 2014

Ons kenmerk

Pagina(s)

4 van 5

werk, op weg naar 2020<sup>2</sup>, van de Stichting van de Arbeid) : 'Bij (...) (schijn)faillissement volgen de werknemers, die het betreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden. Bezien zal worden of, en zo ja hoe, de Wet overgang van onderneming moet worden aangepast.' Aan dit onderdeel van het Sociaal Akkoord wordt ook gerefereerd in punt 56 van het overzicht van maatregelen bij de kabinetsbrief over het Sociaal Akkoord.<sup>3</sup>

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

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

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

#### Collectieve onderhandelingen

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

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

<sup>3</sup> Bijlage 1 bij Kamerstuk 33566, nr. 15.

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

De positie van de ondernemingsraad en vakbonden

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

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

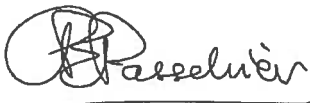
Ook zou geregeld moeten worden dat de beoogd curator zich door de ondernemingsraad, als die er is, en de werknemersorganisaties laat informeren.

Ontslag van werknemers

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

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

Hoogachtend,



Catelene Passchier,  
vicevoorzitter





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

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

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

Zijne Excellentie,

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

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

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

1. **De aanvraag/verzoekschrift**

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

Rabobank Boxtel 10 88 57 387  
t.n.v. Stichting Beluër Deidengelden  
Bogaerts & Groenen advocaten  
IBAN: NL51RABO0108857387  
BIC: RABONL2U  
BTW nr.: NL007646008B01  
KvK nr.: 17273785



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

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

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

## 2. "Lichte" en "zware" stille insolventies

### A. Lichte stille insolventies

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





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

#### **B. Zware insolventies**

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

#### **3. Taken stille bewindvoering**

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



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

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

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

#### 4. Positie bank en fiscus

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

#### 5. Aanbevelingen/adviezen

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

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



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



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

In afwachting,

hoogachtend,

D.P. Schalken



Ministerie van Veiligheid en Justitie  
Mr. I.W. Opstelten  
Postbus 20301  
2500 EH DEN HAAG

**Datum** 20 januari 2014  
**Referentie** BR2088

**Betreft:** Reactie NVB op consultatie wetsontwerp voor de Wet Continuïteit  
Ondernemingen I (wetsvoorstel met betrekking tot de pre-pack)

Geachte heer Opstelten,

De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) heeft met belangstelling kennisgenomen van het ter consultatie neergelegde voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen I (het 'Voorontwerp') en maakt graag gebruik van de mogelijkheid om daarop te reageren.

De NVB vindt dat met het Voorontwerp een goede bijdrage wordt geleverd aan de modernisering van de Faillissementswet.

De pre-pack kent in bepaalde situaties belangrijke voordelen voor de continuïteit van de onderneming en verdient daarom een wettelijke basis. De keuze voor een kaderregeling is passend.

De NVB meent dat een afweging van de voordelen tegen de nadelen van een pre-pack en het waken voor misbruik aan de hoofdspelers (rechtbank, (beoogd) rechter-commissaris en (beoogd) curator) moet worden overgelaten.

Naar de mening van de NVB dient het Voorontwerp op enkele onderdelen aangepast te worden. Daarbij is het belangrijkste thema het afleggen van een bindende verklaring door de beoogd curator over de verrekeningsproblematiek van artikel 54 Faillissementswet gedurende de pre-pack periode. Op het moment dat de bank namelijk wetenschap heeft van een pre-pack en als gevolg daarvan wettelijk moet vrezen dat zij ontvangen bedragen niet kan verrekenen en daardoor aan de curator moet afstaan, is de bank feitelijk niet langer in staat haar rol als financier in de pre-pack periode te continueren.

Bijgevoegd ontvangt u onze uitgebreide reactie. De NVB heeft geen bezwaar tegen publicatie van deze reactie.

Uiteraard zijn wij bereid om onze reactie in een gesprek nader toe te lichten.

Hoogachtend,

Chris Buijink  
Voorzitter



## Reactie Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) op het Voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen I (wetsvoorstel met betrekking tot de pre-pack)

De NVB heeft met belangstelling kennisgenomen van het ter consultatie neergelegde voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen I (het 'Voorontwerp') en maakt graag gebruik van de mogelijkheid om daarop te reageren.

Het Voorontwerp voorziet in een wettelijke basis voor wat in de praktijk de pre-pack wordt genoemd. De NVB ziet de pre-pack als een variant op de klassieke of 'gewone' doorstart na faillissement door middel van een activa transactie. Dat is een in Nederland al vele jaren toegepaste methode om ondernemingen na een faillissement een nieuwe start te laten maken, waardoor de maatschappelijke en financiële schade van het faillissement zoveel mogelijk wordt beperkt. De pre-pack biedt onder omstandigheden enkele belangrijke voordelen boven een gewone doorstart na faillissement. Na enkele andere algemene opmerkingen onder 1, komen de voor- en nadelen hierna onder 2 en 3 aan de orde. Vervolgens wordt onder 4, 5 en 6 op een aantal specifieke onderdelen van het Voorontwerp in gegaan. Daarbij zal de systematiek van het Voorontwerp worden gevolgd.

### Samenvatting

Met het Voorontwerp wordt een goede bijdrage geleverd aan de modernisering van de Faillissementswet. De NVB onderschrijft de uitgangspunten van het Voorontwerp. De pre-pack kent in bepaalde situaties belangrijke voordelen voor de continuïteit van de onderneming en verdient daarom een wettelijke basis. De keuze voor een kaderregeling is passend. De NVB meent dat een afweging van de voordelen tegen de nadelen van een pre-pack en het waken voor misbruik aan de hoofdspelers (rechtbank, (beoogd) rechter-commissaris en (beoogd) curator) moet worden overgelaten.

Naar de mening van de NVB dient het Voorontwerp op enkele onderdelen aangepast te worden. Daarbij is het belangrijkste thema het afleggen van een bindende verklaring door de beoogd curator over de verrekeningsproblematiek van artikel 54 Faillissementswet (Fw) gedurende de pre-pack periode. Op het moment dat de bank namelijk wetenschap heeft van een pre-pack en als gevolg daarvan wettelijk moet vrezen dat zij ontvangen bedragen niet kan verrekenen en daardoor aan de curator moet afstaan, is de bank feitelijk niet langer in staat haar rol als financier in de pre-pack periode te continueren. Deze problematiek dient evenals de pauliana problematiek in de wet te worden geregeld.

#### Andere aspecten zijn:

- de pre-pack dient ook mogelijk te zijn als dit in het belang is van bepaalde crediteuren, zoals separatisten, preferente crediteuren (zoals Belastingdienst en UWV en/of werknemers) en andere crediteuren die geen belang hebben bij een pre-pack;
- de mogelijkheid van de rechtbank ook de (huis)financier van de onderneming te horen over de vraag over welke kwalificaties de beoogd curator moet beschikken en wie daarvoor in aanmerking komen;
- de rol van de beoogd curator (scheidsrechter);
- de positie van de aandeelhouder in het kader van de aanvraag; en
- de toezichhoudende rol van de beoogd rechter-commissaris.

### 1. macro economische betekenis en aantallen pre-packs

Pre-packs worden door de meeste rechtbanken al mogelijk gemaakt en er zijn inmiddels al enkele ervaringen mee opgedaan. De NVB verwacht niet dat er in grote getale doorstarts vanuit een pre-pack zullen plaatsvinden.

Bedrijven die in financiële problemen verkeren zullen - veelal in samenspraak met de afdeling bijzondere kredieten van de banken en andere stakeholders - zoeken naar oplossingen buiten



surseance en faillissement. Die oplossingen bestaan meestal uit een bedrijfseconomische reorganisatie en/of een financiële herstructurering waar geen faillissement aan te pas komt. Een vrijwillige verkoop van het bedrijf of onderdelen daarvan is daarbij een van de te onderzoeken routes en kan deel uitmaken van de reorganisatie. In een belangrijk aantal probleemgevallen wordt inderdaad een dergelijke 'zachte landing' tot stand gebracht. In die gevallen waarin dat niet lukt, is de ruimte om de onderneming te continueren meestal beperkt, zeker als het bedrijf daarvoor door een faillissement heen moet. Daarom is het niet zo verwonderlijk dat het aantal doorstarts na faillissement (inclusief de pre-packs) in het huidige economische klimaat relatief beperkt is en dat veel faillissementen (helaas, maar meestal onvermijdelijk) worden afgewikkeld door de activa te liquideren. De mogelijkheid van een pre-pack verandert deze economische realiteit niet en de pre-pack kan, in de visie van de NVB, hoogstens een alternatief zijn voor een gewone doorstart. De NVB verwacht daarom niet dat door de gewijzigde wetgeving de pre-pack macro economisch gezien op grote schaal zal worden toegepast.

## 2. *voordelen*

De voordelen van een pre-pack ten opzichte van een 'gewone' doorstart na faillissement zijn met name gelegen in een betere voorbereiding van de activa-transactie, die bij een doorstart nodig is om de onderneming te continueren, en het daardoor verkorten van de tijd tussen het uitspreken van het faillissement en het uitvoeren van de activa-transactie. Deze voorbereiding geschiedt onder het wakend oog van de beoogd curator. De pre-pack geeft de beoogd curator de tijd en de gelegenheid zich de problematiek eigen te maken. Dit in tegenstelling tot de praktijk van de 'gewone' doorstart, waarbij de curator nauwelijks de tijd heeft zich een gedegen oordeel te vormen over de aan hem voorgelegde doorstart. Bovenstaande leidt er niet alleen toe dat er meer waarde blijft behouden, maar geeft ook de mogelijkheid dat andere partijen dan de voormalige ondernemer(s) of het management in de gelegenheid worden zijn zich een gedegen oordeel te vormen over de (waarde van) de activa en de mogelijkheid de onderneming - zo nodig vanuit een faillissement - voort te zetten.

Voor diverse ondernemingen heeft het stilliggen van de activiteiten - al is het maar één of enkele dagen - onomkeerbare gevolgen. Voor zulke ondernemingen geldt dat het uitstralingseffect van een faillissement of surseance desastreus is en de (waarde van de) onderneming mede door de huidige snelheid waarmee informatie via internet wordt verspreid vrijwel meteen 'verdampt'. In de praktijk is gebleken dat er voor dergelijke gevallen behoefte aan de pre-pack bestaat.

De pre-pack geeft ook de mogelijkheid om leveranciers en afnemers zekerheid te geven over de continuïteit van de levering van goederen en/of diensten. Als die zekerheid niet snel genoeg na faillissement gegeven kan worden, zullen zij op zoek gaan naar alternatieven en hun relatie met de failliete onderneming zo snel mogelijk beëindigen. In dergelijke gevallen kunnen de ondernemingsactiviteiten (d.w.z. kan de onderneming) bij een faillissement van de vennootschap alleen behouden blijven als er een koper is die de onderneming vrijwel onmiddellijk na het uitspreken van het faillissement voortzet en daarbij zekerheid omtrent continuïteit kan bieden aan zowel de leveranciers, de afnemers en het personeel. Een pre-pack levert in zo'n geval een beter resultaat op dan wanneer de voorgenomen activa transactie niet voor het faillissement kan worden voorbereid en de curator pas na faillissement betrokken wordt.

Gezien deze duidelijke voordelen van en behoefte aan de pre-pack als één van de insolventie instrumenten, verdient de pre-pack volgens de NVB een wettelijke basis.

## 3. *nadelen en risico van misbruik*

De NVB is zich bewust dat aan de pre-pack ook nadelen kleven en dat er een zeker risico van misbruik is. In punt 5 van de Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp wordt op enkele bezwaren in gegaan.



Een van de nadelen die is genoemd is het ontbreken van een openbaar biedingsproces op de activa<sup>1</sup>. Evenwel ook bij de tot dusverre gehanteerde praktijk van de voorbereide doorstart of een doorstart na het faillissement is geen sprake van een openbaar biedingsproces. In met name de grotere dossiers zal er voor faillissement meestal al een zogenoemd 'distressed' M&A proces hebben plaatsgevonden. Als dit goed en professioneel is uitgevoerd, voegt een openbaar biedingsproces tijdens faillissement niets meer toe. De beoogd curator kan zich hierover een oordeel vormen als hij inzage heeft in het (verloop en de uitkomst van het) biedingsproces.

Verder is in diverse publicaties gewezen op het risico van misbruik en concurrentievervalsing. Het risico op concurrentievervalsing is bij de pre-pack echter kleiner dan bij een gewone doorstart, omdat bij een pre-pack naar verwachting een betere prijs betaald wordt voor de onderneming dan bij een gewone doorstart of executie van de activa. Daardoor moet de nieuwe onderneming dus meer investeren, is zijn kostprijs hoger en hebben concurrerende ondernemingen minder last van de doorstart.

De NVB is van mening dat gezien het risico van misbruik enkele randvoorwaarden voor de pre-pack moeten gelden.

De pre-pack moet alleen worden toegepast in die gevallen waarin een gewone doorstart na faillissement geen reëel alternatief is. Zoals hiervoor gesteld is dat het geval als in redelijkheid verwacht wordt dat de onderneming in een faillissement niet of nauwelijks kan worden gecontinueerd en snel 'verdamp't omdat leveranciers, afnemers en/of personeel afhaken. Dan gaat er veel waarde onnodig verloren. Als echter aannemelijk is dat de onderneming in een faillissement tijdelijk kan worden gecontinueerd en dat daardoor geen substantieel waardeverlies ontstaat, heeft (een onderzoek naar) een gewone doorstart de voorkeur boven een pre-pack. Hierbij valt te denken aan een productiebedrijf waarbij de afnemers sterk afhankelijk zijn van het product.<sup>2</sup>

Zowel de rechtbank, de rechter-commissaris als de beoogd curator moeten voldoende oog hebben voor de nadelen en het risico van misbruik van een pre-pack, maar dat geldt evenzeer voor de gewone doorstart na faillissement. Op basis van praktijkervaringen heeft de NVB de indruk dat de genoemde actoren zich daar voldoende bewust van zijn. Gezien het feit dat het Voorontwerp een kaderregeling is, meent de NVB dat het afwegen van voor- en nadelen en het beoordelen van het risico van misbruik van de pre-pack aan deze partijen overgelaten dient te worden. De NVB is van mening dat dit van geval tot geval beoordeeld moet worden en dit aspect niet in het Voorontwerp geregeld kan c.q. zou moeten worden. Dat neemt echter niet weg dat in die gevallen die zich voor een pre-pack lenen (zie hiervoor onder 2) er wel behoefte is aan een wettelijke basis voor de pre-pack.

Daarbij is van belang dat de toezichthoudende taak van de beoogd rechter-commissaris goed tot zijn recht komt. De toezichthoudende taak van de beoogd rechter-commissaris is bij een pre-pack belangrijker dan bij een 'normaal' faillissement, omdat een pre-pack in stilte plaatsvindt en de beoogd curator zijn verantwoording over de stille periode pas in zijn hoedanigheid van benoemd curator in zijn eerste faillissementsverslag kan geven. Het is daarom wenselijk dat in de wet wordt aangegeven dat de beoogd rechter-commissaris een toezichthoudende taak heeft, dat hij aanwijzingen kan geven en dat de beoogd curator hem desgevraagd inlichtingen dient te verstrekken.

Bovenstaande is van belang omdat de opzet van de pre-pack niet werkt als de rechter-commissaris na faillissement zijn toestemming onthoudt. Als de beoogd rechter-commissaris goed toezicht kan

<sup>1</sup> B. Tideman in Tijdschrift voor Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk, nr. 6 van september 2013 en G. Gispen in het Jubileumboek voor Mart Franken, hoofdstuk XI, pagina's 80-93 (zie: [http://www.vil.nl/files/publications/1389694948\\_VIL%20Jubileumboek%2001.pdf](http://www.vil.nl/files/publications/1389694948_VIL%20Jubileumboek%2001.pdf))

<sup>2</sup> Dit was bijvoorbeeld aan de orde in het recente faillissement van productiebedrijf Thermphos, waarbij de afnemers geen alternatieven hadden en de onderneming derhalve in faillissement kon worden gecontinueerd.





houden en goed geïnformeerd wordt, dan kan hij ook zekerheid geven over de voorwaarden van toestemming door de rechter-commissaris na faillissement.

#### 4. verzoek schuldenaar (artikel 363 Voorontwerp)

Artikel 363 lid 1 sub a bepaalt dat de schuldenaar aannemelijk dient te maken dat met de aanwijzing het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers is gediend. De NVB vindt dat een pre-pack ook mogelijk moet zijn als bepaalde crediteuren geen direct belang bij de pre-pack hebben (bijvoorbeeld concurrente crediteuren die geen zicht hebben op een uitkering), maar andere crediteuren - zoals bijvoorbeeld separatisten, preferente crediteuren en/of werknemers - wel belang hebben bij een pre-pack. De NVB bepleit daarom in artikel 363 lid 1 sub a het woord gezamenlijke tussen haken te plaatsen.

Het Voorontwerp en de toelichting zeggen niets over de vraag wat de positie is van de aandeelhouder wanneer de schuldenaar (die, zeker na de flexibilisering van het BV recht, veelal een vennootschap zal zijn) het verzoek aan de rechtbank wil doen om een of meer personen aan te wijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aangesteld tot curator of in geval van verlening van surseance van betaling als bewindvoerder. Moet het bestuur voor een dergelijke verzoek toestemming hebben van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA)? De NVB is van mening dat de wetgever hierover duidelijkheid moet geven.

De NVB meent om de volgende redenen dat de toestemming van de AVA voor de hiervoor genoemde verzoeken niet nodig zou moeten zijn. Voor een aanvraag tot het verlenen van surseance van betaling geldt dat - tenzij dit in de statuten anders is bepaald - geen toestemming van de AVA nodig is. Daarom ligt het niet voor de hand wanneer voor de aanvraag om een beoogd bewindvoerder aan te wijzen wel toestemming van de AVA gevraagd moet worden.

Hoewel voor een eigen aangifte van faillissement een opdracht van de AVA nodig is<sup>3</sup>, meent de NVB dat het bestuur zelfstandig en vanuit de eigen verantwoordelijkheid (dus zonder opdracht van de AVA) moet kunnen beslissen omtrent een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Dit standpunt wordt ingegeven door het feit dat de schuldenaar bij het verzoek aannemelijk moet maken dat (kort gezegd) met de aanwijzing de belangen van schuldeisers en/of maatschappelijke belangen zijn gediend. In dit kader zal het bestuur noodgedwongen een keus tussen de belangen van de betrokken stakeholders moeten maken. Daarbij is de aandeelhouder meestal 'out of the money'. Als een aandeelhouder dan niet bereid of in staat is de financiële positie van de vennootschap te versterken, dan is zijn belang niet meer relevant voor de afweging of al dan niet een aanvraag moet worden ingediend. Moet de AVA toestemming of opdracht geven, dan kan de AVA een pre-pack simpelweg voorkomen door die toestemming niet te verlenen. Het resultaat daarvan is waarschijnlijk dat het bestuur vanwege de 'Beklamel-norm'<sup>4</sup> direct surseance van betaling zal (moeten) aanvragen. De belangen van de andere stakeholders zijn daar vaak niet mee gediend. Voorkomen moet worden dat een AVA haar benodigde toestemming als 'nuisance value' kan gebruiken c.q. misbruiken.

Een tweede reden waarom de toestemming van de AVA naar de mening van de NVB niet nodig is, houdt verband met het feit dat een beoogd curator op verlangen van (onder meer) de schuldenaar weer van zijn taak ontheven kan worden. Dit betekent dat de voorfase nog een weg terug kent. Anders dan bij een surseance van betaling die een bewindvoerder vrij eenvoudig kan laten omzetten in een faillissement, kan de beoogd curator dat niet. Blijkt in de voorfase dat er een andere, betere, oplossing is voor de financiële problemen (bijvoorbeeld doordat de bestaande aandeelhouder of een nieuwe aandeelhouder de onderneming alsnog van vers kapitaal voorziet of een akkoord wordt

<sup>3</sup> Zie artikel 2:246 BW voor de BV

<sup>4</sup> De 'Beklamel-norm' houdt in dat een bestuurder van een vennootschap onrechtmatig handelt jegens een schuldeiser, indien hij namens die vennootschap verplichtingen is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou kunnen bieden voor de schade die de schuldeiser op grond daarvan zou lijden.

bereikt met de schuldeisers of een belangrijk deel daarvan), dan kan er behoefte aan deze weg terug zijn.

Voor het slagen van een pre-pack is het ook van belang dat de juiste persoon als beoogd curator wordt benoemd. Daarbij zijn factoren als ervaring met zelfde soort bedrijven, affiniteit met de branche, e.d. belangrijk. In Angelsaksische landen heeft de aanvrager van de 'administration' invloed op de keuze van de curator. Volgens de NVB heeft het in de Nederlandse praktijk toegevoegde waarde als de verzoeker bij de aanvraag aan de rechtbank een omschrijving geeft van de kwalificaties waaraan een beoogd curator moet voldoen en een aantal namen kan aangeven van beoogd curatoren die naar zijn mening over voldoende kwalificaties en expertise beschikken op het werkterrein van de onderneming. De NVB ziet graag dat in de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat de rechtbank de mogelijkheid heeft ook de (huis)financier van de onderneming te horen over de vraag over welke kwalificaties de beoogd curator moet beschikken en wie daarvoor in aanmerking komen.

#### *5. rol van de beoogd curator (artikel 365 lid 1 Voorontwerp)*

In het debat over de pre-pack is veel gediscussieerd over de vraag wat de rol van de beoogd curator is. De beoogd curator wordt door sommigen gezien als een 'fly on the wall', door andere als een 'spin in het web' of als "scheidsrechter". Naar de mening van de NVB zegt het Voorontwerp terecht dat hij niet moet worden gezien als insolventie-adviseur. Een insolventie-adviseur is vaak al in de fase vóór de aanwijzing van een beoogd curator betrokken en kan zonder tussenkomst van de rechtbank door de schuldenaar worden ingehuurd. De NVB meent dat de beoogd curator niet meer of minder is dan zijn naam doet vermoeden. Hij heeft in de zogenoemde voorfase (dat wil zeggen tot het uitspreken van faillissement een bescheiden - deels toetsende - rol, maar alle betrokkenen weten dat die rol gewicht krijgt op het moment dat een activa-transactie kort na het faillissement tot stand moet worden gebracht. Als er een vergelijking getrokken moet worden, dan is die met de scheidsrechter in de sport volgens de NVB het meest passend. De scheidsrechter ziet er immers op toe dat er door de diverse spelers conform de spelregels wordt geacteerd en indien dat niet het geval is heeft hij de mogelijkheid om in te grijpen, waarna het spel voortgezet kan worden. In uitzonderlijke gevallen kan de scheidsrechter het spel staken (vgl. terugtreden door beoogd curator).

Als onafhankelijk scheidsrechter dient de beoogd curator niet de 'coach' van één van de spelers/teams te zijn. Wel houdt hij rekening met de belangen van de diverse crediteuren met in achtname van hun rangorde en preferenties. Ook in het geval dat bepaalde crediteuren geen direct belang bij de pre-pack hebben (bijvoorbeeld concurrente crediteuren die geen zicht hebben op een uitkering), dient de beoogd curator zijn rol te vervullen voor de overige crediteuren, waaronder separatisten en preferente crediteuren. Om de metafoor van de sport voort te zetten: na het afvallen van teams in de voorrondes is een scheidsrechter ook in de finale nodig.

De beoogd curator dient dus niet de regisseur van die transactie te zijn. Voor een goede doorstart is het van belang dat de beoogd curator zich in de voorfase al in de transactie kan verdiepen en dan al kan verklaren hoe hij daar tegenover zal staan op het moment dat hij formeel tot curator is benoemd. Dat geeft dan ruimte verbeteringen aan te brengen in de voorgenomen plannen, zodat de beoogd curator geen twijfels meer hoeft te hebben op het moment dat het faillissement daadwerkelijk wordt uitgesproken.

#### *6. verklaringen o.g.v. artikel 365 lid 2 Voorontwerp*

In artikel 365 lid 2 Voorontwerp wordt expliciet vermeld dat de beoogd curator zich kan uitlaten over het al dan niet vernietigen van rechtshandelingen op grond van de Pauliana (artikelen 42 tot en met 47 Fw). De NVB mist hier artikel 54 Fw (verrekening). Zonder de wettelijke mogelijkheid van een regeling over het al dan niet van toepassing zijn van artikel 54 Fw gedurende de pre-pack periode zullen de meeste financiers niet bereid zijn tijdens de pre-pack periode door te financieren. In dat geval is het niet mogelijk de onderneming voort te zetten, hetgeen direct in faillissement zal resulteren. Met andere woorden: zonder een wettelijke regeling met betrekking tot artikel 54 Fw heeft de pre-pack in veel gevallen weinig kans van slagen.



Hieronder illustreert de NVB met een voorbeeld het belang van een wettelijke regeling m.b.t. artikel 54 Fw: De voorraden vallen meestal onder het pandrecht van de financier. Indien verpande voorraden door de schuldenaar worden verkocht zonder dat er sprake is van uitoefening van het pandrecht door de financier, dan zal de financier geen bijzondere verhaalpositie hebben ten aanzien van de direct gerealiseerde verkoopopbrengst<sup>5</sup>, tenzij er bij de verkoop eerst een vordering is ontstaan die aan de financier verpand is. In beginsel zal de financier niet verpande verkoopopbrengsten die vóór de faillissementsdatum worden gerealiseerd en die in de rekening courant van de cliënt worden bijgeschreven kunnen verrekenen met hetgeen de financier van de cliënt te vorderen heeft. Daarvoor moet de financier wel te goeder trouw zijn in de zin van artikel 54 Fw. In de fase tussen de aanwijzing van een beoogd curator en het uitspreken van het faillissement is er op basis van bepaalde jurisprudentie discussie mogelijk over de vraag of de financier nog wel te goeder trouw is in de zin van artikel 54 Fw en zich derhalve nog wel op verrekening kan beroepen. Voor de continuïteit van de onderneming en beoogde doorstart is het van belang, dat de onderneming in de fase tussen de aanwijzing van de beoogd curator en het uitspreken van het faillissement door kan draaien. Dat kan in zijn algemeenheid alleen als in de pre-pack fase er geen andere regels gelden dan daarvoor. Op het moment dat de bank wetenschap heeft van een pre-pack en als gevolg daarvan moet vrezen dat hij het risico loopt ontvangen bedragen niet meer te kunnen verrekenen en ze later aan de curator moet afstaan, is de financier niet bereid haar rol als financier in de pre-pack periode te continueren. Als een financier van een (retail-)onderneming op voormelde wijze het risico loopt met lege handen te komen staan, betekent dit in zijn algemeenheid dat een financier de financiering opzegt en over zal gaan tot executie van haar zekerheden. Naar de mening van de NVB ligt het voor de hand dat de beoogd curator hierover kan verklaren jegens de financier. Het is noodzakelijk dat zo'n verklaring een wettelijke basis krijgt opdat de financier op een dergelijke verklaring kan vertrouwen en niet beducht hoeft te zijn dat de verklaring ter discussie wordt gesteld door de (opvolgend) curator en de (opvolgend) rechter-commissaris. Als de financier dergelijke zekerheid niet krijgt, zullen financiers zich genoodzaakt zien maatregelen te nemen om te voorkomen dat hun positie tijdens de pre-pack periode niet verslechtert.

<sup>5</sup> Zie het arrest inzake Modehuis Molly (HR 01-05-1976, NJ 1976, 450)



Amsterdam, 20 januari 2014

Ministerie van Veiligheid en Justitie  
Directie Wetgeving en Juridische Zaken  
Sector Privaatrecht  
Postbus 20301 | 2500 EH | Den Haag

*verzending uitsluitend per email*

**Betreft: Consultatie n.a.v. wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I ("WCO I")**

Geachte Mevrouw,

Graag maakt de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen (NVL) gebruik van de haar geboden gelegenheid haar zienswijze kenbaar te maken naar aanleiding van het wetsvoorstel WCO I.

De NVL staat positief ten opzichte van het wetsvoorstel. Het is goed dat de huidige praktijk, waarmee goede resultaten zijn behaald, een wettelijke basis krijgt en dat een kader geboden wordt voor toekomstige gevallen. Dit standpunt is door de NVL ook in de bijeenkomsten voorafgaande aan het wetsontwerp (de pre-consultatie) kenbaar gemaakt.

In het wetsvoorstel wordt geen aandacht besteed aan de financiële dekking voor de schulden die ontstaan tijdens de periode na de aanwijzing van een beoogd curator. Het wetsvoorstel zou er in kunnen voorzien dat de schulden ontstaan in de periode na aanstelling van de beoogd curator ingeval van een opvolgend faillissement als boedelschulden worden aangemerkt. Boedelschulden ontstaan tijdens een surséance gelden immers ook als boedelschulden tijdens een opvolgend faillissement. Omdat de huurprijs boedelschuld is (art. 39 Fw) en veel leasecontracten kwalificeren als een huurcontract, zou dit in het belang zijn van leasemaatschappijen.

Een ander punt van verbetering zou kunnen zitten in het invoeren van een beperking in de tijd van deze voorfase, waardoor de omvang van de schulden die ontstaan tijdens de voorfase wordt beperkt. De rechtbank kan volgens het wetsvoorstel een termijn stellen en deze op verzoek ook verlengen. De wet zou het stellen van een termijn als uitgangspunt kunnen nemen. Mede met het oog op deze termijnstelling zou een bepaling opgenomen kunnen worden dat de schuldenaar die de aanwijzing van een beoogd curator verzoekt in diens verzoek moet aangeven hoe lang de aanstelling naar verwachting zal duren, welke nieuwe schulden tijdens deze periode zullen ontstaan en hoe deze betaald zullen kunnen worden.



Tot slot merken wij op dat omdat het wetsvoorstel een kaderregeling beoogd te bieden nader beleid zal worden uitgewerkt door belangenverenigingen als INSOLAD en ReCoFa. Te denken valt dan aan de inhoudelijke eisen die aan het verzoekschrift worden gesteld en aan *best practice rules* die gelden voor een beoogd curator. Wij zouden het op prijs stellen dat u als Ministerie deze belangenverenigingen met klem verzoekt om dat beleid vooraf af te stemmen met belangenverenigingen van financiers, waaronder de NVL.

*Namens de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen - NVL*

Hoogachtend,

Mr. H. Veerbeek  
Vz. Juridische Commissie NVL

P.-J. Bentein  
Secretaris

**Contact:**



0 BD



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

**Datum**  
28 januari 2014

**Uw kenmerk**  
438067

**Onderwerp**  
Advies op het wetsontwerp voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 22 oktober 2013, met kenmerk 438067, heeft u de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR) om advies gevraagd over het voorontwerp van de Wet Continuïteit Ondernemingen I. Dit advies is voorbereid door de leden van de vereniging en vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR.

#### Strekking wetsvoorstel

Dit wetsontwerp strekt, blijkens de memorie van toelichting, tot invoering van een regeling in de Faillissementswet (hierna: Fw) op basis waarvan de rechtbank in de aanloop naar een vermoedelijk faillissement of een waarschijnlijke verlening van de surseance van betaling, een beoogd curator dan wel een beoogd bewindvoerder en een beoogd rechter-commissaris kan aanwijzen zonder dat aan de aanwijzing publiciteit wordt gegeven. Het doel hiervan is tweeledig: enerzijds wordt hiermee beoogd een gestructureerde en doelmatige afwikkeling van faillissementen te faciliteren. Anderzijds wordt mogelijk gemaakt om in de gevallen die zich ervoor lenen, de doorstart van op zichzelf levensvatbare gedeelten van de onderneming na faillissement te bespoedigen door de onderneming in staat te stellen daartoe al voorafgaand aan het moment van faillietverklaring de benodigde voorbereidingen te treffen en deze af te stemmen met de beoogd curator.

#### Advisering

De NVvR kan zich in principe vinden in het voorstel om een dergelijke regeling, wanneer sprake is van een vermoedelijk faillissement of vermoedelijke verlening van surseance van betaling, mogelijk te maken. Het wetsontwerp sluit aan op een in de praktijk geuite wens om een dergelijke regeling in te voeren. De wijze waarop in het wetsontwerp vorm wordt

gegeven aan de regeling, roept in een aantal gevallen echter vragen op en geeft de NVvR daarom aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen.

#### *Rechtsmiddelen*

Het voorstel behelst een nieuwe afdeling in een nieuwe titel zonder dat uitdrukkelijk is geregeld in algemene zin wanneer rechtsmiddelen kunnen worden ingezet of niet (vergelijk de artikelen 282 en 360 voor de titel II en III). Zo is bij artikel 14a Fw onduidelijk of een rechtsmiddel kan worden aangewend tegen de beslissing van de rechtbank een andere curator dan de beoogd curator te benoemen. Dit kan voor de schuldenaar - en de beoogd curator zelf - van belang zijn, juist vanwege de voorgestelde regeling, in het bijzonder gezien het voorgestelde artikel 365 lid 2 Fw. De NVvR adviseert de minister dit in het wetsvoorstel te verduidelijken.

#### *Transparantie*

De NVvR beschouwt het als een ongunstig aspect van de voorgestelde regeling dat deze uitgaat van de medewerking door de rechtbank aan een weinig transparante procedure. Zoals in het geval waarin de pre-pack eindigt met een doorstart of oplossing buiten het faillissement. Er volgt dan een niet-openbaar eindverslag, waarbij de rechtbank optreedt als bewaarder van geheime documenten. In dat geval zullen individuele schuldeisers – indien zij daar op een later moment kennis van nemen - zich verrast en/of benadeeld kunnen voelen en daarom openheid van zaken verlangen.

Verder is de beschikking niet openbaar. Hoe verhoudt zich dit tot artikel 122, tweede volzin, van de Grondwet, waarin is vastgelegd dat rechterlijke uitspraken (zonder uitzondering) in het openbaar worden gedaan? Geldt de niet-openbaarheid ook voor bijvoorbeeld de administratie van de binnenkomst van de zaak op de griffie of de plaatsing van de zaak op de rol? Over een en ander ware ten minste in de memorie van toelichting in te gaan.

Als tijdens de pre-pack een faillissement wordt aangevraagd, dan kan de rechter zich gehouden achten aan de aanvrager (wellicht tot diens verrassing) uit te leggen dat, anders dan deze aanvrager, de rechter al eerder afwist van een dermate moeilijke financiële positie van de schuldenaar dat deze eerder de hulp/bijstand van een beoogd curator wenste (zie immers hetgeen hieronder wordt opgemerkt ter zake artikel 6 Fw). De NVvR is van mening dat een situatie als hiervoor beschreven de betrouwbaarheid en onafhankelijkheid van de rechter kan aantasten, althans de schijn kan doen ontstaan dat de rechter in de betreffende zaak niet betrouwbaar dan wel onafhankelijk is. De NVvR adviseert de minister daarom aan het bovenstaande aandacht te besteden in de memorie van toelichting.

Ter zake van de voorgestelde wijziging van artikel 6 Fw vraagt de NVvR zich af of het de bedoeling van de minister is om het horen van de schuldenaar, beoogd curator en beoogd rechter-commissaris te laten plaatsvinden in aanwezigheid van een derde-aanvrager. De NVvR is van mening dat de geheimzinnigheid niet verder moet strekken dan noodzakelijk is en staat dan ook voor dat in een voorkomend geval ook de derde-aanvrager bij het horen van onder andere de beoogd curator aanwezig is. Ter zake ware een regeling in het wetsvoorstel op te nemen.

De NVvR vraagt zich voorts af of het verslag van de beoogd curator steeds wordt gepubliceerd, als er een later faillissement of surseance volgt van de schuldenaar, ongeacht de inmiddels verstreken periode (vergelijk memorie van toelichting, p. 3). Of is de minister





van mening dat het zinvol is dit te beperken tot een later faillissement c.a. binnen drie jaar na het moment van ontheffing als bedoeld in de leden 1 en 2 van artikel 354 Fw? De NVvR acht van belang dat uit het wetsvoorstel duidelijk blijkt hoe ver de transparantie achteraf kan reiken en adviseert de minister daarom dit te verduidelijken het wetsvoorstel.

Overigens vraagt de NVvR zich af op welke wijze in contracten geanticipeerd gaat worden op de (mogelijkheid tot het aanvragen van een) pre-pack. Zal dat zijn met bijvoorbeeld een verplichting voor de schuldenaar tot bekendmaking en/of een directe opeisbaarheid van bijvoorbeeld een lening? Moeten dergelijke bedingen in het kader van dit wetsvoorstel met nietigheid worden bedreigd? De NVvR adviseert de minister hieraan aandacht te besteden in de toelichting op het wetsvoorstel en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

Onder de huidige Fw is het vaak al lastig om te bepalen wat de curator wel en niet mag als een uitgesproken faillissement nog niet onherroepelijk is. Het uitgangspunt is dat de status quo wordt bewaard. Maar het, vanuit dat uitgangspunt, laten doorlopen van bijvoorbeeld leveranties en werkzaamheden, terwijl duidelijk is dat zekerheid voor betaling ontbreekt, levert vaak onaangename situaties op. Eens te meer geldt dat als een beoogd curator (met rugdekking van de rechterlijke macht) moet zwijgen over wat er allemaal achter de rug van individuele schuldeisers gebeurt. De NVvR adviseert de minister hieraan aandacht te besteden in de memorie van toelichting.

#### *Publicatieplicht*

De NVvR is van mening dat uit het wetsvoorstel en de memorie van toelichting niet duidelijk blijkt wat de curator moet doen als hij constateert dat door het bestuur niet is voldaan aan de publicatieplicht. Moet de curator de ondernemer er dan op wijzen daar alsnog snel aan te voldoen? Of acht de minister dat juist niet de aangewezen handelwijze, omdat de mogelijkheid van een persoonlijke aansprakelijkstelling van de bestuurder ingeval van faillissement gunstig kan zijn, in het bijzonder voor de schuldeisers? De NVvR adviseert de minister hierover in de memorie van toelichting duidelijkheid te verschaffen.

#### *Artikelsgewijs*

##### **Artikel 363**

Ter zake van artikel 363 Fw is de NVvR van mening dat niet duidelijk is of in het kader van het verzoek als bedoeld in het eerste lid van dit artikel wordt verwacht dat al een mogelijk beoogd curator wordt genoemd - mede vanwege de gewenste harmonieuze omgang zoals genoemd op pagina 4 en 19 van de memorie van toelichting - of juist niet. Is het de bedoeling van de minister om dit over te laten aan de nadere te stellen beleidsregels door de rechtbanken? De NVvR adviseert de minister dit te verduidelijken in de memorie van toelichting..

De NVvR vraagt zich voorts af of uit het vijfde lid van artikel 363 Fw dient te worden begrepen dat tegen afwijzing van het verzoek kan worden geappelleerd. Een dergelijke mogelijkheid kan zinvol zijn, gezien de aard van de voorgestelde regeling en de daarmee te bereiken doelstelling van het laten voortbestaan van de onderneming. Indien aanwending van een rechtsmiddel niet door de minister wordt beoogd, adviseert de NVvR dat in het wetsvoorstel uitdrukkelijk te regelen.



De rechtbank die wordt benaderd met een verzoek ex artikel 363 Fw, moet ook de internationale bevoegdheid bekijken, gelet op artikel 3 van Verordening (EG) nr. 1346/2000 inzake Insolventieprocedures (Insol Vo), en eventuele (vermogens)posities in het buitenland bij de uiteindelijke afweging of toewijzing zinvol is, betrekken. Hieraan is geen aandacht besteed in de memorie van toelichting. De NVvR adviseert de minister dit alsnog te doen.

In de memorie van toelichting wordt op pagina 16 en 17 het nodige opgemerkt over hetgeen de advocaat van verzoeker aan verzoeker zou moeten voorhouden. De NVvR verzoekt de minister de strekking hiervan te verduidelijken, nu het wetsvoorstel niet beoogt de verhouding tussen advocaat en verzoeker te regelen. Dat de advocaat zijn cliënt/verzoeker voorhoudt wat de betekenis is (en mogelijke effecten zijn) van het verzoek lijkt evident, maar vervult geen rol in het kader van de aanwijzing van de beoogd curator en diens functioneren.

#### Artikel 364

Ten aanzien van de ontheffing van de beoogd curator uit zijn taak (artikel 364, eerste lid, Fw) vraagt de NVvR zich af of hiertegen met een rechtsmiddel kan worden opgekomen en zo ja door wie? Is het de bedoeling van de wetgever dit dan alleen mogelijk te maken voor de schuldenaar of ook voor de beoogd curator zelf? De NVvR adviseert de minister hierover duidelijkheid te verschaffen in het wetsvoorstel.

Ter zake van voorgestelde artikel 364, tweede lid, Fw is de NVvR van mening dat hierin een onjuiste verwijzing is opgenomen, namelijk naar de termijn in art 365 lid 3. Daarin is echter geen termijn genoemd, maar alleen de informatieplicht van de schuldenaar. De NVvR is van mening dat artikel 364 lid 2 Fw dient te verwijzen naar artikel 363 Fw, nu is bedoeld aan te sluiten bij de termijn van artikel 363 lid 3 Fw. Het wetsvoorstel ware op dit punt te verbeteren.

#### Artikel 365

De binding van de (opvolgend) curator aan eerder door de beoogd curator gegeven verklaringen als bedoeld in artikel 365, tweede lid, FW wordt op verschillende, niet overeenstemmende wijzen toegelicht in de memorie van toelichting. De tekst op pagina 22 ('in beginsel bindend') stemt niet overeen met de tekst op pagina 27, waar staat vermeld dat de curator vrij is af te wijken als hem onvoldoende informatie is verschaft. Verder merkt de NVvR op dat het advies van de rechter-commissaris, op grond van artikel 367, tweede lid, Fw, weinig betekenis lijkt te hebben, bijvoorbeeld indien dit afwijkt van het oordeel van de beoogd curator. Onduidelijk is of de opvolgende curator, niet zijnde dezelfde persoon als de beoogd curator, ook gebonden is aan de genoemde verklaringen, juist indien bijvoorbeeld de rechtbank hem heeft benoemd in plaats van de beoogd curator, en wel vanwege 'gewichtige redenen' die samenhangen met verklaringen als door artikel 365, tweede lid, Fw bestreken. Als de rechtbank vindt dat die verklaringen niet kloppen en daarom de beoogd curator niet tot curator benoemt, lijkt binding van diens opvolger aan dezelfde verklaringen niet meteen voor de hand te liggen. Het lijkt verder erg omslachtig indien de opvolgende curator als het ware afhankelijk is van acties van crediteuren, zoals vermeld in de memorie van toelichting op pagina 22 onderaan, alvorens zich te kunnen onttrekken aan volgens hem (en mogelijk dus ook volgens de rechtbank) onjuiste eerdere uitlatingen van de toenmalige beoogd curator. De opvolgende rechter-commissaris is in ieder geval niet gebonden aan de



verklaringen (tenzij wellicht in gelijke zin geadviseerd door de beoogd rechter-commissaris?) van de beoogd curator en derhalve toch niet gehouden om toestemming te verlenen (waar nodig, zoals bij een activatransactie meteen na faillietverklaring) voor handelingen waartoe de beoogd curator zich heeft gebonden. Gelet op hierop voorgaande vraagt de NVvR zich af of de kredietverstrekker, zoals genoemd op pagina 24 van de memorie van toelichting, wel in alle gevallen zo gerust kan zijn als wordt gesteld in de toelichting. Overigens verdient het volgens de NVvR aanbeveling om er in de toelichting op pagina 22 al op te wijzen dat de verklaring van de curator niet geldt als hij niet volledig blijkt te zijn geïnformeerd. De NVvR adviseert de minister aan het voorgaande in de memorie van toelichting aandacht te besteden.

Ter zake van de mogelijkheid dat de beoogd curator desgevraagd verklaart niet voornemens te zijn om bepaalde rechtshandelingen als paulianeus te zullen vernietigen, is de NVvR van mening dat dit onverlet laat dat de rechtshandelingen wel paulianeus kunnen zijn en dat individuele schuldeisers daar buiten faillissement een beroep op kunnen doen, dan wel lopende het faillissement een verzoek krachtens artikel 69 Fw kunnen doen als beschreven op pagina 22 onderaan – pagina 23 bovenaan van de memorie van toelichting. De memorie van toelichting ware op dit punt aan te vullen .

#### Artikel 366

Ten aanzien van de kosten van de beoogd curator bepaalt artikel 366, derde lid, dat na faillietverklaring het salaris c.a. als algemene boedelkosten in de zin van artikel 182 Fw wordt voldaan. Dit betekent dat in geval van een (ernstig) negatieve boedel de beoogd curator en de curator - die niet dezelfde persoon hoeven te zijn, zie immers hierboven - ponds pondsgewijs hun kosten voldaan zullen zien, nu van enige voorrangsregeling tussen beiden niet blijkt. Is dit inderdaad beoogd of is bedoeld dat de beoogd curator dan voorgaat? Hierover ware in de memorie van toelichting duidelijkheid te verschaffen.

Namens de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak,  
De Wetenschappelijke Commissie

M.E. de Meijer  
voorzitter



NEDERLANDSE  
VERENIGING  
VOOR RECHTSPRAAK

02 / 04

PostNL

€1,12

Afz. 2500 EH 20303



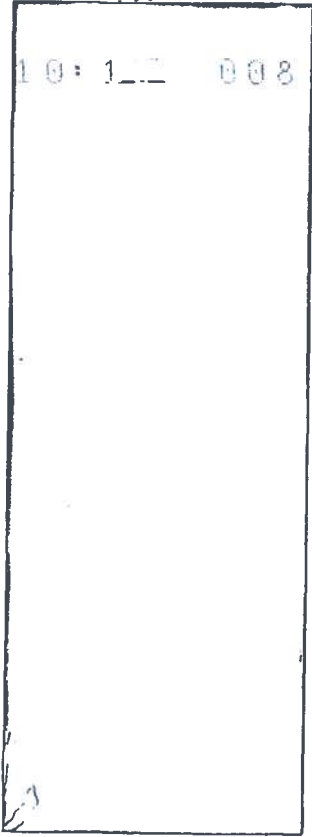
NEDERLAND

31.01.14

NetSet FR 905120

4

10:11 008



Gezien scankamer  
V&J

03 Feb. 2013

FM Haaglanden

13 Feb. 2014

GDEFP 2500EH301

Postbus 30315, 2500 GH Den Haag

Openbaar Ministerie



# College van Procureurs-Generaal

Voorzitter

Postbus 20305 2500 EH Den Haag

Minister van Veiligheid en Justitie  
I.W. Opstelten  
Postbus 20301  
2500 EH DEN HAAG

Prins Clauslaan 16  
2595 AJ Den Haag  
Telefoon +31 (0)70 339 96 00  
telefax +31 (0)70 339 98 51

11/22/2013 14:53 020

Onderdeel  
Contactpersoon  
Doorkiesnummer(s)  
E-mail  
Datum  
Ons kenmerk  
Uw kenmerk  
Onderwerp

Afdeling Wet- en Regelgeving

20 november 2013  
PaG/W&R/16894  
420327  
Advies wetsontwerp voor de Wet Continuïteit  
Ondernemingen I

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

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 22 oktober 2013 heeft u het College van procureurs-generaal gevraagd te adviseren over wetsontwerp voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I. Met het wetsvoorstel wordt enerzijds beoogd een gestructureerde en doelmatige toepassing van surseances van betaling en een efficiënte afwikkeling van faillissementen te faciliteren. Anderzijds is zij erop gericht, waar mogelijk, een doorstart van (een deel van) de onderneming mogelijk te maken.

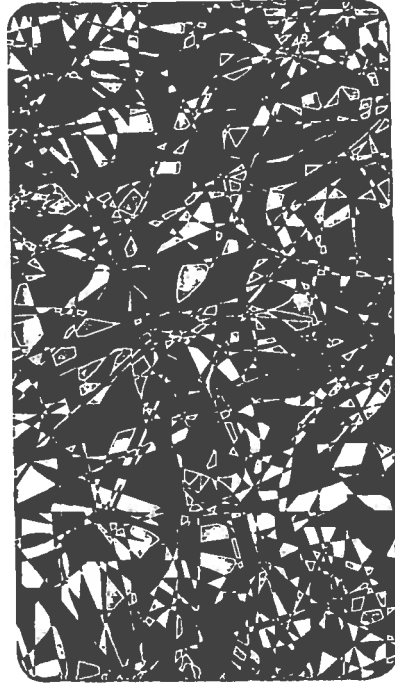
Het College heeft met belangstelling kennis genomen van het onderhavige wetsvoorstel, maar ziet geen aanleiding tot het maken van op- of aanmerkingen.

Hoogachtend,  
Het College van procureurs-generaal

  
H. Bolhaar

**Openbaar Ministerie**

College van procureurs-generaal  
parket-generaal



111 PostNL  
111 Port Betaald  
111 Port Payé  
111 Pays-Bas

14 00 021

Gezien/scankamer  
V5j

22 NOV. 2013

FM Haaglanden

22 NOV. 2013

Ontvangen

GOLFF 2500EH301

Mijn naam is Flip Schreurs, advocaat bij Boels Zanders te Eindhoven. Ik ben Insoladlid en word regelmatig benoemd tot curator. Ik ben in het afgelopen jaar betrokken geweest bij een tiental stille bewindvoeringen, danwel als beoogd curator, danwel als adviseur van de schuldenaar, danwel als begeleider van een potentiële doorstartkandidaat. Ik ben enthousiast over de maatschappelijke meerwaarde die gecreeerd kan worden met behulp van een prepack en juich het wetsvoorstel dan ook van harte toe (niet in de laatste plaats omdat daarmee de ongelijkheid beëindigd wordt die nu bestaat omdat een aantal rechtbanken niet mee willen doen aan de stille bewindvoerings-praktijk). Het is vooral goed dat het wetsvoorstel maar beperkte regels geeft die van belang zijn bij de uitoefening van de functie. Daarmee blijft voldoende ruimte om het beoogd curator-schap in de praktijk tot volle wasdom te laten komen.

Het wetsvoorstel bevat terecht de uitdrukkelijke toelichting dat de bewindvoerder geen "adviseur" van de schuldenaar is. Het belang van de gezamenlijke crediteuren dient – net als later na zijn benoeming tot curator – de belangrijkste leidraad van de beoogde curator te zijn. Het is daarom echter opvallend dat in de toelichting een zware nadruk wordt gelegd op de beweerdelijk noodzakelijke "harmonie" tussen schuldenaar en beoogd curator. Dat is opvallend en m.i. ongewenst.

In zijn algemeenheid is harmonie een erg belangrijk element bij "zaken doen". Maar of het een constitutief vereiste is kan oprecht betwijfeld worden. Ook van een adviseur van de schuldenaar wordt niet verlangd dat er sprake is van harmonie; wel van vertrouwen. Een advocaat dient immers in vrijheid en onafhankelijkheid te kunnen adviseren. Het is dus opvallend dat van een beoogd curator – die toch nog meer 'at arms length' staat van de schuldenaar – verlangd zou worden dat hij in *harmonie* omgaat met die schuldenaar.

De toelichting gaat zelfs nog een stapje verder door te stellen (a) "*dat wanneer van die harmonie geen sprake (meer) is de beoogd curator en de schuldenaar afscheid van elkaar moeten kunnen nemen.*" En verderop (b): "*Mocht de schuldenaar de verklaringen van de curator in de wind slaan, dan zal de beoogd curator de rechtbank verzoeken hem van zijn taak te ontheffen. (...)* (c) *De beoogd curator zou daar goede redenen voor hebben, want in dat geval zal aan een essentiële voorwaarde voor het 'wetslagen van de aanwijzing' – t.w. een harmonieuze omgang tussen de schuldenaar en de beoogd curator – geen sprake (meer) zijn.*"

De toelichting op het wetsvoorstel gaat daarmee verder dan nodig en wenselijk. Nogmaals: hoezeer harmonie ook wenselijk is, het hoeft niet onmisbaar te zijn, en het is dus niet *essentieel* (c). Het woordje "*kunnen*" in de sub (a) geciteerde zin is dus belangrijk; en sub (b) wordt ten onrechte gesuggereerd dat de beoogde curator wanneer van harmonie geen sprake meer is zijn functie neer zal moeten leggen.

Het onwenselijke gevolg van deze al te grote nadruk op harmonie is dat de beoogde curator hierdoor als het ware in het "kamp" van de schuldenaar wordt gedwongen. De schuldenaar, maar vooral de gezamenlijke schuldeisers, hebben meer aan een beoogd curator die blijk geeft van professionele distantie en kundigheid. Daarbij mag het best af en toe knetteren.

Wanneer zou een beoogd curator wel zijn functie neer moeten leggen? Daarin is hij idealiter vrij. Het ligt voor de hand af te treden indien de schuldenaar niet voldoet

aan zijn informatieverplichting. Het ligt ook redelijk voor de hand te stoppen als een advies van hem door de schuldenaar in de wind wordt geslagen. Maar anderzijds is best denkbaar dat de beoogd curator dan(al dan niet hoofdschuddend) aanblijft. Hij dient immers vooral het belang van de gezamenlijke schuldeisers en die zijn niet slecht af met een kritische curator.

Gesteld dat een beoogd curator zou verzoeken ontheven te worden, dan mag dat ook geen reden zijn om hem – in een later volgend faillissement – niet alsnog te benoemen. Dat geldt te meer wanneer de beoogd curator wordt ontheven op verzoek van de schuldenaar (wiens verzoek daartoe mijns inziens ingewilligd *moet* worden). En daarmee kom ik aan het belangrijkste bezwaar tegen deze passages uit de toelichting op het wetsvoorstel. Het moet niet zo zijn dat de schuldenaar kan gaan *regisseren* wie zijn beoogd curator (en dus latere curator) wordt. Dat zou vergemakkelijkt worden indien "harmonie" een constitutief vereiste zou zijn.

Helder is dat zelfstandig optreden van de beoogd curator zonder instemming van de schuldenaar niet mogelijk is. De aanwijzing van een beoogd curator brengt immers geen veranderingen in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar teweeg. In een uitzonderingssituatie heb ik, als beoogd curator, wel eens contact opgenomen met een doorstart-kandidaat op het moment dat de onderhandelingen tussen de schuldenaar en die kandidaat vastgelopen waren. Niet dan met grote aarzeling, niet dan na indringend vooroverleg met de beoogde rechter-commissaris en niet zonder daarover uitvoerig verantwoording af te leggen toen de onderhandelingen door mijn interventie weer op gang gekomen waren. Maar daarmee ontstond vanzelfsprekend ook geen enkele binding voor de schuldenaar.

Ik merk dit op omdat van de beoogde curator natuurlijk wel enige doortastendheid verlangd mag worden (in het belang van de gezamenlijke schuldeisers). Lastiger vond ik de situatie als beoogd curator, waarin de betrokken bank het bestuur van de schuldenaar niet meer als aanspreekpunt wilde hebben, maar uitsluitend de beoogd curator. Dat kan m.i. uitsluitend met instemming en goedvinden van dat bestuur, maar is strikt genomen ongewenst. In een dergelijke situatie lijkt me de hiervoor bedoelde "harmonie" wel degelijk gewenst. Een beoogd curator zal normaal gesproken passiever zijn dan een benoemd curator, maar een rol als "*oliemannetje*" is daarbij niet ondenkbaar.

Gelukkig stelt de toelichting ook nog dat neerlegging van de functie aangewezen is indien "*de aanwijzing niet langer in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers*". Dat en de andere in de Maclou-norm neergelegde belangen dienen uiteindelijk de doorslaggevende, zo niet enige criteria te zijn.



## Internetconsultatie Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I

Openbare publicatie

**Het wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I vanuit arbeidsrechtelijk perspectief**

Door: Universiteit van Amsterdam, vakgroep arbeidsrecht

Auteurs: P. Huffman, J. van der Pijl en I. Zaal<sup>1</sup>

### **Inleiding**

Graag maken wij gebruik van de geboden gelegenheid om te reageren op het Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I. Als auteurs hebben wij gemeen dat wij allen promotieonderzoek doen of hebben gedaan aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam (leerstoelgroep Arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht) en dat dit onderzoek geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op het spanningsveld tussen insolventierecht en arbeidsrecht. Deze achtergrond brengt met zich mee dat wij ons in dit commentaar zo veel mogelijk beperken tot een benadering van het wetsvoorstel vanuit arbeidsrechtelijk perspectief.

Op het eerste oog valt er veel te zeggen voor de regeling, waarvan de verwachte effecten als volgt worden omschreven: "De regeling zal er naar verwachting toe leiden dat faillissementen efficiënter kunnen worden afgewikkeld en de doorstart van gezonde bedrijfsonderdelen sneller kan plaatsvinden. Zo kan onnodig waardeverlies worden voorkomen en de opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement worden gemaximaliseerd. Ook kan hiermee werkgelegenheid worden behouden."<sup>2</sup> Hier kan niemand bezwaren tegen hebben, zo lijkt het.

Nadere beschouwing roept echter nadrukkelijk ook vragen op. Allereerst stippen wij de vraag aan of een soepele doorstart zich wel altijd verdraagt met eerlijke concurrentie. Met name in krimpende markten (grafische industrie, bouw) kan het door andere marktdeelnemers als onrechtvaardig worden ervaren dat concurrenten zich op goedkope wijze van schulden, huur- en arbeidsovereenkomsten ontdoen, terwijl die ondernemers zelf kosten noch moeite hebben gespaard om wel volledig aan hun verplichtingen te kunnen blijven voldoen. Wij verwijzen in dit kader naar de zgn. opruimfunctie die het faillissement (ook) kenmerkt: als een ondernemer niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen is zijn rol vooralsnog uitgespeeld, terwijl de concurrenten die er wel in slagen het hoofd boven water te houden verder mogen gaan, zonder nog last te hebben van de verdwenen concurrent. Wij werken dit betrekkelijk algemene bezwaar nu echter verder niet uit<sup>3</sup>, maar zoomen in op de vraag hoe het wetsvoorstel vanuit het Europese en Nederlandse arbeidsrecht moet worden gezien.

---

<sup>1</sup> Mr. P. (Pam) Huffman is promovenda (onderwerp: arbeidsrecht en insolventie in rechtsvergelijkend perspectief) aan de UvA en Know How Officer bij Allen & Overy, mr. J. (Job) van der Pijl is advocaat-partner bij DingemansVanderKind arbeidsrecht advocaten en als buitenpromovendus aan de UvA (onderwerp: Arbeidsrecht & Insolventie) en mr. I. (Ilse) Zaal Universitair docent arbeidsrecht aan de UvA. Zij verdedigt op 7 februari 2014 haar proefschrift 'De reikwijdte van medezeggenschap' waarin ook aandacht is voor medezeggenschap bij de insolvente werkgever.

<sup>2</sup> Toelichting op het wetsvoorstel op de website van de overheid: [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl).

<sup>3</sup> Zie hierover onder meer J.C. van Apeldoorn, Pre-packs, Tijdschrift voor Insolventierecht, 2012/17.

Een werknemer die zich geconfronteerd ziet met het faillissement van zijn werkgever (de surseance van betaling laten wij in deze bijdrage grotendeels buiten beschouwing) is in de eerst plaats natuurlijk 'gewoon' één van de gedupeerde schuldeisers, maar zijn positie kenmerkt zich toch nadrukkelijk ook door een aantal bijzonderheden, al was het maar omdat zijn werkgever in de regel zijn enige bron van inkomsten is en hij daarvan dus in sterke mate afhankelijk is in vergelijking tot nadere schuldeisers (ook al kan voor kleine toeleveranciers een vergelijkbare afhankelijkheid bestaan). Overigens bestaat er ten faveure van de werknemer allereerst de zgn. loongarantieregeling uit de WW.<sup>4</sup> Deze regeling garandeert de werknemers nakoming van (een belangrijk deel van) hun loonvordering, zowel over de periode voorafgaand aan het faillissement als de periode daarna, te weten de (beperkte) opzegtermijn. Vergeleken met andere schuldeisers komen werknemers er in dit opzicht goed vanaf (ook het feit dat de vordering van de werknemer bevoorrecht is, kan als voordeel voor werknemers worden gezien, al profiteert vooral het UWV als regresnemer daarvan). Uit de faillissementspraktijk bereiken ons geluiden dat het voorgaande met zich brengt dat curatoren zich voor het overige weinig tot niets aan de speciale, want afhankelijke positie van werknemers gelegen laten liggen ("*ze mogen van geluk spreken, dat de loongarantieregeling er is, die luxe heeft geen enkele andere schuldeiser*"). Het faillissement brengt echter ook aanzienlijke nadelen voor de werknemer met zich mee. Kort samengevat: geen ontslagbescherming, geen rechten uit een overeengekomen Sociaal Plan, geen ontslagvergoeding, geen opzegverboden, verkorting opzegtermijn, geen volledige voldoening vorderingen door UWV (geen aanspraken op loon of bijvoorbeeld variabele beloning van meer dan 13 weken oud; straks maximering loonaanspraak), terwijl bijvoorbeeld een concurrentiebeding in beginsel haar geldigheid niet verliest. Gezien de afhankelijkheid die de arbeidsverhouding ondanks tal van emanciperende maatschappelijke ontwikkelingen nog altijd kenmerkt, is het noodzakelijk niet te lichtvaardig over de belangen van een werknemer heen te stappen, ook niet als diens werknemer in insolvente staat is komen te verkeren.

Voor wat betreft het huidige wetsvoorstel: de voorliggende regeling van – kort samengevat – het "beoogd curatorschap" vormt in feite het voorlopige sluitstuk van een grondig gevoerde discussie onder met name insolventierechtsspecialisten over de zgn. pre pack.<sup>5</sup> De rechtspraak heeft in 2012 al een initiatief genomen om dit fenomeen eigenhandig in de praktijk in te voeren.<sup>6</sup> Uit de daarop volgende faillissementsverslagen valt af te leiden dat krachtens die praktijk curatoren en hun kantoorgenoten (in verschillende gevallen zijn teams met diverse specialisten ingevlogen) onmiddellijk een grondige en zeer actieve aanpak kozen, waarbij alle inzet gericht was op totstandkoming van een voorbereide doorstart (en niets anders) en waarbij in de overgrote

---

<sup>4</sup> Let op: wetsvoorstel 33 818 ("*Werk en Zekerheid*"), voorziet in een wijziging van artikel 64 WW per 1 juli 2014 in de vorm van een beperking van de uitkering aan werknemers (die momenteel ongelimiteerd is qua hoogte) tot 1,5 maal het maximum dagloon kunnen wij leven, al is de grens betrekkelijk arbitrair en deze verdaagt zich ook met de eisen die de Europese richtlijnen daaraan stelt.

<sup>5</sup> De discussie startte met: N.W.A. Tollenaar, *Faillissementsrecht* van Nederland: geven ons de pre-pack!, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2011/23. Daarna onder meer: Mr. M.R van Zanten, *ArbeidsRecht*, Maandblad voor de praktijk, Aan het werk met de pre-pack! *ArbeidsRecht* 2013/47, B.J. Tideman, Kritische kanttekeningen bij de pre-pack, *Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk*, nummer 6, september 2013 en E. Loesberg, Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht, *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk*, nummer 1, februari 2013.

<sup>6</sup> Acht van de elf rechtbanken in Nederland werken mee door desgevraagd en onder voorwaarden de curator te benoemen die in geval van een uiteindelijk faillissement zou worden benoemd (niet: de rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg).

meerderheid van de gevallen in het geheim gesproken werd met slechts één enkele overnamekandidaat c.q. doorstarter die vereenzelvigd kon worden met de ondernemer die de in zwaar weer verkerende onderneming runde dan wel daarmee gelieerd was of daar anderszins nauwe banden mee had.<sup>7</sup> Dit is bepaald een andere praktijk dan hetgeen het wetsvoorstel thans met de aanwijzing van een beoogd curator voorstaat, nu dit een volstrekt passieve, vleugellamme *fly on the wall* zou moeten zijn. Het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting wekken daarom de indruk dat ze naar een bepaald resultaat zijn "toegeschreven" om hierna te bespreken (hoofdzakelijk arbeidsrechtelijke) problemen te omzeilen, overigens tevergeefs.

De meest prominente zorg vanuit arbeidsrechtelijk perspectief is het ontbreken van een adequaat antwoord op de vraag waarom via faillissement in het algemeen en via de voorbereide doorstart in het bijzonder, een ondernemer zijn activiteiten voort kan zetten en daarbij naar believen kan kiezen uit het personeelsbestand, zonder daarbij op enigerlei wijze rekening te hoeven houden met de buiten faillissement geldende selectiecriteria en principes als het afspiegelingsbeginsel. De vakorganisaties uitten bij de doorstart van Schoenenreus al expliciet hun zorgen hieromtrent.<sup>8</sup> Juist voor oudere, arbeidsongeschikte, duurdere en minder functionerende werknemers was in de nieuwe organisatie geen plaats. Daarbij zij aangetekend dat in de huidige faillissementspraktijk curatoren om te beginnen daags na de faillietverklaring de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers opzeggen, na daartoe op de kortst mogelijke termijn en zonder enige voorafgaande toetsing door de rechter-commissaris te zijn gemachtigd. Zo bezien vindt er nooit een zorgvuldige selectie plaats van werknemers die al dan niet mee mogen gaan naar de nieuwe onderneming, nu deze immers vrij is in het aangaan van arbeidsovereenkomsten met het personeel dat men verkiest. Curatoren, noch rechter-commissarissen plegen bij een doorstart c.q. overgang van activiteiten (en feitelijk ook werknemers) voorwaarden te stellen met betrekking tot de keuze van werknemers die mee overgaan met de doorstartende onderneming. Dit lijkt verband te houden met het volgende. Algemeen aanvaard is dat de regels van overgang van ondernemingen niet van toepassing zijn bij faillissement. Dit is een gevolg van Europese rechtspraak,<sup>9</sup> Europese richtlijnen en het daar uiteindelijk op gebaseerde artikel 7:666 lid 1 BW, dat de regels aangaande het behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming buiten toepassing verklaart indien een werkgever in staat van faillissement verkeert.<sup>10</sup>

In het kader van deze beschouwing willen wij nu allereerst stilstaan bij de totstandkoming van genoemd artikel 7:666 BW, waarbij zowel aan de orde komt of dat artikel met de buiten toepassing verklaring van de regels van overgang van onderneming zich nog wel verdraagt met de Europese richtlijn en jurisprudentie en – in het kader van deze internetconsultatie: actueler – hoe dit wetsvoorstel in dat licht moet worden gezien. Daarna wordt tevens nagegaan of de beoogde regeling niet ook gevolgen zou moeten hebben voor de (werking van de) Wet op de Ondernemingsraden en de Wet Melding Collectief Ontslag. We sluiten af met een conclusie

### **De toepasselijkheid van de Richtlijn Overgang van Onderneming**

---

<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld de openbare faillissementsverslagen van de curatoren in de faillissementen van Schoenenreus, Opinion Group, Pelikaan Uitgeverijen, Ruwaard van Putten Ziekenhuis, Marlies Dekkers, Ciccolella.

<sup>8</sup> Het Financieel Dagblad van 17 oktober 2013 (artikel: Gedupeerden in actie)

<sup>9</sup> HvJ EU 7 februari 1985, NJ 1985,900 (Abels).

<sup>10</sup> Ingevoerd per 1 juli 2002.

Als groot voordeel van de faillissementsprocedure en het door middel van die procedure doorstarten (met of zonder stille bewindvoerder/beoogd curator) wordt gezien dat de regels met betrekking tot overgang van onderneming dan niet van toepassing zijn. In art. 7:666 BW is immers bepaald dat de artikelen 7:662-7:665 BW niet van toepassing zijn in wanneer een overgang van onderneming plaatsvindt in een faillissementsprocedure. Dat heeft tot gevolg dat de rechten en verplichtingen uit bestaande arbeidsovereenkomsten niet automatisch meegaan op de verkrijger. Dit betekent dat de verkrijger uit het personeelsbestand kan kiezen wie hij in dienst wil nemen en dit in beginsel ook kan doen tegen minder gunstige voorwaarden. Het valt echter te betwijfelen of de volledige uitsluiting van de regels met betrekking tot overgang van onderneming wanneer de vervreemder zich in een faillissementsprocedure bevindt wel richtlijnconform is. Wij zullen dat hierna uiteenzetten.

Richtlijn 2001/23/EG<sup>11</sup> (hierna: de Richtlijn) is de derde sociaal klassieke richtlijn en onderdeel van het Sociaal Actie Programma (hierna: SAP) van 1974-76.<sup>12</sup> Het SAP werd opgesteld naar aanleiding van verantwoording over een reorganisatie bij Akzo - een Nederlands-Duits concern - waarbij besloten werd tot ontslag van 5.000 werknemers in het land waar de kosten daarvoor het laagst waren. Het SAP moest de Europese Gemeenschap een 'sociaal gezicht' te geven door middel van richtlijnen die minimumnormen bevatten om herstructureringen te faciliteren. De richtlijnen waren nadrukkelijk niet bedoeld om de beleidsvrijheid van ondernemingen te beperken met betrekking tot het herstructureren en het ontslaan van werknemers.<sup>13</sup> In plaats daarvan zijn ze gericht op het reguleren van de sociale gevolgen en het verzachten van de effecten van herstructureringen en collectieve ontslagen.

Doel van de Richtlijn is het beschermen van werknemers bij verandering van ondernemer, door het behoud van hun rechten veilig te stellen.<sup>14</sup> De rechten die volgens de Richtlijn beschermd moeten worden zijn rechten uit de arbeidsovereenkomst en medezeggenschapsrechten. Tevens beoogt de Richtlijn te voorkomen dat de herstructurering binnen de gemeenschappelijke markt ten koste gaat van de werknemers van de betrokken ondernemingen. Van een overgang van onderneming is sprake bij een overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan. Wanneer sprake is van een overgang van onderneming gaan de rechten en verplichtingen uit de op het moment van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of dienstbetrekking over op de verkrijger.<sup>15</sup> Tevens mag krachtens art. 4 de overgang van onderneming op zichzelf geen reden tot ontslag vormen. Dit zogenoemde ontslagverbod wegens de overgang van onderneming vormt echter geen beletsel voor ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die een wijziging van de werkgelegenheid tot gevolg hebben.

---

<sup>11</sup> Richtlijn van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* L 82.

<sup>12</sup> Ook de Richtlijn 98/59 (Collectief ontslag) en 2008/94 (Insolventierichtlijn) stammen uit het Sociaal Actieprogramma 1974-76.

<sup>13</sup> Zie ook: S.S.M. Peters en R.M. Beltzer, *Inleiding Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p.265 en C. Barnard, *EU Employment Law*, Oxford University Press 2012, p. 629-630.

<sup>14</sup> Preambule Richtlijn 2001/23/EG, punt 3.

<sup>15</sup> Art. 3 lid 1 Richtlijn. Ook rechten en plichten die voortvloeien uit collectieve arbeidsovereenkomsten gaan over op de verkrijger.

In de eerste versie van de Richtlijn<sup>16</sup> was geen bepaling opgenomen met betrekking tot de toepasselijkheid van de bepalingen uit de Richtlijn in insolventie. Het Hof van Justitie (hierna: het Hof) leek na enige jaren een einde te maken aan de onduidelijkheid over de toepasselijkheid van de Richtlijn bij insolventieprocedures. In het *Abels*-arrest<sup>17</sup> werd bepaald dat de Richtlijn niet van toepassing was bij de overgang van een onderneming die zich in een faillissementsprocedure bevindt. Daarbij werd overwogen dat de toepasselijkheid van de Richtlijn in een insolventieprocedure zowel een goed als een schadelijk effect heeft op de belangen van de werknemers die zij poogt te beschermen. De toepasselijkheid van de richtlijn in een insolventieprocedure kan immers een potentiële koper weerhouden van een eventuele overname. Dat zou ertoe leiden dat de onderneming die zich in een insolventieprocedure bevindt alsnog geliquideerd moet worden waardoor alle arbeidsplaatsen verloren gaan.<sup>18</sup> Een dergelijk risico van een tegen de sociale doelstellingen van het Verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en arbeidsomstandigheden van de werknemers valt derhalve niet uit te sluiten. Daaruit vloeit, volgens het Hof, voort dat de richtlijn de lidstaten er niet toe verplicht de bepalingen daaruit ook van toepassing te verklaren op een overgang van een onderneming die plaatsvindt in het kader van een faillissement, dat gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie.<sup>19</sup>

Het Hof overwoog ten aanzien van de surseance van betaling dat dit een procedure van een hele andere orde is, omdat zij gericht is op het behoud van de boedel en niet op de liquidatie ervan.<sup>20</sup> Het Hof overwoog overigens nog dat lidstaten de Richtlijn, indien gewenst, wel van toepassing *konden* verklaren in geval van een faillissementsprocedure. Hoewel dit in eerste instantie een duidelijke uitspraak leek, wist het Hof nadien toch nog verwarring te scheppen met enkele andere arresten.

In het arrest *D'Urso*<sup>21</sup> knoopte het Hof voor het oordeel of de Richtlijn van toepassing was bij de overgang van een onderneming die in insolventie verkeerde, aan bij het criterium 'het doel dat met de procedure wordt nagestreefd'. Ook in de arresten *Spano/Fiat*<sup>22</sup> en *Dethier/Dassy*<sup>23</sup> werd aansluiting gezocht bij het doel dat met de procedure wordt nagestreefd om tot een oordeel te komen over de toepasselijkheid van de Richtlijn.<sup>24</sup> Later oordeelde het Hof in *Europièces*<sup>25</sup> dat om te bepalen of de overgang van een onderneming die het voorwerp uitmaakt van een administratieve of gerechtelijke procedure, binnen de werkingsfeer van de Richtlijn valt, het beslissende criterium het doel is dat met de procedure wordt beoogd. Daarnaast moet rekening worden gehouden met de

---

<sup>16</sup> Richtlijn 77/187/EG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassingen 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, *PbEG* 1977 L 061.

<sup>17</sup> HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900.

<sup>18</sup> R.o. 21.

<sup>19</sup> R.o. 23.

<sup>20</sup> R.o. 28-30.

<sup>21</sup> HvJ EG 25 juli 1991, *NJ* 1994, 168 (*D'Urso*).

<sup>22</sup> HvJ EG 7 december 1995, *NJ* 1996, 743.

<sup>23</sup> HvJ EG 12 maart 1998, *JAR* 1998, 100.

<sup>24</sup> R.M. Beltzer, 'Vereffenen is niet liquideren: het *formele doel* van de *insolventieprocedure* en Richtlijn 77/187', *TvJ* 1998, 3, p. 180-184.

<sup>25</sup> HvJ EG 12 november 1998, C-399/96.

modaliteiten van de betrokken procedure, met name de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt, alsook met de doelstelling van de Richtlijn.<sup>26</sup>

In 1998 werd art. 4 bis (later art. 5) aan de Richtlijn toegevoegd.<sup>27</sup> Volgens deze bepaling zijn 'de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).' Hiermee werd de expliciete mogelijkheid gecreëerd om de toepasselijkheid van de Richtlijn in geval van een overgang van onderneming in een insolventieprocedure uit te sluiten. Dit is ook als zodanig in art. 7:666 BW geïmplementeerd.<sup>28</sup>

Hoewel het 'doel-criterium' in eerste instantie een heldere leidraad lijkt, is het met betrekking tot de Nederlandse situatie toch niet helemaal duidelijk. De faillissementsprocedure is formeel gericht op de vereffening van de boedel, waarbij de curator de opdracht heeft zoveel mogelijk opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te genereren. In de praktijk wordt regelmatig een doorstart gemaakt uit een faillissement. Met de komst van de stille bewindvoerder of beoogd curator lijkt een doorstart vaak zelfs vooropgezet of in elk geval gepland te zijn.<sup>29</sup> Daar kan men tegenin brengen dat de afwikkeling van een faillissement, al dan niet in een doorstart, zoveel mogelijk in het belang van de gezamenlijke crediteuren dient te gebeuren. Een doorstart is in die argumentatie dus niet bewerkstelligd met het oog op behoud van de onderneming, maar met het oog op het maximaliseren van de opbrengst van de gezamenlijke schuldeisers. De vraag of de voorbereide doorstart, waarbij in de regel slechts met een overnamekandidaat (in de praktijk vrijwel steeds met banden met de in deconfiture verkerende ondernemer) wel daadwerkelijk leidt tot maximalisatie van de opbrengst, laten wij gezien de door ons gekozen arbeidsrechtelijke context buiten beschouwing.

Kijkend naar het wetsvoorstel (waarmee de huidige praktijk een wettelijke basis wordt gegeven), is de mogelijkheid tot aanwijzing van een beoogd curator er – mede – op gericht om de doorstart van op zichzelf levensvatbare gedeelten van de onderneming na faillissement te bespoedigen.<sup>30</sup> Ook dient een schuldenaar aannemelijk te maken dat het aanwijzen van een beoogd curator mede in het belang is van de continuïteit van de gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers.<sup>31</sup> De voortzetting van de onderneming is misschien niet het hoofddoel, maar – getuige ook de titel van het wetsvoorstel<sup>32</sup> – zeker niet onbelangrijk bij het aanwijzen van een beoogd curator. Dit past ook in de Europese ontwikkelingen waar de nadruk op 'rescue' van ondernemingen ligt.<sup>33</sup> Bij het 'gewone' faillissement blijkt uit de volledige wetsgeschiedenis dat het oorspronkelijk doel de liquidatie van de onderneming in

---

<sup>26</sup>R.o. 28. Daarbij ging het in *Europièces* om een (Belgische) vereffeningprocedure, waarvan het formele doel in beginsel ook niet het voortbestaan van de onderneming is.

<sup>27</sup> Richtlijn 98/59/EG, PB L 225 van 12 augustus 1998, p. 16.

<sup>28</sup> *Stb.* 2012, 241.

<sup>29</sup> Zo is ook af te leiden uit de faillissementsverslagen van bijvoorbeeld het Ruwaard van Putten ziekenhuis.

<sup>30</sup> Concept MvT, p. 1-2.

<sup>31</sup> Art. 363 lid 1 van het voorontwerp.

<sup>32</sup> Wet *continuïteit* ondernemingen I.

<sup>33</sup> Zo is een *Key Action* van de *Single Market Act II* (3 oktober 2012) 'Modernise EU insolvency rules to facilitate the survival of businesses and present a second chance for entrepreneurs'. Zie ook de Mededeling van de Commissie 'Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie', COM (2012) 742.

financiële moeilijkheden is, waarbij een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers gegeneerd moet worden. Een doorstart kan daar dan al dan niet uit volgen. Voor een voorbereide doorstart met behulp of onder begeleiding van een beoogd curator valt echter niet vol te houden dat het om een liquidatie-doelstelling gaat, zeker niet nu 'behoud van werkgelegenheid' als doel in de wettekst staat. Gezien de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof van Justitie waarin wordt aangesloten bij het 'doel van de procedure' achten wij het zeer goed mogelijk dat een overgang van onderneming in een insolventieprocedure (met behulp van een beoogd curator) wel degelijk onder het toepassingsbereik van de Richtlijn zou kunnen vallen. Daarbij dient opgemerkt te worden dat Nederland het enige land is waar de bepalingen met betrekking tot overgang van onderneming in een insolventieprocedure volledig niet van toepassing zijn.<sup>34</sup> In Duitsland is de volledige regeling van toepassing op een overgang in een insolventieprocedure. België kent aangepaste regelingen bij een overname van activa na faillissement (cao nr. 32 bis) respectievelijk de overdracht van de onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie (cao nr. 102) waarbij de werknemers een bepaalde mate van bescherming wordt geboden.<sup>35</sup> In Groot Brittannië, waar de regels met betrekking tot overgang van onderneming niet van toepassing zijn in een insolventieprocedure, is onlangs geoordeeld dat TUPE van toepassing is wanneer sprake is van een *pre-packaged insolvency* waarin een onderneming wordt voortgezet met het oog op de *going concern* verkoop van die onderneming.<sup>36</sup> Wij vragen aandacht voor dit arbeidsrechtelijke aspect bij de pre-pack door de wetgever.

#### Mogelijkheden voor de wetgever

Dat de volledige toepasselijkheid van de bepalingen uit de Richtlijn in een insolventieprocedure potentiële kopers van een overname mogelijk zal weerhouden onderschrijven wij. Dat zou namelijk tot gevolg hebben dat wanneer sprake is van een overgang van onderneming in een faillissementsprocedure, het volledige personeelsbestand mee overgaat. Er zijn echter opties het effect van de Richtlijn te beperken. De overgang van onderneming laat de mogelijkheid van ontslag wegens economische, technische of organisatorische redenen onverlet. Op grond hiervan zou een ontslag rondom een overgang gerechtvaardigd kunnen worden. Een voorbeeld is Duitsland, waar § 613a BGB (de bepaling met betrekking tot overgang van ondernemingen) volledig van toepassing is in een insolventieprocedure. Opzeggingen die samenhangen met de overgang van de onderneming, maar waarvoor de overgang niet de voornaamste reden is voor de opzegging worden toegestaan. Wanneer een onderneming 'verkoop klaar' wordt gemaakt, en daar een saneringsplan of bedrijfsconcept aan ten grondslag ligt, is de opzegging niet in strijd met het opzegverbod.<sup>37</sup> Aan een dergelijke opzegging dient dan een saneringsplan van de onderneming ten grondslag te liggen.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> In surseance van betaling zijn de regels met betrekking tot overgang van onderneming wel van toepassing, maar nu deze procedure vrijwel niet benut wordt, of alleen als 'voorportaal' van het faillissement, laten wij deze buiten beschouwing.

<sup>35</sup> Zelfs in een faillissementsprocedure, waarvan algemeen is erkend dat deze de stopzetting van de activiteiten tot gevolg heeft, behouden werknemers die bij een overname van activa worden overgenomen bijvoorbeeld de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst die ze bij hun gefailleerde (ex-)werkgever hadden.

<sup>36</sup> UKEAT/0395/08/DM, *Oakland*. Overigens is de regeling met betrekking tot de beoogd curator grotendeels gebaseerd op de Engelse *pre-pack* praktijk.

<sup>37</sup> "Veräußererkündigung auf Erwerbkonzept"; BAG 26.5.1983 – 2 AZR 477/81, BAGE 43, 13; BAG 18.7.1996 – 8 AZR 127/94; Annuß/Lembke, p. 44-46; BAG 20.3.2003 - AZR 97/02, *NJW* 2003, 3506.

<sup>38</sup> BAG 20.3.2003 – 8 AZR 97/02, *NZA* 2003, 1027, 1029.

Ook biedt de Richtlijn een mogelijkheid tot beperking van de overname van arbeidsrechtelijke rechten en plichten. Art. 5 lid 2 luidt als volgt:

*“Indien een lidstaat ervoor kiest de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn van toepassing te laten zijn op een overgang tijdens insolventieprocedures (ongeacht de vraag of deze procedures al dan niet zijn ingeleid met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) en die onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie kan een lidstaat bepalen dat:*

- A) Onverminderd artikel 3, lid 1, de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die verschuldigd zijn vóór de overgang of voor de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger, indien dergelijke procedures uit hoofde van de in de betrokken lidstaat geldende wetgeving een bescherming bieden die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder Richtlijn 80/987/EEG, en/of dat*
- B) De verkrijger, de vervreemder of de persoon (personen) die de functies van de vervreemder uitoefenen enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds zullen overeenkomen om, voorzover de geldende wetgeving of praktijk zulks mogelijk maakt, in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming, de vestiging of onderdelen daarvan te verzekeren.”*

De laatste optie is op grond van art. 5 lid 3 alleen mogelijk indien de mogelijkheid tot het aanpassen van de arbeidsvoorwaarden bij de verkrijger al bestond voor 17 juli 1998, hetgeen in Nederland niet het geval was. De Nederlandse wetgever zou in elk geval gebruik kunnen maken van de onder A) genoemde mogelijkheid de overname van schulden die uit arbeidsovereenkomsten voortvloeien te beperken.

## Medezeggenschap

Onder het huidige insolventierecht is er vrijwel geen rol voor de OR bij het aanvragen van het eigen faillissement dan wel surseance van betaling. De Hoge Raad heeft in de zaak YVC-IJsselwerf overwogen dat een verzoek tot het verlenen van surseance van betaling niet adviesplichtig is, omdat de benoeming van een bewindvoerder niet leidt tot een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming (25 lid 1 sub e WOR).<sup>39</sup> In het algemeen wordt aangenomen dat hetzelfde dient te gelden voor het (voorgenomen) besluit om het eigen faillissement aan te vragen. Eerder heeft Zaal gesteld dat dit ten onrechte wordt afgeleid uit jurisprudentie en wetsgeschiedenis.<sup>40</sup> Na faillietverklaring is er wel een rol voor de OR. Wanneer de curator bijvoorbeeld voornemens is de onderneming over te dragen, zal hij daarvoor advies aan de OR dienen te vragen.

Onder de Wet continuïteit van onderneming I kan het zijn dat de overdracht van onderneming al voorbereid wordt voor het moment van faillietverklaring. In de toelichting wordt gesteld dat de taak van de beoogd curator betrekking heeft op de voorbereiding van een activatransactie uit faillissement waarbij de levensvatbare onderdelen ten behoeve van de doorstart worden verkocht aan een derde.<sup>41</sup> Als in die voorbereiding het moment van een voorgenomen besluit reeds wordt bereikt, zal de OR daarbij moeten worden betrokken op grond van art. 25 lid 1 sub a WOR. In de

<sup>39</sup> Hoge Raad 6 juni 2001, JAR 2001/128 (YVC IJsselwerf).

<sup>40</sup> I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de rol van de OR en vakbonden', *Arbeidsrecht* 2013, 40.

<sup>41</sup> Toelichting p. 2.



praktijk is ook de rol van de OR na faillietverklaring gering, omdat de OR – wegens het ontslag van alle leden – vrijwel nooit meer bestaat.

Ook de benoeming van de beoogd curator kan naar onze mening worden gezien als een adviesplichtig besluit. Op grond van art. 25 lid 1 sub n WOR moet immers het verstrekken van een adviesopdracht aan een externe deskundige ter advisering worden voorgelegd aan de OR. Naar onze mening kan de stille curator beschouwd worden als een dergelijke externe deskundige. Hieronder leggen we uit waarom.

Voor de vraag of sprake is van een adviesplichtig besluit in de zin van art. 25 lid 1 sub n WOR moet worden gekeken naar de volgende elementen:

- 1) Is sprake van een adviesopdracht?
- 2) Wordt deze adviesopdracht verleend aan een deskundige buiten de onderneming?
- 3) Heeft de adviesopdracht betrekking op een adviesplichtig (voorgenomen) besluit in de zin van art. 25 lid 1 sub a t/m m WOR?

1) Er hoeft geen sprake te zijn van een specifieke op schrift gestelde adviesopdracht. Ook uit de feitelijke gang van zaken kan naar onze mening een adviesopdracht worden afgeleid. Uit de toelichting volgt duidelijk dat het de bedoeling is dat de beoogd curator de onderneming bij staat met raad en advies.

2) Niet ter discussie staat dat de beoogd curator buiten de onderneming staat. Uit de toelichting volgt namelijk dat de curator een onafhankelijke positie heeft.<sup>42</sup> In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat de beoogd curator geen adviseur is. Dit is naar onze mening onvoldoende om uit te sluiten dat sprake is van een deskundige in de zin van art. 25 lid 1 sub n WOR. De Ondernemingskamer kijkt immers naar de feitelijke situatie en niet zozeer naar de naam die iemand wordt gegeven. Wanneer gekeken wordt naar de taken van de beoogd curator lijkt zeker sprake te zijn van advies door een deskundige. Hij kijkt mee, laat zich informeren, maar verklaart ook hoe hij in een eventueel faillissement zal oordelen over rechtshandelingen. Later stelt de minister dat de beoogd curator bijvoorbeeld een gecontroleerd liquidatieproces kan voorbereiden of de voorwaarden kan toetsen waaronder na faillissement een verkoop van de levensvatbare onderneming aan een derde zou plaats vinden.<sup>43</sup> Dit zijn adviserende bevoegdheden. Een en ander hangt wel af van wat de onderneming aan de beoogd curator zal vragen. Uit de schaarse jurisprudentie op grond van art. 25 lid 1 sub n WOR blijkt tevens dat art. 25 lid 1 sub n ruim wordt uitgelegd.

3)

Het laatste element heeft betrekking op het verband tussen de adviesopdracht en een andere adviesplichtige aangelegenheid. Daarbij is doorslaggeven dat het te zijner tijd voorgenomen besluit (mede) gebaseerd is op het advies van de externe deskundige.<sup>44</sup> Met andere woorden: de adviesopdracht moet in het kader van een aangelegenheid in de zin van art. 25 lid 1 sub a t/m n worden verstrekt. Niet noodzakelijk is dat ten aanzien van die aangelegenheid al sprake is van een

---

<sup>42</sup> Toelichting p. 4.

<sup>43</sup> Toelichting p. 7 en 8.

<sup>44</sup> Zie ook: Rood/Verburg Wet op de ondernemingsraden p. 304.

voorgenomen besluit.<sup>45</sup> Zoals eerder opgemerkt volgt uit de toelichting dat stille curator wordt ingesteld met het doel voorbereidingen te treffen voor de activatransactie. Hieruit volgt duidelijk dat hetgeen de stille curator adviseert gebruikt kan worden als basis voor een besluit in de zin van art. 25 lid 1 sub a dan wel b. Dat de aanwijzing van de stille curator omkeerbaar is, doet niets af aan de adviesplichtigheid.

Een adviesrecht voor de OR staat op gespannen voet met de doelstellingen van het wetsvoorstel. In een pre-pack situaties is immers van belang dat de procedure zo snel mogelijk geschiedt en dat weinig ruchtbaarheid wordt gegeven aan de mogelijke faillietverklaring en doorstart. Het adviesrecht van de OR, met mogelijkheid tot het instellen van beroep, kan een vertragende werking hebben, ook al kan van een OR in een dergelijk geval verwacht worden dat hij voortvarend opereert. Wij adviseren de minister dan ook een specifieke medezeggenschapsprocedure op te nemen voor de procedure met de beoogd curator. Te denken valt bijvoorbeeld aan een informatierecht/hoorrecht dan wel een adviesrecht zonder beroep. Ook raden wij aan de vakbonden te betrekken bij de procedure.

## WMCO

Wij wijzen voorts ook op de werking van de Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO).<sup>46</sup> De verplichtingen uit hoofde van deze wet hebben betrekking op situaties waarin – kort gezegd – de arbeidsovereenkomst van 20 of meer werknemers worden beëindigd. In pre-packsituaties is dit op het eerste oog vaak het geval. Het gaat in de regel om grotere ondernemingen (al was het maar omdat de financiering van een beoogd curator op voorhand de nodige financiële middelen vergt, hetgeen naar onze inschatting bij de gemiddelde MKB-onderneming, die in financiële problemen is komen te verkeren een serieus obstakel is) waarbij het gangbaar is dat de curator – zoals eerder gememoreerd - ervoor kiest om eerst het volledige personeelsbestand te ontslaan, om de doorstarter vervolgens nieuwe arbeidsovereenkomsten met werknemers naar keuze aan te kunnen laten gaan. De schaduwzijde (vanuit de doorstarter geredeneerd) van deze insteek is dat het vrijwel steeds om een ontslag van meer dan 20 werknemers zal gaan. Niet valt in te zien waarom de Wet Melding Collectief Ontslag niet op deze situaties van toepassing zou zijn, hetgeen betekent dat er een verplichting rust om overleg aan te gaan met de werknemersvertegenwoordigers. Als aan hem een goed en redelijk plan wordt voorgelegd met waarborgen voor de werkgelegenheid en afspraken over selectie van personeel, kunnen zij snel instemmen met de pre-pack. Uiteraard geldt niet de maand wachttijd die buiten faillissement geldt omdat de toestemming van het UWV voor de opzegging niet noodzakelijk is bij faillissement (aldus artikel 6 lid 2, aanhef en sub c BBA 1945). Schaink<sup>47</sup> oordeelt dat het niet de bedoeling van de werkgever is geweest om de overlegverplichting tijdens faillissement te laten gelden. Wij delen dat standpunt niet. De wetgever heeft op verschillende plaatsen in de WMCO een uitzondering opgenomen voor faillissementssituaties, maar uitdrukkelijk niet ten aanzien van de overlegverplichting. Wij menen dan ook dat deze verplichting zonder meer geldt. Het belang ervan is bovendien sinds de per 1 maart 2012 ingevoerde wetswijziging sterk

<sup>45</sup> Kantonrechter Utrecht 4 maart 2011, *JAR* 2001/252.

<sup>46</sup> Over dit onderwerp uitgebreider: I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Kluwer 2014, p.250, J. van der Pijl, *Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?*, *Arbeidsrecht* 2013/38 en I. Zaal, *Doorstart na faillissement, de rol van de OR en vakbonden*, *ArbeidsRecht* 2013/40.

<sup>47</sup> P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventie*, Kluwer 2012, p. 28.

toegenomen, omdat er nu een verstrekkende sanctie op niet naleving van deze verplichting rust, te weten vernietigbaarheid van de opzegging door de individuele werknemer, aldus artikel 7 lid 1 WMCO. Dit betekent, dat een curator een groot risico loopt, om niet te zeggen een beroepsfout maakt, indien hij deze verplichting negeert. Impliciet – en daarom maken wij hier melding van de WMCO – verplicht dit een ondernemer, met de beoogde curator aan zijn zijde, om tijdig, met gebruikmaking van het opleggen van geheimhouding, met de werknemersvertegenwoordigers het gesprek aan te gaan. In zo'n gesprek kan aan de orde komen of zelfs worden bedongen dat bij een voorbereide doorstart op zorgvuldige en transparante wijze wordt geselecteerd wie er mee over gaat dat en daarover specifieke afspraken worden gemaakt.<sup>48</sup> Hier ligt ook een toeziende taak voor de rechter-commissarissen. In het kader van de beoogde wetwijziging zou ook voorzien kunnen worden in een aanvullend artikel(lid) in de WMCO, dat de tijd die gemoeid is met raadpleging van de werknemersorganisaties in aftrek brengt op de maximaal in acht te nemen opzegtermijn (met een minimum van een maand). Overigens is er nu juist bij een voorbereide doorstart doorgaans wel (iets) meer tijd om juist voorafgaand aan het faillissement al het gesprek aan te gaan, zonder dat dit ten koste van de opzegtermijn hoeft te gaan. Zo bezien zou de aftrekmogelijkheid alleen moeten geleden bij een raadpleging ná faillietverklaring.

### Conclusie en aanbevelingen

In het huidige faillissementsrecht is weinig aandacht voor de bijzondere positie van de werknemer. Toen de huidige Faillissementswet werd ontworpen was er ook nog weinig regelgeving op het gebied van het arbeidsrecht. Dit is pas aan het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw ontstaan, terwijl het faillissementsrecht uit de 19<sup>e</sup> eeuw dateert. Wij raden de minister aan bij toekomstige wijzigingen van het faillissementsrecht, zoals het onderhavige wetsvoorstel, te kiezen voor een integrale benadering, zodat knelpunten zoals hierboven besproken zich niet voordoen. Dit sluit ook aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin is bepaald dat in geval van faillissement niet alleen rekening moet worden gehouden met de belangen van de crediteuren, maar ook met andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid.<sup>49</sup>

Bij de integrale benadering van het arbeidsrecht en het faillissementsrecht raden wij de minister aan in ieder geval aandacht te besteden aan de volgende punten:

- Het betrekken van OR en vakbonden op een moment dat dit nog van invloed is op de besluitvorming, maar op zodanige wijze dat dit geen onnodige vertraging of belemmering voor het proces meebrengt.
- De mogelijkheid om de duur van de raadplegingsprocedure van de WMCO af te trekken van de opzegtermijn.
- De Richtlijn overgang van onderneming van toepassing verklaren op de procedure beschreven in de Wet continuïteit van ondernemingen
- Gebruik maken van de mogelijkheden die de Richtlijn overgang van ondernemingen biedt om af te wijken in het geval van faillissement.

---

<sup>48</sup> I. Zaal, De reikwijdte van medezeggenschap, Kluwer 2014, p.251.

<sup>49</sup> Onder omstandigheden moet het belang van een individuele crediteur zelfs wijken voor een maatschappelijk belang. Hoge Raad 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (Sigmacon II), Hoge Raad 19 april 1996, *NJ* 1996/48 (Maclou), Hoge Raad 19 december 2003, *NJ* 2004, 293 (Mobell/Interplan).

Naast de in dit stuk genoemde mogelijkheden kan verder worden gedacht aan meer algemene aanpassingen van het ontslagrecht. Zo is het naar onze mening wenselijk dat de toepasselijkheid van de ragetlie- en ketenregel wordt uitgesloten in het geval van een doorstart bij faillissement.



0 8 D



02/10/2014

09:33

066

## de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

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

Directie Strategie en  
Ontwikkeling

bezoekadres  
Kneuterdijk 1  
2514 EM Den Haag

correspondentieadres  
Postbus 90613  
2509 LP Den Haag

T (088) 36 10000  
F (088) 36 10022  
[www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)

datum 5 februari 2014  
contactpersoon  
e-mail  
telefoonnummer  
ons kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
uw kenmerk 438067  
onderwerp Advies wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I

Geachte heer Opstelten,

Bij brief van 22 oktober 2013, kenmerk 438067 verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de “Raad”) advies uit te brengen inzake het wetsvoorstel Wijziging van de Faillissementswet in verband met de mogelijkheid van aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de doelmatige afwikkeling dan wel toepassing van een eventueel faillissement of surseance van betaling (Wet continuïteit ondernemingen I - het “wetsvoorstel”).

### Het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel introduceert een regeling op basis waarvan de rechtbank, op verzoek van een onderneming met ernstige financiële problemen, kan aanwijzen wie in geval van een eventuele faillietverklaring of verlening van surseance van betaling benoemd zal worden als curator of bewindvoerder en rechter-commissaris.

De regeling heeft een tweeledig doel. Enerzijds beoogt zij de gestructureerde en doelmatige toepassing van surseances van betaling en een efficiënte afwikkeling van faillissementen te faciliteren. Anderzijds is zij erop gericht om – waar dit mogelijk blijkt – de doorstart van op zichzelf levensvatbare gedeelten van de onderneming na faillissement te bespoedigen door de onderneming in staat te stellen daartoe al voorafgaand aan het moment van faillietverklaring de benodigde voorbereidingen te treffen en deze af te stemmen met de beoogd curator.

Het wetsvoorstel maakt deel uit van het programma Herijking Faillissementsrecht<sup>1</sup> en is onderdeel van de tweede pijler: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven, dat erop gericht is onnodige faillissementen te voorkomen.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> De overige twee pijlers betreffen fraudebestrijding en modernisering van de faillissementsprocedure (zie Kamerstukken II, 2012-2013, 29 911, nr. 74).

<sup>2</sup> Kamerstukken II, 2012-2013, 33 695, nr. 1.



# de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

02/10/2014

09:34

067

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 2 van 14

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad als volgt.<sup>3</sup>

## Advies

De Raad stelt voorop dat hij heeft gemerkt dat er in de praktijk een sterke roep is naar wetgeving die een Nederlandse variant kan zijn op de “*pre-pack*”. De afgelopen periode hebben verschillende rechtbanken op grond van deze praktijkwens een vorm van “stille bewindvoering” ontwikkeld. De reactie op het wetsvoorstel is mede ingegeven door de ervaringen die met deze stille bewindvoering zijn opgedaan. Hierna zal, waar bedoeld wordt op de periode voor faillissement/surveillance van betaling, steeds de term “stille bewindvoering” worden gebruikt, hoewel de Raad zich bewust is van het feit dat deze vlag de lading niet dekt. Voorts, teneinde de leesbaarheid te verhogen, zal uitsluitend worden gesproken over “beoogd curator” wanneer wordt bedoeld “beoogd curator of beoogd bewindvoerder”.

Het wetsvoorstel is een kaderregeling, die dan ook geen antwoord geeft op alle in de praktijk gestelde vragen. De vraag rijst dan ook of de praktijk, nu deze blijkens de memorie van toelichting een grote rol krijgt toebedeeld bij de uitwerking van die kaders, niet wordt overvraagd. Dat geldt temeer nu “de” praktijk grotendeels bestaat uit partijen die direct belang hebben bij de periode van stille bewindvoering (schuldenaars, hun adviseurs, beoogd curatoren, de kring van geselecteerde schuldeisers). Waar buiten de openbaarheid afspraken worden gemaakt tussen een select aantal bij de schuldenaar betrokkenen, passen duidelijke wettelijke kaders. Die kaders kunnen slechts gedeeltelijk door “de” praktijk worden ingevuld. Bij die gedeeltelijke invulling ter gelegenheid van de implementatie van deze wetgeving ziet de Raad een rol weggelegd voor het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen (“Recofa”).

Dat er een wet komt die een zogenaamde stille periode mogelijk maakt, acht de Raad een goede ontwikkeling. De uitgangspunten van het wetsvoorstel onderschrijft de Raad, voor zover de hierna door de Raad gedane aanbevelingen worden overgenomen.

## **1. Artikel I, Onderdelen B en C, Artikelen 6 en 14a**

### **1.1 Transparantie**

De Raad acht het van belang, in het kader van de transparantie, in een faillissementsvonnis aan te geven wanneer voorafgaand aan het faillissement een beoogd curator was aangewezen. Dit geeft op het

---

<sup>3</sup> De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



# de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

02/10/2014

09:34

068

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 3 van 14

moment van uitspreken van het faillissement de gewenste openheid aan derden. Het verdient de voorkeur dat in de memorie van toelichting tot uitdrukking te brengen.

## **1.2 Te horen personen bij faillietverklaring (artikel 6, eerste lid)**

In het licht van het voorgaande valt op dat de in de voorgestelde, aan artikel 6, eerste lid, toe te voegen nieuwe zin (Onderdeel B sub 2) genoemde kring van te horen personen kleiner is dan de in artikel 73 Faillissementswet (Fw) genoemde kring. De Raad stelt voor beide kringen gelijk te houden: net als tijdens faillissement, kunnen zich bij de schuldeisers ook tijdens de periode van stille bewindvoering bezwaren ontwikkelen tegen de beoogd curator. De beoogd rechter-commissaris dient naar het oordeel van de Raad te allen tijde te worden gehoord. De relevantie voor de beslissing over de faillietverklaring van de bevindingen van de beoogd rechter-commissaris neemt af naarmate de periode tussen de stille bewindvoering en de behandeling van het verzoek of de eigen aangifte langer duurt. De Raad stelt dan ook voor die termijn te beperken tot drie maanden na het verstrijken van de hieronder in het kader van de bespreking van artikel 363 lid 3 voorgestelde termijn (zie voorstel onder 3.1.2).

Voorts dient de lopende stille bewindvoering bekend te worden gemaakt aan degene die tijdens de stille bewindvoering faillietverklaring van de schuldenaar verzoekt, nadat het verzoek tot faillietverklaring bekend is gemaakt aan de beoogd curator en de schuldenaar. Het verzoek tot faillietverklaring van een derde kan immers reden zijn om de handdoek in de stille bewindvoeringsring te gooien.

Door bekendmaking van de stille bewindvoering aan de verzoeker-schuldeiser wordt de ongelijkheid in informatie die tussen partijen bij het faillissementsverzoek (schuldenaar en verzoeker) bestaat ten aanzien van de stille bewindvoering, opgeheven. Die bekendmaking stelt de verzoeker-schuldeiser bovendien in de gelegenheid zich een positie te verwerven in de stille bewindvoering. Ter voorkoming van misverstanden zou in de memorie van toelichting kunnen worden opgenomen dat de behandeling van het faillissementsverzoek niet wordt geschorst ten gevolge van een lopende of (voor of na het verzoek) aangevraagde stille bewindvoering.

## **1.3 Vervanging beoogd curator en beoogd rechter-commissaris bij faillietverklaring (artikel 14a)**

Indien aan de faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris vooraf is gegaan, stelt de rechtbank de aangewezen persoon of personen aan als curator en benoemt zij het aangewezen lid van haar rechtbank als rechter-commissaris in het faillissement, tenzij de rechtbank gewichtige redenen aanwezig acht om een andere curator dan wel een andere rechter-commissaris te benoemen, aldus artikel 14a. De memorie van toelichting noemt als voorbeeld van een gewichtige reden een vertrouwensbreuk tussen schuldenaar en beoogd curator.

Het komt de Raad voor dat het de rechtbank ook vrij moet staan om de beoogd curator te benoemen tot curator, ook al is er sprake van een vertrouwensbreuk: het kan immers zo zijn dat de beoogd curator het meest geschikt is om het faillissement af te wikkelen. Artikel 14a biedt de rechtbank de mogelijkheid een ander te benoemen, het beperkt haar niet in haar benoemingen. Het verdient de voorkeur dat in de memorie van toelichting tot uitdrukking te brengen.



# de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

02/10/2014

09:34

069

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 4 van 14

## 2. Artikel I, Onderdelen D en E, Artikelen 215 en 223a

De hiervoor ten aanzien van de onderdelen B en C gemaakte opmerkingen zijn *mutatis mutandis* van toepassing op de onderdelen D en E.

## 3. Artikel I, Onderdeel F

### 3.1 Aanwijzing beoogd curator of beoogd bewindvoerder (artikel 363)

#### 3.1.1 Artikel 363 lid 1 en lid 2

##### 3.1.1.1 Financiële toestand verzoeker

In het voorliggende artikel 363 lijkt iets te missen, namelijk de financiële toestand van de verzoeker. In de regeling wordt immers “een grondslag (...) geboden om de curator al bij een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming te betrekken voordat sprake is van een faillissement” (memorie van toelichting, paragraaf 2).

Aannemelijk moet worden gemaakt dat een stille bewindvoering “meerwaarde” heeft. In artikel 363, eerste lid 1, wordt door de “of-bepaling” de indruk gewekt dat daarbij aan de belangen van maatschappelijke aard zonder meer evenveel gewicht moet worden toegekend als aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is niet in overeenstemming met de jurisprudentie (Sigmacon II, Maclou, Mobell), hetgeen in de memorie van toelichting (paragraaf 3) lijkt te worden bevestigd: “De beoogd curator laat zich in de uitoefening van zijn taak steeds leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren”.

De recente stille bewindvoering van een ziekenhuis heeft aangetoond dat betrokkenheid van de beoogde curatoren in een pre-faillissementsfase zijn vruchten kan afwerpen. Maar ook daar werd één en ander ingegeven door een slechte financiële situatie en was er (dus) sprake van zowel een maatschappelijk belang als een belang van de gezamenlijke schuldeisers. Het is de vraag of een aanwijzing kan volgen indien niet aannemelijk is gemaakt dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers daarmee is gediend, maar wel belangen van maatschappelijke aard. Een verzoek tot stille bewindvoering op basis van louter maatschappelijke belangen lijkt slechts kans van slagen te kunnen hebben, indien die belangen voldoende zwaarwegend zijn en tenminste óók aannemelijk wordt gemaakt dat de – ten tijde van het verzoek – bestaande positie van gezamenlijke schuldeisers geen nadelige gevolgen zal ondervinden van de stille bewindvoering. Het criterium voor aanwijzing van een beoogd curator is daarmee in lijn met het criterium waaraan de taakuitoefening van de curator moet worden getoetst teneinde te voorkomen dat de beoogd curator kort na aanvang van zijn taakuitoefening moet constateren dat de redenen waarvoor hij is aangewezen conflicteren met zijn taakuitoefening van (beoogd) curator. Stel immers dat het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator louter is ingegeven door belangen van maatschappelijke aard, waarbij na aanwijzing blijkt dat door de stille periode de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden geschaad. In dat geval zou de beoogd curator terstond zijn taak moeten neerleggen.

Gelet op het voorgaande adviseert de Raad om geen “of-bepaling” op te nemen.





## de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 5 van 14

02/10/2014

09:34

070

Meer in het algemeen kan worden opgemerkt dat indien niet aannemelijk wordt gemaakt dat de schuldenaar de periode van stille bewindvoering de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen zal (kunnen) voldoen, bij de beoordeling van het verzoek de vraag in ogenschouw dient te worden genomen of de schuldenaar feitelijk niet reeds verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Aan transacties die gedurende de periode van stille bewindvoering worden aangegaan én niet worden nagekomen, zijn bovendien voor het bestuur van de vennootschap de nodige risico's verbonden (de Beklamel-norm, Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286, m.nt. Ma).

De Raad tekent daarbij aan dat de vraag rijst wat de reactie van de beoogd curator zou moeten zijn als hij transacties waarneemt die kunnen leiden tot aansprakelijkheid op basis van de zogenaamde Beklamel-norm. Die aansprakelijkheid geldt immers voor de bestuurders en niet voor de onderneming ten aanzien waarvan hij beoogd curator is. De transactie die tot aansprakelijkheid kan leiden op grond van de zogenaamde Beklamel-norm, kan heel goed in het belang van de onderneming zijn. Het komt de Raad voor dat een beoogd curator een zodanige transactie niet zomaar mag laten passeren: hij zal de onderneming en de bestuurders op de (voorgenomen) schending van de Beklamel-norm moeten wijzen en, indien men toch doorzet, zijn aanwijzing moeten teruggeven. Wat de Raad betreft betekent dat tevens het einde van de periode van stille bewindvoering.

Een andere vraag betreft de eigen positie van de beoogd curator. Niet is uit te sluiten dat hij door de contractpartij jegens wie de Beklamel-norm is geschonden, voor de aldus geleden schade aansprakelijk wordt gesteld als hij niet heeft ingegrepen.

Teneinde deze problemen zoveel mogelijk te voorkomen dient de liquiditeitspositie bij de beoordeling van het aanwijzingsverzoek zodanig te zijn dat betaling van lopende en nieuwe verplichtingen is gegarandeerd.

### *3.1.1.2 Het verzoek van de schuldenaar, vragen van de rechtbank*

Wanneer een schuldenaar een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator doet, dan dient deze het verzoek te onderbouwen op grond van artikel 363 lid 2. De rechtbank dient een zodanig verzoek kritisch te onderzoeken. Gezien het gebrek aan transparantie in de periode van stille bewindvoering, moet de meerwaarde van stille bewindvoering boven een faillissement of surseance van betaling boven twijfel verheven zijn. Het verzoek dient derhalve niet alleen goed beargumenteerd te zijn, maar dient ook van de noodzakelijke documenten te zijn voorzien.

Daarnaast dient de schuldenaar in het verzoek aan te geven op welke wijze hij in de periode van stille bewindvoering de onderneming voort wenst te zetten, en dient de noodzakelijke informatie voor de beoogd curator gereed te zijn. Teneinde hiervan verzekerd te zijn, zal Recofa een vragenlijst ontwikkelen teneinde na indiening van een verzoek snel te kunnen schakelen. Er wordt door verschillende rechtbanken al gebruik gemaakt van een zodanige vragenlijst.

### *3.1.2 Artikel 363 lid 3*

Nu in de memorie van toelichting reeds de verwachting wordt uitgesproken dat door de rechtbank in vrijwel alle gevallen een termijn aan de aanwijzing zal worden verbonden, is het wenselijk in de wet de maximale duur van een eerste termijn aan te geven. Aldus kan na een eerste termijn worden bezien of er nog steeds sprake is van een situatie die voldoet aan de vereisten van artikel 363 en wordt benadrukt dat



# de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

02/10/2014

09:34

071

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 6 van 14

de termijn van aanwijzing niet langer dient te duren dan strikt noodzakelijk is om de met deze wet beoogde doelen te bereiken. In de praktijk lijkt een eerste termijn van maximaal twee weken meestal voldoende te zijn. Het verdient dan ook aanbeveling in de wettekst expliciet te bepalen dat de aanwijzing geldt voor een termijn van maximaal twee weken, welke termijn op verzoek kan worden verlengd met een termijn van maximaal twee weken. De periode van stille bewindvoering dient, gezien het gebrek aan transparantie, beperkt te blijven tot maximaal vier weken. Voor verlenging dienen dezelfde vereisten als voor het eerste verzoek te gelden, bijvoorbeeld daar waar het betreft de liquiditeitspositie (zie ook hierboven onder 3.1.1.1).

Het verlengingsverzoek dient vóór het verstrijken van de termijn (gemotiveerd) door de schuldenaar te worden gedaan en het is wel zo zuiver dat daarop door de rechtbank (en derhalve niet door de beoogd rechter-commissaris, vergelijk ook artikel 223 Fw ingeval van surseance van betaling) wordt beslist, na inwinnen van advies van de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator.

Het voorgestelde artikel 363 lid 3 vermeldt tevens: “De rechtbank en de rechter-commissaris kunnen aan de aanwijzing dan wel de verlenging daarvan zodanige voorwaarden verbinden, als zij ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel nodig oordelen.” Teneinde deze bevoegdheid op meer duidelijke wijze tot uitdrukking te brengen, wordt voorgesteld dit in een afzonderlijk lid van dit artikel op te nemen.

### **3.1.3 Artikel 363 lid 4**

#### **3.1.3.1 Toepasselijkheid voor natuurlijke personen**

Het vierde lid van artikel 363 bepaalt dat een aanwijzing als bedoeld in artikel 363, eerste lid, niet wordt gedaan indien de verzoeker een natuurlijke persoon is die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent.

De Raad acht het niet bezwaarlijk om de regeling ook van toepassing te verklaren op ondernemers/natuurlijke personen, zoals bijvoorbeeld tuinders, kwekers, e.d.. Een getalscriterium lijkt lastig te geven. Indien een kleine ondernemer zich aandient met een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator, zal de rechtbank toetsen of de verzoeker voldoende belang heeft bij zijn verzoek (zie ook hiervoor onder artikel 363 lid 1 en lid 2).

De Raad merkt voorts op dat het de voorkeur verdient wanneer in dit artikellid aansluiting wordt gezocht bij artikel 214 lid 4 Fw betreffende de surseance van betaling. Het verdient bovendien de voorkeur om uitdrukkelijk aan te geven dat het verzoek niet meer kan worden ingediend als tegen de schuldenaar al een faillissementsverzoek aanhangig is of de schuldenaar een WSNP-verzoek heeft ingediend.

#### **3.1.3.2 Samenloop Wet Continuïteit Ondernemingen I en Wet Continuïteit Ondernemingen II**

De wetgever bereidt thans de “regeling voor de verbindendverklaring van een buiten faillissement gesloten akkoord” voor (Wet Continuïteit Ondernemingen II). Die regeling moet gaan voorzien in een dwangakkoord buiten faillissement. Het dwangakkoord zal parallel met de stille bewindvoering kunnen worden voorbereid. Mede met het oog daarop waarschuwt de Raad voor de vertragende werking van een mogelijke stapeling van regelingen waar de ondernemer/natuurlijke persoon (chicaneus, met het doel te vertragen) gebruik van zal kunnen maken. Op een rijtje zijn dat de volgende: stille



# de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 7 van 14

02/10/2014

09:34

07

bewindvoering, al dan niet gecombineerd met dwangakkoord buiten faillissement, gevolgd door surseance van betaling, gevolgd door eigen aangifte faillissement, gevolgd door schuldsaneringsregeling natuurlijke personen of WSNP-aanvraag, vergezeld van verzoek moratorium dwangakkoord, gevolgd door dwangakkoord en toelating wettelijk traject.

De Raad adviseert om, teneinde voormeld chicaneus gebruik van de regelingen stille bewindvoering en dwangakkoord buiten faillissement te ontmoedigen, bij invoering van de Wet Continuïteit Ondernemingen II te bepalen dat de schuldenaar op wiens verzoek een aanwijzing voor stille bewindvoering heeft plaatsgevonden, bij een opvolgend WSNP-verzoek (dat wil zeggen binnen drie maanden na afloop van de stille bewindvoering ingediend) geen beroep meer kan doen op het moratorium van artikel 287b Fw en het dwangakkoord van 287a Fw.

### **3.1.4 Artikel 363 lid 5**

Artikel 363, vijfde lid, bepaalt dat de beschikking, houdende de aanwijzing bedoeld in artikel 363, eerste lid, niet openbaar wordt gemaakt, en dat tegen deze beschikking geen hoger beroep kan worden ingesteld.

Aan het bepaalde in lid 5 dient na “de aanwijzing bedoeld in het eerste lid” de zinsnede “of de verlenging van de aanwijzing” te worden toegevoegd, om duidelijk(er) tot uitdrukking te brengen dat de verlengingsbeschikking evenmin openbaar wordt gemaakt en daartegen evenmin hoger beroep openstaat.

### **3.2 Ontheffing van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder van zijn taken (artikel 364)**

#### **3.2.1 Artikel 364 lid 1**

De mogelijkheid die dit artikel noemt om de beoogd curator te ontheffen van zijn taken, dient met terughoudendheid te worden toegepast. Er dient voor te worden gewaakt dat een schuldenaar een hem onwelgevallige beoogd curator in probeert te ruilen voor een beoogd curator die hem welgezinder is. De vraag komt voorts op of het verzoek van de schuldenaar tot ontheffing van zijn taken van de beoogd curator, geen reden zou moeten zijn de periode van stille bewindvoering te beëindigen. Dit zal in de praktijk moeten blijken. Uiteraard is de situatie anders wanneer er sprake zou zijn van bijvoorbeeld tegenstrijdig belang, die eerst na de aanwijzing bekend wordt. Daarbij zou de terminologie van artikel 73 van de Faillissementswet kunnen worden gevolgd.



## de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

02/10/2014

09:34

073

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 8 van 14

### 3.2.2 Artikel 364 lid 3

Uit artikel 364 lid 3 volgt dat de beoogd curator die ontheven is van zijn taak onverwijld verslag doet van zijn bevindingen over de periode van stille bewindvoering vanaf het moment van aanwijzing totdat het faillissement wordt uitgesproken. Dit verslag wordt neergelegd ter griffie en ligt daar voor een ieder ter inzage.

#### 3.2.2.1 Belang van verantwoording door stille curator

Het is van belang dat de stille curator in het geval de periode van stille bewindvoering resulteert in een surseance van betaling of faillissement verslag uitbrengt over zijn bevindingen in de periode vanaf zijn aanwijzing tot beoogd curator tot de datum van de surseance van betaling/het faillissement. Het geven van openheid van zaken over deze periode is juist van belang omdat op het bestaan van deze periode van stille bewindvoering kritiek bestaat in verband met het ontbreken van transparantie. Bij de voorbereiding van de activatransactie zijn doorgaans immers uitsluitend de schuldenaar (en zijn advocaat), de gecureerde crediteuren, de beoogde koper(s) en de beoogd curator betrokken.

#### 3.2.2.2 Tijdstip verslaglegging

Met name gelet op bovengenoemde kritiek met betrekking tot het gebrek aan transparantie gedurende de periode van stille bewindvoering, verdient het de voorkeur dat de beoogd curator uiterlijk binnen één week na faillissement openbaar verslag doet van zijn bevindingen over de periode van stille bewindvoering. Denkbaar is dat de beoogd curator de beoogd rechter-commissaris in deze periode van stille bewindvoering al schriftelijk heeft geïnformeerd zodat de bewerking van deze correspondentie naar een openbaar verslag de beoogd curator niet heel veel extra tijd behoeft te kosten. Voorts volstaat in dit stadium een globale weergave.

Eventuele kritische vragen en opmerkingen ten aanzien van de activa-transactie zullen met name opkomen daags na het faillissement en de uitgevoerde activatransactie. Om die reden is het wenselijk snel openheid van zaken te geven.

#### 3.2.2.3 Vorm en inhoud

De beoogd curator beschrijft in zijn verslag ex artikel 364, derde lid, de toestand van de onderneming zoals hij deze aantroft, het plan van aanpak zoals voorgesteld door de schuldenaar, het verkoopproces, en de (gemotiveerde) keuze voor de overnamekandidaat. Recofa kan in de toekomst nadere richtlijnen en/of een model voor dit verslag opstellen. Daarbij zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de in Engeland geldende "Statement of Insolvency Practice 16" (Best practice richtlijnen opgesteld voor administrators door de Insolvency Service).<sup>4</sup>

De Raad benadrukt dat een volledige en kwalitatief goede informatieverschaffing achteraf van essentieel belang is voor het behouden van voldoende draagvlak voor de figuur van een stille bewindvoering. De crediteuren moeten kunnen beoordelen of hun belangen adequaat zijn behartigd. Een

<sup>4</sup> Daaruit volgt – kort gezegd – dat de beoogd curator moet informeren over: hoe de potentiële overnamekandidaten zijn gevonden, waardebeoordeling, alternatieven, waarom niet is gewacht met verkoop vanuit een faillissement, wie de koper is, of er een verband is tussen de koper en (voormalig) aandeelhouders /bestuurders van schuldenaar, of er een verband is tussen (oud-)managers van schuldenaar en de koper, de activatransactie (wat er precies is verkocht).



## de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

02/10/2014

09:34

04

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 9 van 14

kwalitatief goede verslaglegging achteraf vermindert - naar verwachting - de onrust bij crediteuren en derden. De rechter-commissaris dient toezicht uit te oefenen op de verslaglegging.

### 3.3 Taken en bevoegdheden beoogd curator of beoogd bewindvoerder (artikel 365)

#### 3.3.1 Rol beoogd curator

De Raad constateert dat de rol van de beoogd curator in het wetsvoorstel niet duidelijk is omschreven. Hij neemt blijkens artikel 365, eerste lid, bij zijn handelen weliswaar de taak van de curator als uitgangspunt, maar welk doel zijn handelen heeft vermeldt het artikel (of een van de andere voorgestelde artikelen) niet. Dat de wetgever een duidelijke taak voor de beoogd curator voor ogen staat blijkt wel uit de memorie van toelichting (onder 1.2 op pagina 1): enerzijds het faciliteren van de gestructureerde en doelmatige afwikkeling van faillissementen, anderzijds het bespoedigen van de doorstart na faillissement. De Raad beveelt aan deze taak uitdrukkelijk in de wettekst 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 functioneert een wettelijke basis te bieden.

#### 3.3.2 Artikel 365 lid 2

Het dringend advies is om artikel 365, tweede lid onder a, te schrappen.

Op grond van artikel 365, tweede lid onder a, kan een beoogd curator zich jegens de schuldenaar binden door het afgeven van verklaringen over zijn voornemen om in faillissement niet tot vernietiging over te gaan van rechtshandelingen die in het kader van de normale bedrijfsvoering of ter aflossing van de schulden zijn verricht.

De keuze van een beoogd curator om een dergelijke verklaring – al dan niet met kennis van de zienswijze van de beoogd rechter-commissaris (op grond van artikel 367, tweede lid) – af te geven, kan aansprakelijkheid q.q. (en eventueel *pro se*) van de (beoogd) curator met zich meebrengen. Dergelijke rechtshandelingen zullen immers snel in strijd komen met de *paritas creditorum* (waarvan de toepasselijkheid ook wordt aangenomen in een situatie waarin het faillissement onafwendbaar is). De beoogd curator zal om die reden niet snel mee willen werken aan een dergelijke verklaring, laat staan dat een beoogd rechter-commissaris hieromtrent een zienswijze kan geven.

Dit wordt versterkt door het feit dat de beoogd curator zich in de fase van stille bewindvoering uitsluitend kan baseren op informatie die door de schuldenaar is verstrekt, waardoor hij mogelijk slechts een beperkt beeld heeft van de situatie. De korte tijdspanne waarin een en ander zich afspeelt, maakt dit nog moeilijker.

Daar komt bij dat de verklaring die de beoogd curator afgeeft op grond van artikel 365, tweede lid, niet bepalend is voor de vraag of de door de schuldenaar verrichte rechtshandeling daadwerkelijk rechtmatig is; de rechtshandeling kan immers in rechte – ondanks de 365-verklaring – nog altijd pauliaenus/onrechtmatig (wegens *Verschleppungsschade* ofwel “doormodderschade”) worden verklaard. Derden kunnen de curator aanspreken op de onrechtmatigheid van diens 365-verklaring en de rechter-



# de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

02/10/2014

09:34

075

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 10 van 14

commissaris in het faillissement via artikel 69 Fw verzoeken de curator op te dragen toch de Actio Pauliana in te roepen. De vraag rijst dan ook wat de toegevoegde waarde is van een dergelijke verklaring.

Voorts bestaat het gevaar dat de beoogd curator een eigen belang creëert door zich jegens de onderneming te binden via de 365-verklaring. In het faillissement heeft de beoogd curator er belang bij om te volharden in de opvatting dat de verrichte handeling niet paulianeus/onrechtmatig is. Het is niet ondenkbaar dat in dergelijke gevallen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers naar de achtergrond verschuiven.

Overigens valt niet goed in te zien hoe het afgeven van een verklaring ex artikel 365 lid 2, aanhef en onder a, zich verhoudt tot de terughoudende en observerende taak van de beoogd curator.

Het dringend advies is dan ook om de mogelijkheid van het afgeven van verklaringen ex artikel 365, tweede lid, onder a, te schrappen. Mocht, ondanks het vorenstaande, de aanbeveling tot het laten vervallen van artikel 365, lid 2, sub a, niet worden overgenomen, dan dient het navolgende nog in overweging te worden genomen.

De vraag is wat de status is van een ex artikel 365 lid 2 (a t/m c) gegeven verklaring van de beoogd curator of een zienswijze van de beoogd rechter-commissaris ex artikel 367 lid 2 wanneer toch een andere curator of rechter-commissaris wordt benoemd.

Wat betreft de benoeming van een andere rechter-commissaris na het uitspreken van het faillissement, lijkt het antwoord duidelijk: het betreft slechts een zienswijze van een rechter-commissaris waar de nieuwe rechter-commissaris van af kan wijken. Voor de curator die eerder als beoogd curator de zienswijze van de beoogd rechter-commissaris heeft gevraagd is de benoeming van een andere rechter-commissaris vooral ongemakkelijk als deze laatste vervolgens blijkt geeft van een andere zienswijze. Het komt de Raad voor dat, behoudens in zeer uitzonderlijke gevallen (schending recht, kennelijke misslag) de "nieuwe" rechter-commissaris een andere zienswijze mag laten prevaleren en de curator mag opdragen conform die andere zienswijze te handelen.

Wat betreft de benoeming van een andere curator dan de beoogd curator na uitspreken van het faillissement, kunnen de (beoogd) curatoren zich voor een probleem gesteld zien: als de beoogd curator niet wordt benoemd tot curator, kan de wel benoemde curator onmogelijk gebonden worden aan de beslissingen van zijn "voorganger". Of dat nog nuance behoeft met het oog op de reden van de benoeming van een andere curator laat de Raad, gelet op zijn voorstel om artikel 365, tweede lid, sub a, te schrappen, onbesproken.

### **3.3.3 Artikel 365 lid 3**

Artikel 365, derde lid, bepaalt dat de schuldenaar de beoogd curator of de beoogd bewindvoerder "alle inlichtingen die nodig zijn" verschaft voor het doen van de in artikel 365, tweede lid bedoelde



## de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

02/10/2014

09:34

076

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 11 van 14

verklaringen<sup>5</sup>.

De verhouding tussen de beoogd curator en de “schuldenaar” is naar het oordeel van de Raad in het huidige wetsvoorstel te vaag en te vrijblijvend. De schuldenaar dient naar het oordeel van de Raad de beoogd curator desgevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor het uitoefenen van zijn taken en bevoegdheden. De Raad beveelt aan dit artikellid hierop aan te passen.

### 3.4 Kosten van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder (artikel 366)

#### 3.4.1 Artikel 366 lid 1 en lid 2

In de huidige tekst komt naar het oordeel van de Raad onvoldoende naar voren dat de schuldenaar een verzoeker is die een beoogd curator wenst, en dus nog niet verkeert in de toestand dat hij is opgehouden te betalen. Immers, wanneer hij in de toestand zou verkeren dat hij is opgehouden te betalen, dient hij zijn faillissement aan te vragen. Dit betekent dat van verzoeker kan en mag worden verwacht dat hij zijn lopende verplichtingen gedurende de periode dat de beoogd curator optreedt, kan voldoen. In deze periode mogen geen nieuwe schulden ontstaan. De lopende kosten zijn uiteraard de salarisbetalingen voor die periode, betaling van de lopende leveranciers, huur, etc.. Onder die lopende verplichtingen wordt ook verstaan de vergoeding van de kosten van de beoogd curator en de door hem ingeschakelde derden. Op het moment dat de beoogd curator merkt dat de lopende verplichtingen, waaronder zijn salaris of die van door hem ingeschakelde derden, niet meer kunnen worden voldaan, dient hij per omgaande de rechtbank te verzoeken hem te ontheffen van zijn taken. Verzoeker dient in te staan voor betaling van het salaris van de beoogd curator en de door hem ingeschakelde derden.

Nu de beoogd curator optreedt op aanwijzing van de rechtbank en gelet op het voorgaande, adviseert de Raad om in de wettekst op te nemen dat de rechtbank aan de aanwijzing de voorwaarde verbindt dat de verzoeker hiervoor zekerheid stelt.

#### 3.4.2 Artikel 366 lid 3

In het geval verzoeker niet meer in staat is om aan zijn verplichtingen te voldoen, verkeert hij in de toestand dat hij is opgehouden te betalen, en dient hij terstond het faillissement aan te vragen. Als hiervoor omschreven, heeft de beoogd curator terzake een eigen verantwoordelijkheid. Dit betekent dat lid 3 zich niet voor zal doen. Om deze reden is het artikel obsoleet en kan het worden weggelaten.

<sup>5</sup> Ingevolge artikel 365, tweede lid, kan de beoogd curator of de beoogd bewindvoerder, indien de schuldenaar daarom vraagt, onder meer verklaren: a. dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten in het kader van de normale bedrijfsvoering of ter aflossing van schulden, na een eventuele faillietverklaring door de curator niet vernietigd zullen worden op grond van de artikelen 42 t/m 47; b. onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator na een eventuele faillietverklaring goederen zal vervreemden op basis van artikel 101, eerste lid, en c. welke voorbereidingen zouden kunnen worden getroffen om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen.



# de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

02/10/2014

09:34

077

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 12 van 14

## 3.5 De beoogd rechter-commissaris (artikel 367)

Voor de beoogd rechter-commissaris geldt, evenals voor de beoogd curator, dat hij terughoudend moet zijn in de relatie met de schuldenaar. Deze terughoudendheid geldt niet voor het toezicht op de werkzaamheden van de beoogd curator.

Het gebrek aan transparantie gedurende de periode van stille bewindvoering dient (gedeeltelijk) te worden ondervangen door toezicht door de beoogd rechter-commissaris op het functioneren van de beoogd curator in die periode.

Vanwege het vertrouwelijke en besloten karakter van de periode van stille bewindvoering, is het van belang dat er zorgvuldig toezicht wordt gehouden. Er is in die periode immers geen toetsing door derden. Het is daarom wenselijk dat wordt vastgelegd dat de beoogd curator de rechter-commissaris gevraagd en ongevraagd informeert gedurende de periode van stille bewindvoering.

Daarnaast is het van belang dat de beoogd rechter-commissaris goed op de hoogte is van de stand van zaken in de betreffende stille bewindvoering opdat hij in het geval van een doorstart in staat is om snel te schakelen en niet een kennisachterstand dient in te halen, hetgeen tot onwenselijke vertraging van het proces zou leiden.

In verband hiermee acht de Raad het wenselijk een artikellid toe te voegen aan artikel 367 (in lijn met artikel 7.2.4 Voorontwerp Kortmann) dat bepaalt dat de beoogd bewindvoerder of beoogd curator van zijn werkzaamheden verslag doet aan de beoogd rechter-commissaris; dat de beoogd bewindvoerder of beoogd curator verplicht is alle door de beoogd rechter-commissaris gewenste inlichtingen te geven en dat de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt op de werkzaamheden van de beoogd bewindvoerder of beoogd curator.

### *Artikel 367 lid 2*

Artikel 367, tweede lid, bepaalt dat de beoogd rechter-commissaris zijn zienswijze kan doen blijken ten aanzien van de in artikel 365, tweede lid, bedoelde uitlatingen, nadat de beoogd curator of de beoogd bewindvoerder daarom heeft gevraagd.

Artikel 367, tweede lid kan wat de Raad betreft komen te vervallen, nu artikel 365 lid 2 sub a naar de mening van de Raad dient te worden geschrapt, en artikelen 365, tweede lid, sub b en c onder het reguliere toezicht vallen (zie ook in dit verband de bespreking van artikel 365, tweede lid onder 3.3.2). Bovendien mist artikel 367, tweede lid waarde nu een zodanige zienswijze uitsluitend is gebaseerd op de dan bekende (beperkte hoeveelheid) gegevens, en heeft de zienswijze geen enkele waarde jegens derden.

## 4. Voorstel tot wijziging volgorde artikelen

Tot slot: het ligt naar het oordeel van de Raad voor de hand wanneer in de wettekst eerst de taakomschrijving van de beoogd curator en van de beoogd rechter-commissaris wordt besproken, vervolgens de ontheffing, en tot slot het loon van de beoogd curator. Een herschikking van wetsartikelen komt de Raad dan ook wenselijk voor.





## de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 13 van 14

02/10/2014 09:34 078

### Werklast

In totaal zal invoering van het concept wetsontwerp voor de Rechtspraak circa 835.000 Euro extra kosten per jaar met zich meebrengen. Hieronder is dat toegelicht.

De Raad voor de Rechtspraak verwacht dat er jaarlijks tussen de 300 en 500 verzoeken tot stille bewindvoering zullen worden gedaan, dat is tussen de 3% en 4% van het aantal faillissementen. Ongeveer driekwart daarvan zal worden toegekend en leiden tot een stille bewindvoering. De afhandeling van een stille bewindvoering tot aan het eventuele faillissement gaat tellen als een lopend faillissement of insolventie-afhandeling. In totaal is gerekend met circa 325 extra verzoekschriftprocedures per jaar en circa 250 extra insolventie-afhandelingen. In deze cijfers is rekening gehouden met een kleine afname van het aantal faillissementen. De kosten gemoeid met behandeling van de toename van die extra zaaksstromen bedragen rond de 440.000 Euro per jaar.

De behandeling van deze verzoekschriften gaat gemiddeld meer tijd kosten dan een gewoon insolventieverzoek (tot faillissement of surseance). Dergelijke verzoeken vallen immers buiten de reguliere zittingen en de toets of een verzoek kan worden toegewezen is zwaarder dan bij andere zaken, mede vanwege het vertrouwelijke karakter van het verzoek en het gebrek aan openheid. Wanneer het verzoek wordt toegekend zal het toezicht van de beoogd rechter-commissaris intensiever zijn dan bij de afhandeling van een faillissement, juist vanwege het vertrouwelijke en besloten karakter van de stille periode. Er is geen toetsing door de buitenwacht; dit komt allemaal neer op de beoogd rechter-commissaris. De toezichthoudende rol van de rechter commissaris is zwaarder dan in een gewoon faillissement. Op basis van ervaring van de rechtbanken die thans met stille bewindvoering werken, is geschat dat het tijdsbeslag van een rechter-commissaris bij stille bewindvoering ongeveer het dubbele is van een regulier faillissement.

De extra kosten van een toename van de gemiddelde behandeltijd per zaak, raamt de Raad op circa 395.000 Euro per jaar. Om te voorkomen dat de werkdruk toeneemt moeten die kosten verwerkt worden in de gemiddelde prijzen per zaak voor de Rechtspraak.



## de Rechtspraak

Raad voor de  
rechtspraak

02/10/2014

09:34

079

datum 5 februari 2014  
kenmerk UIT 7726/S&O/CF  
pagina 14 van 14

### Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het wetsvoorstel, stelt de Raad er op prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr. C.H.W.M. Sterk  
Lid Raad voor de rechtspraak

### **Beperking exposure voor nieuwe schuldeisers**

Onder de huidige spelregels is het bestuur van een onderneming genoodzaakt om direct surseance van betaling of faillissement aan te vragen als er geen licht meer is aan het eind van de tunnel. In een dergelijk geval hebben schuldeisers de mogelijkheid hun 'exposure' te verkleinen door beëindiging van de overeenkomst, het terughalen van hun eigendommen en/of het uitwinnen van hun pand- en hypotheekrechten. Bovendien kwalificeren vorderingen ontstaan na datum van surseance van betaling of faillissement als zogenaamde boedelvorderingen, die moeten worden voldaan voordat de gewone, zogenaamde concurrente vorderingen worden voldaan. Bij aanwijzing van de beoogd curator hebben deze schuldeisers deze mogelijkheid niet omdat de aanwijzing van de beoogd curator niet openbaar is. Een leverancier die de verbruiksgoederen levert onder eigendomsvoorbehoud kan zijn goederen immers niet meer terugnemen als deze inmiddels zijn verbruikt in de periode voor faillissement.

Wij achten het om die reden wenselijk dat het wetsvoorstel rekening houdt met de belangen van deze nieuwe schuldeisers door bijvoorbeeld te bepalen dat vorderingen die ontstaan na de aanwijzing van de beoogd curator worden beschouwd als boedelvorderingen in geval van een opvolgend faillissement. Ook zou kunnen worden opgenomen dat, in het bij de rechtbank in te dienen verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator, aannemelijk moet worden gemaakt dat nieuwe schulden, die naar verwachting zullen ontstaan, kunnen worden voldaan. Verder zou een beperking van de periode van aanwijzing van de beoogd curator er toe leiden dat de exposure voor nieuwe schuldeisers wordt verkleind.

### **Maatschappelijk belang als zelfstandige grondslag**

Uit het wetsvoorstel blijkt voorts dat een beoogd curator aangewezen kan worden in het belang van de gezamenlijke schuldeisers óf in het maatschappelijk belang. De huidige faillissementswet spreekt nergens over het maatschappelijk belang. Een curator dient bij de uitoefening van zijn taak de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. Uit de jurisprudentie volgt dat hij daarbij onder gegeven omstandigheden ook maatschappelijke belangen mag laten meewegen. In artikel 365 lid 1 wordt gemeld dat de beoogd curator bij zijn handelen steeds de (huidige) taken van de curator als uitgangspunt neemt. Wij zijn van mening dat hiermee afdoende duidelijk is dat de curator ook rekening kan houden met maatschappelijke belangen. Het maatschappelijk belang als zelfstandige grondslag voor een aanwijzing van een beoogd curator is om die reden overbodig.

Wij realiseren ons dat het wetsvoorstel een kaderregeling beoogd te zijn waaraan de rechtbanken c.q. Recofa middels richtlijnen en/of aanwijzingen invulling kan geven. Desondanks menen wij dat het een gemis is dat het voorliggende wetsvoorstel en toelichting er op het punt van de bescherming van de 'nieuwe schuldeisers' het zwijgen toe doen. Het maatschappelijk belang als zelfstandige grondslag voor een aanwijzing van een beoogd curator zou wat ons betreft juist beter kunnen verdwijnen uit het voorstel.

Sectie Ondernemingsrecht, Insolventie & Procesrecht AKD Amsterdam

Barend de Roy van Zuidewijn, Marc Goethals, Thijs Hekman en Michiel van Schaijck

Als praktijkgroep Ondernemingsrecht, Insolventie & Procesrecht van AKD advocaten en notarissen te Amsterdam maken wij graag gebruik van de mogelijkheid om onze visie te geven op het wetsontwerp Wet Continuïteit Ondernemingen I. Het wetsontwerp heeft als doel het reorganiserend vermogen van bedrijven te versterken. Er wordt een wettelijke basis verleend aan de bij de meeste rechtbanken, waaronder de rechtbank te Amsterdam, al bestaande praktijk dat voorafgaand aan het faillissement door de rechtbank een beoogd curator (in de praktijk ook wel genoemd: stille bewindvoerder) wordt aangewezen. Omdat wij optreden als curator, maar ook advies geven aan bedrijven in moeilijkheden, hebben wij hiermee de afgelopen jaren de nodige ervaring opgedaan.

Wij onderschrijven dat door de benoeming van een beoogd curator de kans op een succesvolle doorstart (van levensvatbare onderdelen) van de onderneming wordt vergroot en onnodig waardeverlies kan worden voorkomen. Dat is winst voor de gezamenlijke schuldeisers en de werknemers van de vennootschap in zwaar weer.

Toch willen wij enkele kritische kanttekeningen plaatsen bij het wetsontwerp. Een punt dat volgens ons ten onrechte onderbelicht blijft in het wetsvoorstel is de positie van schuldeisers voor zover hun vorderingen zijn ontstaan in de periode tussen de aanstelling van de beoogd curator en het opvolgend faillissement van de onderneming. Indien deze vorderingen onbetaald blijven zijn dit namelijk concurrente vorderingen die ter verificatie moeten worden ingediend en waarop, zo leert de ervaring, geen of nagenoeg geen uitkering zal plaatsvinden.

#### **Licht aan het eind van de tunnel?**

Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat in de periode dat de beoogd curator is aangewezen de gewone regels van toepassing zijn, zoals die zouden gelden indien er geen beoogd curator zou zijn aangewezen. Een van die regels is dat het bestuur geen verplichtingen mag aangaan waarvan ten tijde van het aangaan duidelijk is dat deze verplichtingen niet nagekomen zullen worden en waarvoor de vennootschap geen verhaal zal bieden. Ook het voortzetten van verliesgevende activiteiten, nadat duidelijk is geworden dat een faillissement onafwendbaar is, kan tot aansprakelijkheid van het bestuur leiden. Het bestuur mag de door de vennootschap gedreven onderneming dus voortzetten zolang er nog licht aan het eind van de tunnel is, maar niet daarna. De vraag is gerechtvaardigd of er ten tijde van de aanwijzing van de beoogd curator steeds sprake zal zijn van een situatie waarin nog licht is aan het eind van de tunnel. Zoals de term 'beoogd curator' al aangeeft, zal een faillissement veelal in het verschiet liggen. Weliswaar behoeft een faillissement niet altijd onafwendbaar te zijn indien – zekerheidshalve – om een beoogd curator wordt verzocht, de scheidslijn is in elk geval dun. De toelichting geeft in dit verband aan dat de advocaat, die namens de onderneming het verzoek indient bij de rechtbank, het bestuur van de onderneming in verband met diens mogelijke aansprakelijkheid in ieder geval zou moeten adviseren voorzichtig te zijn bij het aangaan van nieuwe verplichtingen.

Het lijkt ons dat ook in geval een faillissement onafwendbaar is, het in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en werknemers kan zijn dat voorafgaand aan het faillissement een doorstart wordt voorbereid onder toezien oog van een beoogd curator. Op die wijze kan onnodig verlies van economische waarde en van werkgelegenheid worden voorkomen. Echter, daarvan mogen de hierboven genoemde nieuwe schuldeisers niet de dupe worden.



Aan Zijne Excellentie  
Mr. I.W. Opstelten  
Minister van Veiligheid en Justitie  
Turfmarkt 147  
2511 DP DEN HAAG

Briefnummer  
14/10.037/Jla

Den Haag  
21 januari 2014

Onderwerp  
Reactie VNO-NCW en MKB-Nederland  
op de consultatie voorontwerp voor de  
Wet Continuïteit Ondernemingen I

Telefoonnummer

E-mail

Excellentie,

VNO-NCW en MKB-Nederland hebben met veel interesse kennisgenomen van het voorontwerp van de Wet Continuïteit Ondernemingen I. Dit voorontwerp geeft ons aanleiding tot het maken van een aantal opmerkingen.

Het uiteindelijke doel van het faillissementsrecht – en dus ook de voorgestelde regeling in het voorontwerp – moet zijn om te komen tot waardebehoud en opbrengstmaximalisatie. Met het voorontwerp wordt beoogd een regeling in te voeren – naast de normale procesorde bij faillissementen – die het mogelijk maakt dat faillissementen doelmatiger en meer gestructureerd kunnen worden afgewerkt en tevens de doorstart van levensvatbare (delen van) ondernemingen bespoedigt. Het idee hierbij is dan dat er minder onnodig waardeverlies hoeft op te treden. Potentieel is de voorgestelde regeling dan ook een waardevolle aanvulling op het huidige wettelijke instrumentarium.

De voorgestelde regeling moet hiervoor wel met voldoende wettelijke waarborgen zijn omkleed, zodat geen sprake kan zijn van misbruik, oneigenlijk gebruik of onbedoelde negatieve gevolgen. Immers, dan zou geen sprake meer zijn van waardebehoud en opbrengstmaximalisatie. Hieronder gaan wij daarom met name in op de risico's van de voorgestelde regeling en vervolgens op welke punten de wettelijke waarborgen zouden moeten worden versterkt om zeker te stellen dat de voorgestelde regeling in de praktijk goed kan functioneren.

06/25/2014  
14:39:06*Risico's van de voorgestelde regeling*

Bij de normale afwikkeling van faillissementen wordt openbaar gemaakt dat er sprake is van een faillissement. Een belangrijk kenmerk van de voorgestelde regeling is dat in het geval een onderneming in financiële moeilijkheden is gekomen de voorbereiding van de activatransactie van de levensvatbare onderdelen van de onderneming in stilte kan worden voorbereid. Met de voorgestelde regeling kan de transactie zodoende nagenoeg direct na faillietverklaring plaatsvinden en waardeverlies als gevolg van het faillissement zou zo veel mogelijk moeten worden voorkomen.

Deze handelwijze heeft echter tot gevolg dat (veel van de) schuldeisers zich onder de voorgestelde regeling niet bewust hoeven te zijn dat er sprake is van een aanstaand faillissement. Bovendien wordt doordat de transactie in stilte wordt voorbereid een transparant verkoopproces met meerdere gegadigden zeer lastig en kunnen (andere) bedrijven die een serieus overnamebod zouden willen doen over het hoofd worden gezien. Schuldeisers hebben daarom geen zicht op de gang van zaken en de gevolgen voor hun vorderingen. Hierdoor kan de indruk worden gewekt dat de regeling een hoog handje-klap-gehalte zou hebben. Het moet vooraf en voor iedereen duidelijk zijn dat dit niet het geval is en niet het geval kan zijn.

De ondernemer krijgt onder de voorgestelde regeling de mogelijkheid om een doorstart zelf aan te vragen en voor te bereiden, zonder dat dit kenbaar is voor de buitenwereld. Dit aspect maakt dat de voorgestelde regeling door kwaadwillenden zou kunnen worden misbruikt door achtereenvolgens via ruïneuze concurrentie anderen uit de markt te drukken en dan op eenvoudige wijze schuldverlichting te krijgen. Het moet daarom ook duidelijk zijn dat dergelijke concurrentieverstoring als gevolg van de voorgestelde regeling niet kan gaan ontstaan.

In de memorie van toelichting bij het voorontwerp is onderkend dat moet worden voorkomen dat deze negatieve gevolgen zich kunnen voordoen. Om misbruik of oneigenlijk gebruik van de regeling uit te sluiten is daarom in artikel 363 FW voorgeschreven dat de schuldenaar die verzoekt om toepassing van de regeling bij de rechtbank aannemelijk zal moeten maken dat "(a) het belang van zijn schuldeisers is gediend", of "(b) belangen van maatschappelijke aard [...] gebaat is of zijn bij de aanwijzing." Vervolgens zal de rechtbank positief beslissen als summierlijk blijkt dat er feiten en omstandigheden zijn die aantonen dat voldaan is aan de voorwaarden. Dit betekent dat de rechtbank na een kort en eenvoudig onderzoek zal beslissen op het verzoek. Naar onze mening biedt dit echter niet voldoende waarborgen.

### *Uitbreiding en versterking wettelijke waarborgen*

Het artikel dat toegang geeft tot de voorgestelde regeling is te ruim geformuleerd, waardoor de waarborgen te zwak zijn. Het doel van dit artikel moet zijn dat indien deze regeling wordt toegepast vooraf duidelijk moet zijn dat met enige zekerheid is te verwachten dat de schuldeisers een hogere opbrengst realiseren dan in geval van een regulier faillissement, dan wel dat het maatschappelijke belang er zeer mee is gediend. Hiervoor is onder meer noodzakelijk dat een zwaardere bewijslast op de verzoeker komt te liggen. Wij dringen er op aan dat het voorontwerp op de volgende punten wordt aangepast, zodat bovenstaand doel kan worden bereikt:

- Ten eerste moet hiervoor in de artikel 363, eerste lid FW worden opgenomen dat in plaats van "aannemelijk maken" de verzoeker moet "aantonen" dat aan de voorwaarden wordt voldaan. Op deze wijze laat de wettekst zien dat meer nodig is dan dat de verzoeker alleen laat zien dat de kans bestaat dat de uitkomst beter is dan bij de reguliere afwikkeling van een faillissement, maar dat deze betere uitkomst ook daadwerkelijk redelijkerwijs te verwachten is.

Dat betekent dus concreet dat redelijkerwijs te verwachten moet zijn dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers aanmerkelijk beter gediend zijn bij toepassing van de voorgestelde regeling dan het geval zou zijn bij een reguliere afwikkeling van het faillissement (en vervolgens een doorstart), of dat de maatschappelijke belangen hiermee veel beter gediend zijn.

Uit de memorie van toelichting blijkt verder dat de wetgever met dit wetsvoorstel alleen beoogt te voorzien in een kaderregeling en dat aan de rechtbanken de ruimte wordt geboden om gezamenlijk beleid te ontwikkelen met betrekking tot de in de verzoekschriften te betrekken informatie. Daarmee blijft het voorontwerp te vaag. Het is van belang dat de wetgever handvatten geeft omtrent de wijze waarop de verzoeker zal moeten laten zien dat het verzoek om de regeling toe te passen gerechtvaardigd is.

Wij pleiten er daarom voor dat de wettekst op deze wijze wordt aangepast en in de memorie van toelichting een aantal voorbeelden wordt opgenomen van informatie die (aanvullend) zou moeten worden verstrekt bij het verzoek. In ieder geval dient door de verzoeker te worden onderbouwd dat toepassing van de regeling tot een betere uitkomst zal leiden dan bij de normale procedure, terwijl er geen open prijsvorming plaatsvindt. Daarnaast kan worden gedacht aan een overzicht dat voldoende liquiditeit aanwezig is om aan de lopende verplichtingen na doorstart te voldoen, een overzicht van voor een doorstart in aanmerking komende (externe) partijen én een

financieel/bedrijfseconomisch plan dat de levensvatbaarheid van een doorstart onderbouwt.

- Ten tweede moet de tweede voorwaarde worden aangescherpt door in artikel 363, eerste lid, onderdeel b FW op te nemen dat maatschappelijke belangen “*substantieel*” gebaat moeten zijn. Daarbij komt dat onduidelijk is waarom in het voorontwerp wordt gesteld dat de werkgelegenheid van de werknemers in één specifieke onderneming een maatschappelijk belang vormt. Hier is ongetwijfeld bedoeld dat de werkgelegenheid als geheel (binnen een sector) gebaat is bij een doorstart. De wettekst kan op dit punt worden aangepast.

Tevens is van belang dat bij deze belangen van maatschappelijke aard ook uitdrukkelijk in de wettekst wordt opgenomen dat concurrentieverstoring niet mag optreden.

Artikel 363, eerste lid, onderdeel b FW zou daarom als volgt moeten komen te luiden:

*“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 substantieel gebaat is of zijn bij de aanwijzing, en de aanwijzing niet leidt tot een ernstige verstoring van de concurrentieverhoudingen.”*

- Ten derde zou de wet een uitgebreider onderzoek van de rechtbank moeten eisen dat aan de voorwaarden voor aanwijzing is voldaan. Voldoende diepgaand onderzoek door de rechtbank is noodzakelijk om adequaat inzicht te krijgen om bijvoorbeeld de vraag te kunnen beantwoorden of sprake is van een situatie dat een doorstart realistisch is. Hiervoor zou artikel 363, tweede lid FW moeten worden aangepast door de woorden “*summierlijk blijkt*” te schrappen. Daarbij zou in de toelichting moeten worden toegevoegd dat de rechter aanvullende voorzieningen kan gelasten om mogelijk te maken dat externe gegadigen na de faillietverklaring de gelegenheid krijgen om de geboden overnamesom te overtreffen, zodat het meest optimale resultaat kan worden bereikt.

Verder is van belang dat de beoogd curator zich in zijn taak steeds laat leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren en niet slechts door de belangen van één of een beperkt aantal schuldeisers. Dit betekent dat de beoogd curator moet functioneren als onpartijdig scheidsrechter en in de gaten moet houden dat alles eerlijk en netjes verloopt. Artikel 364 FW biedt de mogelijkheid dat de beoogd curator verzoekt te worden ontheven van zijn taken.



Dat kan onder meer als er sprake is van een situatie waarbij de aanwijzing niet langer in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Het zou beter zijn om in dit artikel op te nemen dat indien een dergelijke situatie zich voordoet (bijvoorbeeld omdat de schuldenaar de adviezen van de beoogd curator in de wind slaat) en/of dat de wettelijke voorwaarden die gelden bij aanwijzing niet langer kunnen worden gerealiseerd (bijvoorbeeld omdat de beoogd curator vaststelt dat er geen adequate inspanning wordt geleverd om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren) de beoogd curator wettelijk verplicht is om de rechtbank te verzoeken hem van zijn taak te ontheffen.

Ook indien de beoogd curator op enig moment aanwijzingen heeft dat de beoogde doorstart zal leiden tot ernstige verstoring van de concurrentieverhoudingen zou de beoogd curator de plicht moeten hebben om een dergelijk verzoek te doen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als (pas) gaandeweg het proces blijkt dat een doorstart niet realistisch is en feitelijk gebeurt om oneigenlijke redenen.

Zoals in de memorie van toelichting bij artikel 364 is opgemerkt, heeft het ontheffen van de beoogd curator grote gevolgen, aangezien daarmee de met de aanwijzing beoogde uitkomst onmogelijk is geworden. Het is daarom gerechtvaardigd dat de rechtbank de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris en de schuldenaar hoort alvorens hij de beoogd curator van zijn taak ontheft.

De wettelijke plicht van de beoogd curator te verzoeken van zijn taak ontheven te worden – en uiteraard de bijbehorende rapportageverplichting – zou een belangrijke aanvulling zijn op de noodzakelijke wettelijke waarborgen. Op deze wijze wordt namelijk gegarandeerd dat ook lopende het proces steeds met enige zekerheid is te verwachten dat door toepassing van deze regeling de schuldeisers een hogere opbrengst realiseren, het maatschappelijke belang er zeer mee is gediend én de concurrentieverhoudingen steeds goed worden bewaakt. Wij dringen er daarom op aan om artikel 364 FW uit te breiden met deze verplichting voor de beoogd curator.

Artikel 365, tweede lid, onderdeel a FW zou opnieuw moeten worden bezien. Paulianeus handelen moet worden voorkomen. In de praktijk is het daarom redelijkerwijs niet van de beoogd curator te verwachten dat hij zal aangeven dat hij een bepaalde handeling nooit zal vernietigen na faillissement. Tegelijkertijd is van belang dat onder voorwaarden op basis van de op dat moment bekende feiten en omstandigheden voldoende zekerheid vooraf kan worden geboden door de beoogd curator aan de schuldenaar om te kunnen handelen. In de memorie van toelichting zou daarom moeten worden verduidelijkt welke voorwaarden daarbij in acht zouden kunnen worden genomen. Verder zou de reikwijdte van deze bepaling moeten worden uitgebreid naar artikel 54 FW.

Ten slotte lijkt het niet verstandig om de beoogd rechter-commissaris onder artikel 367, tweede lid FW de mogelijkheid te geven zijn oordeel te geven. Dat zou de positie van de rechter-commissaris bij het daadwerkelijke faillissement kunnen uithollen c.q. zijn onafhankelijkheid kunnen aantasten.

*Ten slotte*

Wij verzoeken u het voorontwerp op de hierbovengenoemde punten aan te passen. Met deze aanpassingen kan een nieuw instrument worden geïntroduceerd dat een waardevolle aanvulling is op het bestaande instrumentarium en dat de beoogde doelstellingen zoals verwoord in het voorontwerp kan realiseren.

Tot een nadere toelichting op bovenstaande punten zijn wij uiteraard graag bereid.

Hoogachtend,



Drs. C. Oudshoorn  
Directeur Beleid