

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van 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)

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN DEEL

1. Inhoud van het wetsvoorstel

Met dit wetsvoorstel wordt in de Faillissementswet (Fw) een regeling ingevoerd op basis waarvan de rechtbank in de aanloop naar een vermoedelijk faillissement of een waarschijnlijke verlening van surseance van betaling een beoogd curator dan wel een beoogd bewindvoerder en een beoogd rechter-commissaris kan aanwijzen zonder dat aan die aanwijzing publiciteit wordt gegeven. Om de goede ervaringen die hiermee bij proeven in de praktijk zijn opgedaan te ondersteunen en ruimte te bieden voor nadere invulling door die praktijk, is gekozen voor een kaderregeling. De regeling geldt voor ondernemingen, ongeacht welke activiteiten zij ontplooiën of de rechtsvorm waarin zij worden gedreven. De regeling geldt niet voor natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen.

2. Doel van het wetsvoorstel

De voorgestelde regeling betreft niet de invoering van een nieuw of aanvullend insolventieregime, maar leidt ertoe dat in de Faillissementswet een uitdrukkelijke grondslag wordt geboden om onder de hierna beschreven voorwaarden een beoogd curator al bij een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming te betrekken voordat sprake is van een faillissement. De mogelijkheid tot aanwijzing van de beoogd curator behelst een tweeledig doel. Enerzijds beoogt zij de gestructureerde en doelmatige 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 (vgl. artikel 365 lid 2). 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.

De voorgestelde regeling leidt ertoe dat er meer tijd is om mogelijke oplossingen voor de financiële problemen te beproeven, een ordentelijk verkoopproces in te richten en de activatransactie in relatieve stilte voor te bereiden. Doordat de beoogd curator al voor het faillissement betrokken is, kan de activatransactie bovendien kort na de faillietverklaring plaatsvinden. Dat neemt niet weg dat de crediteuren dan nog steeds de mogelijkheid hebben om op basis van artikel 69 Fw tegen de transactie op te komen en de rechter-commissaris te verzoeken de curator te bevelen deze niet uit te voeren. Beoogd wordt 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.

Uit proeven in de praktijk blijkt dat de aanwijzing van een beoogd curator er ook toe kan bijdragen dat er een zekere rust en ruimte ontstaat waarbinnen voor de financiële problemen alsnog een oplossing buiten faillissement kan worden gevonden. Daarom is van belang dat de aanwijzing omkeerbaar is en dat deze de schuldenaar niet verplicht om op termijn een aanvraag tot faillietverklaring in te dienen of dat deze de schuldenaar anderszins beperkt in zijn vrijheid om een oplossing buiten faillissement na te streven.

3. Korte beschrijving van de inhoud van de regeling

De regeling bevat een aantal kernelementen. In de eerste plaats is voorzien in regels betreffende de wijze waarop een schuldenaar om de aanwijzing van de beoogd curator kan verzoeken en onder welke voorwaarden de rechtbank dit verzoek zou kunnen inwilligen (vgl. artikel 363). Bepaald is dat de schuldenaar de rechtbank bij

verzoekschrift om de aanwijzing kan vragen. De rechtbank zal dit verzoek in raadkamer – dat wil zeggen achter gesloten deuren – behandelen en beslissen bij beschikking. De rechtbank zal positief beslissen op het verzoek indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden, welke aantonen dat voldaan is aan de voorwaarden voor de aanwijzing zoals genoemd in artikel 363 lid 1. ‘*Summierlijk blijken*’ betekent dat de rechtbank na een kort, eenvoudig onderzoek moet kunnen vaststellen dat er aanleiding is om tot aanwijzing van de beoogd curator over te gaan. Deze term wordt eveneens gebruikt in artikel 6 lid 3 Fw waar het gaat om het onderzoek dat de rechtbank verricht alvorens zij beslist op een faillissementsaanvraag of aangifte. Om het besloten karakter van de aanwijzing te waarborgen, zal de beschikking niet openbaar gemaakt worden. Aan de aanwijzing kan de rechtbank een termijn verbinden. Deze termijn kan op verzoek van de schuldenaar door de rechter-commissaris worden verlengd (vgl. artikel 363 lid 1 tot en met 3).

Om misbruik of oneigenlijk gebruik van de regeling uit te sluiten is voorgeschreven dat de schuldenaar die om de aanwijzing van de beoogd curator verzoekt bij de rechtbank aannemelijk zal moeten maken dat met de aanwijzing:

- a) het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers is gediend, of
- b) belangen van maatschappelijke aard – zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers –gebaat zijn (vgl. artikel 363 lid 1).

Voorts is bepaald *hoe* en *wanneer* de beoogd curator van zijn taken wordt ontheven (vgl. artikel 364). Belangrijk onderdeel hiervan betreft de verplichting van de beoogd curator om, nadat hij is ontheven van zijn taken, onverwijld verslag (hierna ook: eindverslag) uit te brengen over zijn bevindingen in de periode vanaf de aanwijzing. Het eindverslag dient bij de griffie te worden ingediend. Aldaar zal een ieder het kosteloos kunnen inzien, maar – gelet op het besloten karakter van de aanwijzing – niet dan nadat de schuldenaar failliet is verklaard of hem surseance van betaling is verleend. Dit betekent dat wanneer de betrokkenheid van de beoogd curator eindigt omdat de schuldenaar erin is geslaagd buiten faillissement een oplossing te vinden voor zijn financiële problemen, het eindverslag niet openbaar zal worden gemaakt. Volgt enige tijd later echter alsnog een faillissement of een

surseance van betaling, dan zal de griffie het eindverslag alsnog voor een ieder ter inzage leggen.

De regeling voorziet verder in een uitwerking van de taak en bevoegdheid van de beoogd curator (vgl. artikel 365). Uitgangspunt is dat de beoogd curator enerzijds een onafhankelijke positie heeft, maar anderzijds nimmer naar buiten treedt of handelingen verricht die de onderneming betreffen zonder instemming van de schuldenaar (vgl. artikel 365 lid 1 en 2). Dit laatste is ingegeven door het feit dat de aanwijzing van de beoogd curator geen verandering brengt in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. De ondernemer of in het geval van een aanwijzing bij een vennootschap, de bestuurders van de betreffende vennootschap, behouden zelf het beheer en de beschikking over het tot de onderneming behorende vermogen. Voorts volgt hieruit dat van belang is dat er steeds sprake is van een harmonieuze omgang tussen de beoogd curator en de schuldenaar. Is dit niet (langer) het geval, dan ligt het in de rede dat de beoogd curator zijn taak neerlegt. Het voorgestelde artikel 364 lid 1 biedt de schuldenaar, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris de mogelijkheid om daartoe een verzoek in te dienen bij de rechtbank.

De beoogd curator is geen adviseur van de onderneming, heeft geen betrekking of bevoegdheden binnen de onderneming en heeft aan de onderneming geen enkele verplichting, met uitzondering van de verplichting tot geheimhouding. Hij treedt ook niet op als toezichthouder. De beoogd curator heeft louter tot taak om mee te kijken, zich te (laten) informeren en zich een oordeel te vormen over de gang van zaken binnen de onderneming. Indien hem dit gevraagd wordt door de schuldenaar, kan de beoogd curator verklaren hoe de curator in het eventuele faillissement zou oordelen over rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens is te verrichten of voor te bereiden (vgl. artikel 365 lid 2, onderdelen a en b). Ook zou de curator de schuldenaar kunnen meegeven welke voorbereidingen getroffen zouden kunnen worden om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen (vgl. artikel 365 lid 2, onderdeel c). De beoogd curator laat zich in de uitoefening van zijn taak steeds leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Dit betekent dat de beoogd curator ook niet gehouden is tot opvolging van instructies van de schuldenaar of van een of meer crediteuren. Ter voorkoming van financiële afhankelijkheid is bepaald dat de beoogd curator buiten faillissement kan vragen om zekerheidsstelling voor de betaling van zijn salaris. Is het salaris

onbetaald gebleven op het moment van faillietverklaring, dan wordt het salaris van de beoogd curator voldaan volgens de regels die gelden voor het salaris van de curator (vgl. artikel 367).

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

Mocht de rechtbank besluiten het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator te honoreren, dan hoort hier ook bij dat zij aangeeft wie bij een eventueel faillissement zal worden benoemd als rechter-commissaris (vgl. 367).

Zoals eerder is opgemerkt, is ervoor gekozen om een kaderregeling te treffen waaraan de praktijk een nadere invulling kan geven. Op dit moment zijn er al Recofa richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling. De Recofa heeft aangegeven dat zij voornemens is soortgelijke richtlijnen of aanwijzingen op te stellen betreffende de hierbij voorgestelde wettelijke regeling tot aanwijzing van een beoogd curator. In deze richtlijnen zou onder meer nadere duiding kunnen worden gegeven aan wat qua onderbouwing van het verzoek van de schuldenaar verwacht wordt en hoe het eindverslag van de beoogd curator er uit zou moeten zien.

4. Achtergrond van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel maakt deel uit van het programma Herijking Faillissementsrecht. Zoals de Tweede Kamer bij brief van 26 november 2012 is meegedeeld, rust dat

programma op drie pijlers: (i) fraudebestrijding, (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure.

Het onderhavige wetsvoorstel is onderdeel van de tweede pijler: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven. In de voortgangsbrief aan de Tweede Kamer van 27 juni 2013 is uiteengezet dat deze pijler erop is gericht onnodige faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen. Om ondernemers te stimuleren tijdig hulp te zoeken wanneer betalingsonmacht dreigt, wordt gewerkt aan maatregelen om reorganisatie, herstructurering en doorstart buiten faillissement te faciliteren. Binnen de tweede pijler zullen daarnaast maatregelen worden getroffen om de (tijdelijke) continuering van de onderneming tijdens faillissement te bevorderen en doorstart van levensvatbare bedrijfsonderdelen na faillissement te bespoedigen.

Thans is voorzien dat van de tweede pijler in totaal drie wetsvoorstellen deel uit zullen maken. Het onderhavige wetsvoorstel is het eerste en heeft daarom de titel Wet Continuïteit Ondernemingen I. De overige twee wetsvoorstellen betreffen vooralsnog de invoering van:

- (i) een regeling betreffende de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement, die vorm zal krijgen met het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen II, en
- (ii) verschillende maatregelen ten behoeve van de voorzetting van de onderneming in faillissement, waaronder een doorleveringsverplichting voor leveranciers van essentiële goederen en diensten, die vorm zullen krijgen met het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen III.

Het dwangakkoord buiten faillissement is erop gericht schuldeisers of aandeelhouders tot medewerking te dwingen wanneer zij onredelijk dwarsliggen bij een door de meerderheid van de schuldeisers ondersteunde herstructurering van de schulden van de onderneming met als doel een faillissement te voorkomen. De maatregelen ten behoeve van de voorzetting van de onderneming in faillissement zien er vooral op de curator middelen te geven om de onderneming na de faillietverklaring (nog enige tijd) draaiende te houden. Doel daarbij is om de curator de gelegenheid te geven om te bezien hoe – ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement – een zo hoog mogelijke opbrengst kan worden

gerealiseerd en of er een reële kans bestaat op een doorstart van levensvatbare bedrijfsonderdelen.

Indien het tot een faillissement komt, zal de in dat faillissement te benoemen curator na zijn benoeming enige tijd nodig hebben om zich te informeren, inzicht te krijgen in de situatie van de onderneming en zich te verdiepen in haar financiële administratie. Hij zal moeten nagaan welke inkomsten en uitgaven nog te verwachten zijn alsmede waaruit de schulden bestaan en welke zekerheden daarvoor zijn verleend. Ook zal de curator moeten bezien wat de samenstelling is van het werknemersbestand van de failliete onderneming en zal hij met haar bestuurders moeten analyseren wat de mogelijke oorzaken en gevolgen van het faillissement zijn.

In het geval een doorstart mogelijk lijkt, zal de curator op zoek moeten gaan naar een gerede partij. Daartoe zal hij een verkoopproces moeten organiseren. Een faillietverklaring leidt er in veel gevallen echter toe dat de onderneming in een ongecontroleerd proces komt waarbij leveranciers weigeren nog langer te leveren, klanten weglopen naar de concurrent en het personeel op zoek gaat naar een andere werkgever. Onder dergelijke omstandigheden zal de onderneming doorgaans in korte tijd veel van haar waarde verliezen. De curator zal voorts door tijdgebrek belemmerd worden in het vinden van een partij die de levensvatbare onderdelen van de onderneming tegen een marktconforme prijs wil overnemen: een “going concern”-verkoop uit faillissement levert dan niet meer op dan de getaxeerde onderhandse- of executiewaarde van de afzonderlijke activa van de onderneming. Dit komt de opbrengst die aan schuldeisers kan worden uitgekeerd niet ten goede en gaat ten koste van de werkgelegenheid ten behoeve van de in de onderneming aanwezige werknemers.

Betere resultaten zouden kunnen worden bereikt als de curator zich al voor een eventuele faillietverklaring in de situatie van de betreffende onderneming zou kunnen verdiepen. De aanwijzing zou de beoogd curator gelegenheid bieden een gecontroleerd liquidatieproces – waaronder bijvoorbeeld een ordentelijke afwikkeling van eigendomsvoorbehouden – voor te bereiden. Mocht er sprake zijn van mogelijkheden voor een doorstart, dan zou de schuldenaar voorafgaand aan het moment van faillietverklaring de daarvoor benodigde voorbereidingen kunnen treffen en deze kunnen afstemmen met de beoogd curator. Doordat de beoogd curator al voor het faillissement betrokken is, zou hij na de faillietverklaring onmiddellijk aan

kunnen vangen met de vereffening en zou de voor de doorstart benodigde transactie direct door hem kunnen worden geëffectueerd. In dit licht is in de afgelopen jaren bij een aantal rechtbanken een praktijk ontwikkeld waarbij – al dan niet op verzoek van een schuldenaar – voorafgaand aan een eventueel faillissement al een toekomstig curator en rechter-commissaris worden aangezocht.

In navolging van de Engelse regeling, waarbij een doorstart na faillissement door een “*administrator*” voorafgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid, wordt deze oplossing in de praktijk ook wel aangeduid met de term “*pre-pack*”. De “*pre-pack*” zoals deze thans door de betreffende rechtbanken wordt gefaciliteerd, komt – kort gezegd – neer op het volgende. Voorafgaand aan een eventueel faillissement maakt de rechtbank kenbaar welke personen zij voornemens is te benoemen tot curator en rechter-commissaris. De betreffende personen kunnen zich dan al in de situatie van de onderneming verdiepen. De curator kan bijvoorbeeld worden gevraagd de voorwaarden te toetsen waaronder na faillissement een verkoop van de levensvatbare onderdelen van de onderneming aan een derde zou plaatsvinden. Doordat zij zich al in de situatie van de onderneming hebben kunnen verdiepen, kunnen de curator en de rechter-commissaris onmiddellijk na de faillietverklaring met hun taak aanvangen en kan de activatransactie waarbij de levensvatbare onderdelen van de onderneming worden verkocht aan een derde onmiddellijk en met zo min mogelijk waardeverlies geëffectueerd worden. Vervolgens kan het faillissement worden afgewikkeld. Met de bij de verkoop gerealiseerde opbrengst kan de curator, met inachtneming van het wettelijke systeem, de schuldeisers van de failliete onderneming zoveel mogelijk voldoen.

Met dit wetsvoorstel doe ik mijn toezegging gestand om ten behoeve van de rechtszekerheid de “*pre-pack*” een uitdrukkelijke grondslag in de wet te bieden. Hiermee geef ik eveneens gehoor aan een roep uit de praktijk. Benadrukt moet worden dat het wetsvoorstel een ruimere strekking heeft: het beoogt niet alleen een uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor de “*pre-pack*” te bieden, maar in het algemeen de afwikkeling van een faillissement te bespoedigen en te faciliteren door te bewerkstelligen dat de curator en de rechter-commissaris op het moment van hun benoeming volledig op de hoogte kunnen zijn van de voor de afwikkeling van het faillissement van belang zijnde omstandigheden.

5. Belangen van de gezamenlijke schuldeisers

Ten aanzien van de “*pre-pack*” zijn in de literatuur ook bezwaren naar voren gebracht. Deze komen er in hoofdzaak op neer dat de “*pre-pack*” niet goed te verenigen zou zijn met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Deze bezwaren zijn voornamelijk gebaseerd op de ervaringen in het Verenigd Koninkrijk.

“*Prepackaged insolvencies*” worden in het Verenigd Koninkrijk geregisseerd door de onderneming zelf. In de regel zijn het de financiers die als belangrijkste schuldeiser een “*administrator*” (de toekomstige curator in het faillissement) voordragen, die vervolgens door de onderneming wordt benoemd. De “*administrator*” zou in de periode vanaf zijn aanwijzing tot aan de faillietverklaring te zeer betrokken raken bij de bedrijfsvoering van de onderneming. Daardoor zou hij na de faillietverklaring in zijn rol als curator de “*pre-packaged deal*” (de activatransactie ten behoeve van de doorstart die al voor het faillissement is voorbereid) niet meer onafhankelijk kunnen beoordelen of bestrijden. Ook zou de “*pre-pack*” bepaalde klassen schuldeisers bevoordelen en overige schuldeisers schade toebrengen. Voorts zou de “*pre-pack*” kunnen leiden tot een gebrek aan transparantie voor crediteuren doordat de transactie waartoe de “*pre-pack*” leidt tot stand komt in een besloten onderhandelingsproces tussen twee partijen (t.w. de schuldenaar en de koper) in plaats van in een openbaar verkoopproces. Aldus onttrekt het proces dat leidt tot de totstandkoming van de transactie – alsmede de wijze waarop binnen dat proces de voorwaarden van de betreffende transactie worden overeengekomen – zich aan de waarneming van de crediteuren. Een ander bezwaar dat wel tegen de “*pre-pack*” naar voren is gebracht, is dat het concurrentievervalsend zou werken. De “*pre-pack*” zou het oneigenlijk gebruik van het faillissement ten behoeve van herstructurering in de hand werken.

De tegen de “*pre-pack*” geuite bezwaren worden in de bij dit wetsvoorstel voorgestelde regeling op verschillende manieren ondervangen. De eerste is dat erin is voorzien dat niet de onderneming zelf, maar de rechtbank de regie houdt. Een beoogd curator wordt aangewezen door de rechtbank (vgl. artikel 363 lid 1) en dus niet door de schuldenaar zelf na een voordracht door de schuldeisers, zoals het geval is in het Verenigd Koninkrijk. De beoogd curator dient onafhankelijk te opereren. Indien dit niet het geval blijkt te zijn (geweest), kan de rechtbank:

- op eigen verzoek, dan wel op verzoek van de rechter-commissaris of de schuldenaar – de beoogd curator tussentijds van zijn taken ontheffen (vgl. artikel 364), of
- bij de faillietverklaring alsnog een andere curator aanwijzen (vgl. artikelen 14a, 215 lid 3 en 223a lid 2).

Ter voorkoming van financiële afhankelijkheid is bepaald dat de beoogd curator buiten faillissement kan vragen om zekerheidsstelling voor de betaling van zijn salaris. Is het salaris onbetaald gebleven op het moment van faillietverklaring, dan is in het wetsvoorstel opgenomen dat het salaris van de beoogd curator wordt voldaan volgens de regels die gelden voor de curator in faillissement (vgl. artikel 367).

Daarnaast is in het voorgestelde artikel 363 lid 1 bepaald dat de schuldenaar die om de aanwijzing van een beoogd curator vraagt aannemelijk moet maken dat:

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

Indien de schuldenaar hier niet in slaagt, is voor de aanwijzing van een beoogd curator geen plaats.

De kans op een geslaagde doorstart van de levensvatbare onderdelen van een onderneming en daarmee op behoud van werkgelegenheid voor de in de onderneming aanwezige werknemers wordt door de voorgestelde regeling vergroot zonder dat ruimte bestaat voor het om oneigenlijke redenen verzoeken van de aanwijzing van een beoogd curator en het oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht. De verwachting is niet dat dit wetsvoorstel zal leiden tot een toename van het aantal doorstarts vanwege oneigenlijke redenen, maar veeleer dat de afwikkeling van voorkomende doorstarts spoediger en zonder onnodig waardeverlies kan plaatsvinden. Dit volgt uit het feit 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 ondernemer zal hierover al bij het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator kunnen worden bevraagd door de rechtbank. Dit speelt des te meer daar waar de financiële problemen het gevolg zijn van economische

omstandigheden die ook andere ondernemingen binnen dezelfde sector treffen – een groeimarkt is bijvoorbeeld veranderd in een krimpmarkt. Het ligt in de rede dat de rechtbank het verzoek dan slechts toewijst indien de schuldenaar kan aantonen dat een eventuele doorstart realistisch is en dat wanneer het daadwerkelijk tot een aangifte van een faillissement komt dit niet gebeurt om oneigenlijke redenen; t.w. de wens om de onderneming snel te saneren teneinde binnen een krappe markt een concurrentievoordeel te verkrijgen.

In het voorgestelde artikel 365 lid 2 is bepaald dat de beoogd curator bij zijn handelen steeds de taak van de curator als uitgangspunt neemt. Bedoeld is dat de beoogd curator zijn taak verricht ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, zoals dat het geval is voor de curator in faillissement (vgl. Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1996, 628). Ook voor de beoogd curator geldt dus dat hij zich niet mag richten op de belangen van een of meer bepaalde schuldeisers. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers is dat in de fase voorafgaand aan een eventueel faillissement zodanig wordt gehandeld dat bij faillissement de vorderingen van alle schuldeisers voor een zo groot mogelijk gedeelte kunnen worden voldaan. Juist daaraan beoogt de aanwijzing van een beoogd curator bij te dragen: doordat waardeverlies kan worden voorkomen, kan de opbrengst worden gemaximaliseerd en kunnen de vorderingen van schuldeisers voor een groter gedeelte worden voldaan. Aldus komt de aanwijzing van de beoogd curator alle schuldeisers ten goede en niet slechts één of enkele van hen.

Ten aanzien van de transparantie geldt dat het verkrijgen van inzicht in de wijze waarop de voor de doorstart benodigde activatransactie tot stand komt een begrijpelijke wens van crediteuren is. Ook thans heeft de ondernemer echter de mogelijkheid om zijn onderneming of delen daarvan voorafgaand aan een eventueel faillissement te verkopen of een doorstart vanuit een faillissement voor te bereiden. Crediteuren hebben daarop geen invloed en worden net als de curator eerst na de faillietverklaring met de verkoop of de voorbereiding daarvan geconfronteerd. De voorgestelde regeling leidt er nu juist toe dat de crediteuren – door middel van het eindverslag van de beoogd curator (vgl. artikel 364 lid 3) – uitgebreid worden geïnformeerd over hetgeen zich heeft voorgedaan in de fase voorafgaand aan het faillissement. De informatieverstrekking vindt weliswaar achteraf plaats, maar daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat zodra bekend wordt dat een onderneming zich in financiële moeilijkheden bevindt en een faillissement aanstaande is, zij

doorgaans te maken krijgt met negatieve publiciteit en als gevolg daarvan terechtkomt in een ongecontroleerd proces dat haar waarde in snel tempo doet afnemen. De realisatie van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van het voldoen van de vorderingen van de crediteuren wordt door een ongecontroleerde openbaarheid bemoeilijkt. Dit zou nog worden versterkt indien alle crediteuren zouden moeten worden geïnformeerd vooraleer de verkoop van de gezonde delen van de onderneming tot stand kan komen: dit kost tijd en leidt tot verder waardeverlies en kan daardoor een doorstart zelfs illusoir maken.

In dit kader verdient verder aandacht dat een verkoop van de levensvatbare onderdelen van de onderneming (of zelfs van alle activa van de gefailleerde) die zeer kort na de faillietverklaring plaatsvindt ook nu al bepaald geen onbekend verschijnsel is. Artikel 101 lid 1 Fw biedt de curator in faillissement immers al de mogelijkheid om goederen te vervreemden die niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven. Bij de totstandkoming van de Faillissementswet was oorspronkelijk de gedachtegang dat de curator in de eerste fase van het faillissement enkel het vermogen beheerde en de vermogenspositie van de failliet inventariseerde. In deze gedachtegang mochten activa enkel bij uitzondering worden vervreemd: ter afsluiting van deze eerste fase vond namelijk een verificatievergadering plaats, waarop niet alleen de ingediende vorderingen werden geverifieerd, maar ook werd gestemd over voortzetting van de onderneming of vereffening van het actief.

Door de Hoge Raad is artikel 101 lid 1 Fw inmiddels echter zodanig ruim uitgelegd dat zij in het algemeen vervreemding van tot de failliete boedel behorende goederen toelaat (zie al 27 augustus 1937, NJ 1938/9). In de praktijk worden op basis van deze bepaling dan ook regelmatig vlak na het faillissement (alle) activa van de gefailleerde verkocht in het kader van een doorstart, tenzij er sterke aanwijzingen zijn dat een akkoord zal worden aangeboden of hoger beroep zal worden ingesteld tegen het faillissementsvonnis. Bij een dergelijke verkoop worden de crediteuren pas achteraf geïnformeerd, namelijk in het faillissementsverslag. Voor zover crediteuren al voor de doorstart op de hoogte zijn van het faillissement, geldt dat zij slechts beperkte tijd en beperkte middelen hebben om invloed uit te oefenen op de wijze waarop de curator tot verkoop van de onderneming overgaat. Zij kunnen op basis van artikel 69 Fw tegen de transactie opkomen en de rechter-commissaris

verzoeken de curator te bevelen deze niet uit te voeren. Deze mogelijkheid blijft ook na invoering van de in dit wetsvoorstel voorgestelde regeling bestaan.

Dit wetsvoorstel berust op het uitgangspunt dat het in de eerste instantie aan de beoogd curator is om na te gaan of een juist evenwicht wordt geboden tussen de ruchtbaarheid die nodig is om potentiële kopers van delen van de onderneming te bereiken en anderzijds de stilte die is vereist om de redding van de levensvatbare gedeelten van de onderneming in relatieve rust te kunnen voorbereiden en met de verkoop een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers. De afwegingen die in dit proces worden gemaakt, moeten vanzelfsprekend naderhand verantwoord kunnen worden. Juist in dat kader is een zorgvuldige informatieverschaffing van groot belang. Om dit te benadrukken is in het voorgestelde artikel 364 lid 3 bepaald dat de beoogd curator na te zijn ontheven van zijn taken onverwijld verslag uitbrengt over zijn bevindingen in de periode vanaf het moment dat hij als beoogd curator werd aangewezen. Niets staat eraan in de weg dat indien blijkt dat daaraan behoefte bestaat, de rechtbanken aangeven aan welke criteria de inhoud van een dergelijk verslag moet voldoen, zoals ook bij de “*pre-pack*” in het Verenigd Koninkrijk is gebeurd.

*****. Consultatie**

[P.M.]

*****. Gevolgen voor het bedrijfsleven**

[P.M.]

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdelen A, B, C en D

Onderdeel A voorziet erin dat ook het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator komt te vallen onder de categorie verzoekschriften die door een advocaat moeten worden ingediend. Voor de toelichting van onderdeel A wordt verwezen naar hetgeen is uiteengezet in de toelichting bij het met onderdeel E voorgestelde artikel 363.

Wanneer de rechtbank een faillissementsaanvraag of aangifte ontvangt, zal zij het daartoe ingediende verzoekschrift in raadkamer behandelen (vgl. artikel 4 Fw). Is de faillietverklaring overeenkomstig artikel 1 lid 1 Fw door één of meer schuldeisers aangevraagd, dan zullen deze door de rechtbank over de aanvraag worden gehoord. Ingevolge artikel 6 lid 1 Fw kan de rechtbank de schuldenaar oproepen om hem over de faillissementsaanvraag of aangifte te horen. Naar aanleiding van een uitspraak van de Hoge Raad gebeurt dit thans in vrijwel alle gevallen (HR 29 oktober 1982, NJ 1983, 196). In onderdeel B wordt hieraan nu de volgende regel toegevoegd. Indien aan de faillissementsaanvraag of aangifte een aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris vooraf is gegaan, dient de rechtbank de schuldenaar, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris altijd in de gelegenheid te stellen te worden gehoord.

Zijn de omstandigheden na de aanwijzing van de beoogd curator niet gewijzigd, dan moet de schuldenaar erop kunnen vertrouwen dat de rechtbank bij de faillietverklaring de eerder door haar aangewezen personen ook daadwerkelijk benoemt als curator en rechter-commissaris. Dit uitgangspunt is neergelegd in artikel 14a. Is er wel sprake van gewijzigde omstandigheden dan zou de rechtbank tot de conclusie kunnen komen dat het beter is andere personen aan te stellen dan wel te benoemen. Deze beslissing heeft echter vergaande consequenties. Zij zal er immers in veel gevallen toe leiden dat de met de aanwijzing beoogde uitkomst niet wordt bereikt. Doordat de 'onbekende' curator niet betrokken is geweest in de fase voorafgaand aan het faillissement en er met hem dus geen afstemming heeft kunnen plaatsvinden, is de kans groot dat de onderneming na de faillietverklaring alsnog in een ongecontroleerd proces terecht zal komen. Als gevolg daarvan zal een aanzienlijk deel van de waarde verloren kunnen gaan. Mocht een doorstart van levensvatbare bedrijfsonderdelen (nog steeds) tot de mogelijkheden behoren, dan zal het naar mate de tijd verstrijkt voor de curator steeds moeilijker worden om een partij te vinden die deze bedrijfsonderdelen tegen een marktconforme prijs wil overnemen. In artikel 14a is daarom bepaald dat de rechtbank een dergelijke beslissing alleen neemt indien niet alleen sprake is van gewijzigde omstandigheden, maar ook van daaruit voortvloeiende '*gewichtige redenen*' om van haar eerdere aanwijzing af te wijken.

De rechtbank kan op de hoogte raken van gewijzigde omstandigheden doordat de schuldenaar, de beoogd curator en/of de beoogd rechter-commissaris haar

daarvan op de hoogte stellen. Dit is een van de redenen waarom het van belang is dat deze personen door de rechtbank in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord alvorens op de faillissementsaanvraag of aangifte wordt beslist en de curator en rechter-commissaris in het faillissement worden aangesteld dan wel benoemd. Wordt het faillissement aangevraagd door een schuldeiser, dan zou het ook mogelijk kunnen zijn dat deze over informatie beschikt die de rechtbank tot de conclusie laat komen dat er sprake is van 'gewichtige redenen' om van haar eerdere aanwijzing af te wijken. Aangezien de aanwijzing van de beoogd curator echter een besloten karakter heeft en – zoals later toegelicht wordt – de beoogd curator in principe alleen met instemming van de schuldenaar contact heeft met derden (waaronder schuldeisers) zal deze situatie in de praktijk waarschijnlijk niet vaak aan de orde zijn.

Van gewijzigde omstandigheden – met daaruit voortvloeiende 'gewichtige redenen' om een eerdere aanwijzing niet te volgen – zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn, indien zich in de periode tussen de aanwijzing en de faillietverklaring een vertrouwensbreuk heeft voorgedaan tussen de beoogd curator en de schuldenaar (zie over het belang van een harmonieuze omgang tussen de schuldenaar en de beoogd curator in de toelichting bij artikel 365).

In de artikelen 215 en 223a is een soortgelijke regeling getroffen voor het geval aan de verlening van surseance van betaling een aanwijzing van een beoogd bewindvoerder vooraf gaat. Wanneer de rechtbank een verzoek tot verlening van surseance van betaling bereikt, wordt deze aanvankelijk eerst voorlopig verleend en worden er dadelijk één of meer bewindvoerders benoemd. Aan artikel 215 is een derde lid toegevoegd waarin is bepaald dat dit in beginsel de personen zullen zijn die de rechtbank eerder als beoogd bewindvoerders heeft benoemd. Dit is slechts anders wanneer er sprake is van gewijzigde omstandigheden en daaruit voortvloeiende '*gewichtige redenen*' om van de eerdere aanwijzing af te wijken. De rechtbank zou – in dit stadium van de voorlopige verlening van surseance – van dergelijke omstandigheden op de hoogte kunnen raken doordat de schuldenaar die om de verlening van de surseance verzoekt, dan wel de personen die de rechtbank eerder heeft aangewezen als beoogd bewindvoerder of beoogd rechter-commissaris haar hierover inlichten. In artikel 215 lid 2 wordt in ieder geval de regel toegevoegd, dat deze personen in de gelegenheid gesteld moeten worden om te worden gehoord voordat de surseance van betaling definitief wordt verleend. Ook nu geldt dat de

(bekende) schuldeisers die ingevolge artikel 215 lid 2 Fw worden gehoord voordat de surseance definitief wordt verleend, de rechtbank eventueel ook belangwekkende informatie zouden kunnen verschaffen.

Opgemerkt moet nog worden dat in het genoemde voorbeeld, de hoorzitting de rechtbank ook de mogelijkheid zou kunnen bieden om de relatie tussen de beoogd curator en de schuldenaar alsnog te herstellen. Lukt dit, dan staat niets er meer aan in de weg dat de rechtbank haar eerdere aanwijzing alsnog volgt en de beoogd curator benoemt als curator in het faillissement.

Onderdeel F

Na artikel 362 Fw wordt een nieuwe Titel IV «*Buiten faillissement en surseance van betaling*» opgenomen. Zoals opgemerkt in paragraaf 3 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting wordt er binnen het wetgevingsprogramma ook gewerkt aan een regeling die een dwangakkoord buiten faillissement mogelijk moet maken. Bedoeling is om die regeling samen met de bij dit wetsvoorstel voorgestelde regeling op te nemen in de nieuwe Titel IV.

Artikel 363

Het eerste lid biedt de rechtbank de mogelijkheid om op verzoek van de schuldenaar voorafgaand aan een eventuele faillietverklaring al aan te wijzen wie zij als curator zal benoemen, mocht het inderdaad tot een faillissement komen. Ten behoeve van deze aanwijzing dient de schuldenaar een verzoekschrift in te dienen bij de rechtbank die bevoegd zou zijn een op hem betrekking hebbende faillissementsaanvraag of aangifte in behandeling te nemen.

Uit de in onderdeel A van dit wetsvoorstel voorziene wijziging van artikel 5, eerste lid, Fw vloeit voort dat de schuldenaar zich in zijn verzoek zal moeten laten bijstaan door een advocaat. Dit is gerechtvaardigd, omdat van belang is dat de schuldenaar voordat hij zodanig verzoek doet, wordt ingelicht over de juridische betekenis daarvan. De advocaat zal de verzoeker van de aanwijzing van een beoogd curator er opmerkzaam op moeten maken dat deze aanwijzing gericht is op het treffen van voorbereidingen die de afwikkeling van een eventueel faillissement en – indien aan de orde – een mogelijke doorstart van levensvatbare onderdelen van de onderneming bespoedigen. De advocaat zal de verzoeker er in dit kader op moeten wijzen dat hij als enige verantwoordelijk blijft voor zijn eigen handelen: na de

aanwijzing van de beoogd curator behoudt hij zelf het beheer en de beschikking over het tot de onderneming behorende vermogen. De advocaat zou de verzoeker mede daarom in ieder geval moeten adviseren voorzichtig te zijn bij het aangaan van nieuwe verplichtingen. In het geval de schuldenaar een vennootschap is, zal bijvoorbeeld gelden dat de bestuurders van die vennootschap zich er ter voorkoming van latere aansprakelijkheidsclaims steeds van moeten vergewissen of de vennootschap aangegane verplichtingen zal kunnen nakomen (Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel)).

Zoals beschreven in paragraaf 2 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting heeft de voorgestelde regeling een tweeledig doel. Zij is er enerzijds op gericht een gestructureerde en doelmatige afwikkeling van faillissementen te faciliteren. Anderzijds beoogt zij – waar dit mogelijk blijkt – een doorstart van levensvatbare bedrijfsonderdelen te bespoedigen. Het streven is onnodig waardeverlies ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers te voorkomen en werkgelegenheid ten behoeve van het in de onderneming werkzame personeel zoveel mogelijk te behouden. Gelet hierop is voorgeschreven dat de schuldenaar die om de aanwijzing van de beoogd curator verzoekt bij de rechtbank aannemelijk zal moeten maken dat:

- a) met de aanwijzing het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers is gediend, of
- b) belangen van maatschappelijke aard – zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers – bij de aanwijzing gebaat zijn (vgl. artikel 363 lid 1).

Het ligt voor de hand dat de schuldenaar de rechtbank een plan voorlegt waarin hij uiteenzet welke stappen hij in de periode volgend op de aanwijzing denkt te gaan nemen en welke rol de beoogd curator hierin zou kunnen spelen. Wordt de aanwijzing aangevraagd met het oog op een mogelijke doorstart al dan niet na faillissement, dan zal de schuldenaar de rechtbank in ieder geval moeten inlichten over de beoogde transactie en over de potentiële overnamekandidaat, voor zover deze al in beeld is. Nu dit wetsvoorstel voorziet in een kaderregeling, wordt aan de rechtbanken de ruimte geboden om ten aanzien van de in het verzoekschrift te betrekken informatie een gezamenlijk beleid te ontwikkelen.

In het tweede en derde lid is bepaald dat de rechtbank het verzoek in raadkamer – dat wil zeggen achter gesloten deuren – zal behandelen en dat zij zal

beslissen bij beschikking. Om het besloten karakter van de aanwijzing te waarborgen, zal de beschikking niet openbaar gemaakt worden. De schuldenaar zal het tarief voor zaken van onbepaalde waarde in rekening worden gebracht. Dit is thans voor natuurlijke personen € 75 en voor rechtspersonen € 112 (zie de bijlage bij de Wet griffierechten burgerlijke zaken).

Uit het derde lid volgt voorts dat indien de rechtbank besluit het verzoek te honoreren, zij aan de aanwijzing een termijn kan verbinden. De verwachting is dat dit in vrijwel alle gevallen zal gebeuren. Deze termijn kan vervolgens op verzoek van de schuldenaar door de rechter-commissaris worden verlengd. Het ligt in de rede dat de rechter-commissaris eerst de beoogd curator vraagt naar zijn zienswijze betreffende het nut van een verlenging, alvorens hij beslist.

De rechtbank kan daarnaast aan de aanwijzing ook voorwaarden verbinden wanneer zij dit nodig acht ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel. Hetzelfde geldt voor de rechter-commissaris wanneer hij beslist de aanwijzing te verlengen. In het hiervoor genoemde voorbeeld – waarin de aanwijzing wordt verzocht ten behoeve van de voorbereiding van een mogelijke doorstart – zou de rechtbank voorwaarden kunnen stellen om ervoor te zorgen dat de beste prijs tot stand komt. Zo zou de rechtbank kunnen verlangen dat de onderneming wordt gewaardeerd door een onafhankelijke deskundige. Ook zou de rechtbank kunnen bepalen dat binnen een bepaalde termijn moet worden gekomen met een meer gedetailleerd plan voor de redding van de levensvatbare gedeelten van de onderneming. Voorts zou zij de beoogd curator de specifieke opdracht kunnen meegeven om binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding te zoeken naar een andere potentiële koper van de levensvatbare delen van de onderneming. Uit dit laatste voorbeeld moet overigens niet worden afgeleid dat bij de aanwezigheid van slechts één gegadigde van de aanwijzing van een beoogd curator geen sprake kan zijn.

In het vierde lid is bepaald dat een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator niet kan worden ingediend door een schuldenaar die een natuurlijke persoon is die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent. De reden daarvoor is dat de voorgestelde regeling ziet op de voorbereiding van een eventueel faillissement van een onderneming gedreven door een natuurlijke persoon of een rechtspersoon. Dit betreft de enige beperking van de reikwijdte van de regeling. Voor het overige geldt dat aan het toepassingsbereik van de regeling geen voorwaarden zijn gesteld: zij is

van toepassing op alle ondernemingen, ongeacht de activiteiten die zij verrichten of de rechtsvorm waarin zij worden gedreven.

In het vijfde lid is bepaald dat de beslissing van de rechtbank niet vatbaar is voor hoger beroep.

Artikel 364

Teneinde het met de aanwijzing beoogde doel te kunnen bereiken is essentieel dat de beoogd curator en de schuldenaar in harmonie met elkaar omgaan (zie hierover de toelichting bij artikel 365). Hier past bij dat wanneer van die harmonie geen sprake (meer) is de beoogd curator en de schuldenaar afscheid van elkaar moeten kunnen nemen. Het eerste lid bepaalt daarom dat zowel de beoogd curator als de schuldenaar de rechtbank te allen tijde kunnen vragen om de beoogd curator te ontheffen van zijn taken. Ook de rechter-commissaris kan, bijvoorbeeld wanneer hij tot het oordeel komt dat de aanwijzing niet langer in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, een dergelijk verzoek indienen. Een andere – positieve – reden voor de indiening van het onderhavige verzoek zou kunnen zijn dat de schuldenaar erin is geslaagd om buiten faillissement een oplossing te vinden voor zijn financiële problemen.

De ontheffing van de beoogd curator van zijn taken heeft – buiten het geval waarin de financiële problemen inmiddels zijn opgelost – verstrekkende consequenties. Het leidt er immers toe dat de met de aanwijzing beoogde uitkomst niet wordt bereikt (zie hierover ook de toelichting bij de onderdelen B tot en met D). Het is daarom gerechtvaardigd dat de rechtbank voordat zij hiertoe overgaat de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris en de schuldenaar hoort. Mocht het verzoek tot ontheffing van de beoogd curator van zijn taken ingegeven zijn door de omstandigheid dat er zich tussen de beoogd curator en de schuldenaar een vertrouwensbreuk heeft voorgedaan, dan zou de hoorzitting de rechtbank de mogelijkheid kunnen bieden om de relatie tussen de beoogd curator en de schuldenaar alsnog te herstellen.

De rechtbank kan bij de toewijzing van het verzoek tot ontheffing van de beoogd curator van zijn taken direct een andere beoogd curator aanwijzen mits zij daarvoor voldoende grond aanwezig acht. Dat zal in de regel slechts het geval zijn indien zij meent dat de aanwijzing van een ‘nieuwe’ beoogd curator in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Daarvan is sprake wanneer de betrokkenheid van

een beoogd curator nog altijd kan bijdragen aan het behoud van de waarde van de onderneming en aan eventuele andere belangen, zoals de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid.

In het tweede lid is bepaald dat de beoogd curator van rechtswege wordt ontheven van zijn taken ingevolge artikel 365 door het verstrijken van de aan de aanwijzing verboden termijn of de faillietverklaring van de schuldenaar. Dit laatste volgt logischerwijs uit het feit dat hij vanaf dat moment in beginsel curator in het faillissement zal zijn en als zodanig de taken zal uitoefenen die op hem rusten ingevolge Titel I van de Faillissementswet. Dit is slechts anders wanneer de rechtbank bij de faillietverklaring alsnog besluit haar eerdere aanwijzing niet op te volgen (zie hierover de toelichting bij onderdelen B tot en met D).

Zoals al werd opgemerkt in paragrafen 3 en 5 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting bepaalt artikel 364 lid 3 dat de beoogd curator na te zijn ontheven van zijn taken onverwijld verslag uitbrengt over zijn bevindingen in de periode vanaf het moment dat hij werd aangewezen. Dit is in het belang van de crediteuren die – vooral in het geval dat er kort na de faillietverklaring door middel van een activatransactie een doorstart wordt bewerkstelligd – zullen willen weten wat er zich in de voorfase heeft afgespeeld. Het eindverslag dient bij de griffie te worden ingediend. Aldaar zal een ieder het kosteloos kunnen inzien, maar – gelet op het besloten karakter van de aanwijzing – niet dan nadat de schuldenaar failliet is verklaard of hem surseance van betaling is verleend. Dit betekent dat wanneer de betrokkenheid van de beoogd curator eindigt omdat de schuldenaar erin is geslaagd om buiten faillissement een oplossing te vinden voor zijn financiële problemen, het eindverslag niet openbaar zal worden gemaakt. Volgt enige tijd later echter alsnog een faillissement of een surseance van betaling, dan zal de griffie het eindverslag alsnog voor een ieder ter inzage leggen.

Artikel 365

Dit artikel regelt de taak en de bevoegdheid van de beoogd curator en behelst daarmee een kernelement van de regeling.

Lid 1

Het eerste lid onderstreept in de eerste plaats de eerder beschreven onafhankelijke positie van de beoogd curator. Voorts is in dit lid bepaald dat de beoogd curator bij

zijn handelen steeds de taak van de curator als uitgangspunt neemt. Daarmee wordt bedoeld de taak van de curator in faillissement. Bedoeld is dat de beoogd curator zijn taak verricht ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, zoals dat het geval is voor de curator in faillissement (vgl. Hoge Raad 23 december 1994, NJ 1996, 628 (Notaris/THB)). Dat belang is, zoals al werd beschreven in paragraaf 5 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting, dat in de aanloop naar het faillissement zodanig wordt gehandeld dat bij faillissement de vorderingen van alle schuldeisers voor een zo groot mogelijk gedeelte worden voldaan. Juist daaraan beoogt de aanwijzing van een beoogd curator bij te dragen.

Uit het eerste lid moet niet worden afgeleid dat de beoogd curator beschikt over dezelfde bevoegdheden als de curator in faillissement. In paragraaf 2 van het algemeen deel van deze memorie van toelichting is al opgemerkt dat dit wetsvoorstel niet de invoering van een nieuw of aanvullend insolventieregime beoogt. De aanwijzing van de beoogd curator zal ook geen verandering brengen in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. De ondernemer of in het geval van een aanwijzing bij een vennootschap, de bestuurders van de betreffende vennootschap, behouden zelf het beheer en de beschikking over het tot de onderneming behorende vermogen. De bestaande wettelijke en statutaire bevoegdheidsverdeling blijft intact. Dat wil zeggen: het bestuur neemt de beslissingen en vertegenwoordigt de rechtspersoon (artikel 2:103/240 BW). Dit brengt mee dat de curator in de periode vanaf de aanwijzing tot aan de eventuele faillietverklaring geen actieve rol zal hebben in de bedrijfsvoering van de onderneming. Hij is geen adviseur van de onderneming, heeft geen betrekking of bevoegdheden binnen de onderneming en heeft aan de onderneming geen enkele verplichting, met uitzondering van de verplichting tot geheimhouding. De beoogd curator heeft louter tot taak om mee te kijken, zich te (laten) informeren en zich een oordeel te vormen over de gang van zaken binnen de onderneming.

Lid 2

Het tweede lid brengt een wezenlijk element in de verhouding van de beoogd curator tot de schuldenaar tot uitdrukking, namelijk dat tussen hen sprake is van een harmonieuze omgang. Bepaald is dat de beoogd curator, indien hem dit gevraagd wordt door de schuldenaar, kan verklaren hoe de curator in het eventuele faillissement zou oordelen over rechtshandelingen die de schuldenaar voornemens

is te verrichten of voor te bereiden (vgl. artikel 365 lid 2, onderdelen a en b). Ook zou de curator de schuldenaar kunnen meegeven welke voorbereidingen getroffen zouden kunnen worden om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen (vgl. artikel 365 lid 2, onderdeel c). Met deze formulering is gegeven dat zelfstandig optreden van de beoogd curator zonder instemming van de schuldenaar niet mogelijk is. Dit houdt ook verband met het hiervoor beschreven feit dat de aanwijzing van een beoogd curator geen veranderingen in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar teweeg brengt.

Het uitgangspunt dat aan de aanwijzing van een beoogd curator ten grondslag ligt, is het behoud van waarde van de onderneming opdat schuldeisers voor een zo groot mogelijk gedeelte van hun vordering kunnen worden voldaan. Dit brengt met zich dat de beoogd curator met de ondernemer in overleg treedt wanneer deze verplichtingen dreigt aan te gaan waarvan redelijkerwijs moet worden aangenomen dat deze ertoe zullen leiden dat de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers voor een kleiner gedeelte zullen kunnen worden voldaan. De beoogd curator is, zoals eerder is opgemerkt, echter geen toezichthouder. Hij kan de schuldenaar dus niet dwingen om bepaalde handelingen wel of niet te verrichten. De vraag zou kunnen rijzen of het vereiste dat de beoogd curator slechts met instemming van de schuldenaar kan handelen de bewegingsruimte van de beoogd curator niet al te zeer beperkt. Dat is niet het geval. 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. Het voorgestelde artikel 364 lid 1 biedt hem daartoe de mogelijkheid. De beoogd curator zou daar goede redenen voor hebben, want in dat geval zal aan een essentiële voorwaarde voor het 'welslagen van de aanwijzing' – t.w. een harmonieuze omgang tussen de schuldenaar en de beoogd curator – geen sprake (meer) zijn.

De verklaringen die voor de faillietverklaring door de beoogd curator worden gedaan zijn in beginsel bindend voor de curator in het faillissement. Dit geldt ook als de curator in het faillissement een ander is dan de persoon die voorafgaand aan de faillietverklaring door de rechtbank werd aangewezen als beoogd curator. Dit neemt niet weg dat de schuldeisers in het faillissement alsnog zouden kunnen opgekomen tegen transacties die voor de faillietverklaring met instemming van de beoogd curator zijn verricht of voorbereid. De crediteuren zouden op basis van artikel 69 Fw de rechter-commissaris kunnen verzoeken de curator te bevelen:

- transacties die voor de faillietverklaring zijn verricht, te vernietigen door middel van een actio pauliana, of
- transacties die voor de faillietverklaring zijn voorbereid niet te effectueren.

Een dergelijke procedure zou informatie kunnen opleveren waarover de beoogd curator nog niet beschikte op het moment dat hij verklaarde. Van belang is dan of deze informatie hem tot een ander oordeel zou hebben gebracht. Ook is mogelijk dat in de procedure wordt aangetoond dat de beoogd curator ten onrechte met de transactie heeft ingestemd.

Ten aanzien van schulden die voortvloeien uit verplichtingen die – al dan niet met instemming van de curator – door de onderneming zijn aangegaan in de wetenschap dat zij niet zouden kunnen worden nagekomen, geldt dat de gedupeerde contractspartij de ondernemer kan aanspreken op grond van onrechtmatige daad. In het geval van een vennootschap geldt dat haar bestuurders op grond van onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken (Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel)).

Zijn de verplichtingen aangegaan naar aanleiding van een ‘positieve’ verklaring van de beoogd curator, dan zou deze mogelijk ook persoonlijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de daaruit voortvloeiende schade voor de crediteuren. Dit geldt ook indien de beoogd curator – naar later blijkt – ten onrechte zijn instemming niet heeft gegeven aan een transactie waardoor bijvoorbeeld een mogelijke doorstart is afgeketst. Net als bij de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in faillissement, past hierbij echter de nodige terughoudendheid. Voor persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator is een persoonlijk verwijt vereist. Daarvoor is vereist dat de beoogd curator de onjuistheid van zijn handelen inzag dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien (Maclou-norm; HR 16 december 2011, NJ 2012).

Lid 2, onderdeel a

Uit lid 2 aanhef en onder a volgt, dat de schuldenaar de beoogd curator kan vragen zich uit te laten over de maatregelen die hij voornemens is te treffen in het kader van de normale bedrijfsvoering of ter aflossing van de schulden. Meer in het bijzonder kan de schuldenaar op basis van deze bepaling aan de beoogd curator vragen te verklaren onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de betreffende rechtshandelingen na een eventuele faillietverklaring door de curator niet

vernietigd zullen worden op grond van de artikelen 42 en 47. Deze bepaling ziet bijvoorbeeld op het geval waarin de schuldenaar een noodkrediet wil aangaan tegen zekerheidstelling om de onderneming draaiende te kunnen houden totdat de doorstart (al dan niet na faillissement) vorm heeft gekregen. Indien de beoogd curator – na daartoe gevraagd te zijn door de schuldenaar – verklaart dat redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator de verstrekking van de zekerheden na een eventuele faillietverklaring niet door middel van een actio pauliana zal vernietigen, geeft dit de schuldenaar en de verstrekker van het noodkrediet de gewenste zekerheid. Zo zal de kredietverstrekker er in beginsel van kunnen uitgaan dat hij niet het risico loopt dat hij na een eventuele faillietverklaring als gevolg van een vernietiging van de kredietovereenkomst door de curator, geen beroep kan doen op het zekerheidsrecht en alsnog achteraan in de rij moet aansluiten. Voor hem zal dit essentieel zijn, zeker gezien het feit dat hij het krediet met een hoog risico verschaft.

Lid 2, onderdeel b

Uit lid 2 aanhef en onder b volgt dat de beoogd curator op verzoek van de schuldenaar kan verklaren onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator in het eventuele faillissement goederen zal vervreemden op basis van artikel 101 lid 1 Fw. Artikel 101 lid 1 Fw noemt twee gronden voor verkoop, namelijk (a) de bestrijding van de kosten van het faillissement en (b) de goederen kunnen niet dan met nadeel voor de boedel bewaard blijven. Onder goederen die niet anders dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven moeten niet slechts gerekend worden goederen die door bederf of slijtage in waarde achteruit gaan, maar ook goederen waarvan verwacht mag worden dat zij bij verkoop onmiddellijk na faillietverklaring meer opbrengen dan op een later tijdstip (zie daarover B. Wessels, Insolventierecht, Deel IV: Bestuur en Beheer na faillietverklaring, p. 314). Een doorstart van delen van een onderneming vereist veelal een activatransactie. Dat wil zeggen dat de betreffende delen aan een andere partij worden verkocht. Door die transactie en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt al voor het eventuele faillissement vorm te geven, wordt bewerkstelligd dat zo weinig mogelijk waardeverlies optreedt. Komt het tot een faillietverklaring en vindt de eigenlijke activatransactie pas daarna plaats, dan is daarvoor de medewerking van de curator vereist. Op grond van artikel 101 lid 1 Fw is slechts hij

immers bevoegd om na faillissement tot de boedel behorende goederen te vervreemden. Om die reden is van belang dat bij het vormgeven van de transactie in een zo vroeg mogelijk stadium zoveel mogelijk zekerheid kan worden verkregen of de curator in het eventuele faillissement de transactie inderdaad zal verrichten, met andere woorden of hij de betreffende goederen inderdaad zal vervreemden onder de overeengekomen voorwaarden. Het voorgestelde lid 2 onder b biedt daartoe de mogelijkheid.

Lid 2, onderdeel c

Uit lid 2 aanhef en onder c volgt dat de beoogd curator nadat de schuldenaar daarom heeft gevraagd, kan aangeven welke voorbereidingen nodig zijn om de nadelige gevolgen van een eventuele faillietverklaring af te wenden of te beperken. Deze bepaling vindt zijn grondslag in enkele in aanloop van dit wetsvoorstel bestudeerde verslagen van een aantal faillissementen die zijn afgewikkeld na een “pre-pack” en gesprekken die hebben plaatsgevonden met enkele daarbij betrokkenen. Daaruit bleek dat de belangen van schuldeisers, alsmede de continuïteit van de onderneming en daarmee het behoud van werkgelegenheid, erbij gebaat kunnen zijn wanneer de beoogd curator de schuldenaar praktische maatregelen kan aanreiken.

Het belang van de bepaling laat zich het best met een voorbeeld illustreren. In de praktijk is het vaak zo dat goederen onder eigendomsvoorbehoud worden geleverd. Zodra een onderneming failliet wordt verklaard, komen de leveranciers van de onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen die goederen bij de betreffende onderneming terughalen. Dat kan omdat het eigendomsvoorbehoud tot gevolg heeft dat de leverancier eigenaar van de geleverde goederen blijft totdat de tegenprestatie volledig is voldaan (artikel 3:92 lid 1 BW). In het geval van een faillissement van een schoenenzaak zou dit bijvoorbeeld inhouden dat de schoenenfabrikant schoenen onder eigendomsvoorbehoud heeft geleverd en die onmiddellijk na de faillietverklaring komt terughalen. Dit heeft als gevolg dat de betreffende schoenenzaak zonder voorraad komt te zitten. Zonder voorraad kan zij niet doordraaien. Dit heeft omzet- en dus waardeverlies als gevolg. Dit leidt er vervolgens toe dat minder geld beschikbaar komt ter voldoening van de schuldeisers. De voorgestelde bepaling biedt de beoogd curator en de schuldenaar de mogelijkheid om samen te bekijken welke schoenen onder

eigendomsvoorbehoud zijn geleverd, waarna de schuldenaar de betreffende leveranciers kan benaderen om te bezien of het mogelijk is met hen een regeling te treffen die erin voorziet dat de door hen onder eigendomsvoorbehoud geleverde goederen na de faillietverklaring gewoon verkocht kunnen blijven worden met uitkering van de opbrengst aan de leveranciers. In het geval van een leverancier die de door hem geleverde schoenen toch wil terughalen, kan worden aangegeven waar en wanneer dat mogelijk is.

Lid 3

Het derde lid van het voorgestelde artikel 365 regelt dat de schuldenaar de beoogd curator alle inlichtingen verschafft die hij nodig heeft. Wil de beoogd curator op goede grond de in het tweede lid bedoelde verklaringen kunnen doen, dan is vereist dat hij over de informatie kan beschikken die hij daarvoor nodig heeft. Waar de curator na zijn benoeming in een faillissement informatie zal gaan inwinnen over de schuldenaar en diens handelingen (zie daarover B. Wessels, Insolventierecht, Deel IV: Bestuur en beheer na faillietverklaring, p. 319), zal ook de beoogd curator zich informeren over de omstandigheden die van belang zijn voor de uitoefening van zijn taak. Hij zal – veelal samen met de schuldenaar – nagaan wat de financiële toestand van de onderneming is. In dat kader zal bezien worden welke rechten en verplichtingen de betreffende onderneming heeft alsmede welke inkomsten en uitgaven te verwachten zijn. Ook ligt voor de hand dat zal worden bezien welke leveranciers een eigendomsvoorbehoud hebben bedongen en van welke personeelskosten sprake is.

In faillissement is de plicht van de schuldenaar tot informatieverstopping aan de curator geregeld in artikel 105 lid 1 Fw en heeft de curator een algemene onderzoeksplicht. Het hier voorgestelde artikel 363 lid 1 beoogt niet de introductie van een algemene informatieverstopping voor de schuldenaar en evenmin de introductie van een algemene plicht voor de beoogd curator om actief onderzoek te doen naar zaken die vallen buiten de specifieke onderwerpen waaromtrent hem wordt gevraagd een verklaring te doen. De betreffende bepaling is opgenomen om het belang van een zorgvuldige informatieverstopping door de schuldenaar aan de beoogd curator te benadrukken.

Indien de beoogd curator van mening is dat hem niet de benodigde informatie wordt verschafft, kan hij de rechtbank vragen hem van zijn taak te ontheffen. Het

voorgestelde artikel 364 lid 1 biedt hem daartoe de mogelijkheid. Wanneer na de benoeming van de beoogd curator tot curator blijkt dat de beoogd curator ten tijde van het doen van de in het tweede lid bedoelde verklaringen niet over adequate informatie beschikte, kan de curator zich gedwongen voelen op zijn verklaringen terug te komen. Zo zou hij zich genoodzaakt kunnen zien alsnog over te gaan tot het invoeren van de actio pauliana (tweede lid, onder a) of geen medewerking te verlenen aan een activatransactie (tweede lid, onder b). Het voorgestelde artikellid geeft de curator deze vrijheid en legt de verantwoordelijkheid van onvolledige informatievoorziening bij de schuldenaar.

In het derde lid is eveneens bepaald dat de beoogd curator in overleg met de schuldenaar derden kan bevragen of een deskundige kan vragen onderzoek te verrichten. Zo zou de beoogd curator de advocaat van de schuldenaar om informatie kunnen vragen, met dien verstande dat deze beroep heeft op het verschoningsrecht. Waar immers de curator de advocaat niet uit diens geheimhoudingsplicht kan ontslaan (Hof Arnhem 13 december 1994, NJ 1996/241), geldt dat vanzelfsprekend ook voor de beoogd curator. De in te schakelen derde zou bijvoorbeeld een deskundige kunnen zijn die in het kader van de voorbereiding van een doorstart van bedrijfsonderdelen na faillissement de actuele waarde van die bedrijfsonderdelen vaststelt. Wanneer de schuldenaar de beoogd curator vraagt zich uit te laten over de activatransactie die hij ten behoeve van de doorstart heeft voorbereid, zou een dergelijke waardebepaling zeer nuttig kunnen zijn. Deze geeft de beoogd curator immers richting bij de beoordeling van de voorwaarden van die transactie, waaronder de verkoopkoopprijs. De omstandigheid dat de beoogd curator slechts tot het bevragen of inschakelen van derden kan overgaan in overleg met de schuldenaar vindt zijn grondslag in het besloten karakter van de aanwijzing en met het feit dat de aanwijzing van de beoogd curator geen verandering brengt in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. In dit licht is ook van belang te benadrukken dat de beoogd curator alle informatie waarover hij beschikt vertrouwelijk behandelt en voorzichtig omspringt met het betrekken van derden.

Artikel 366

Dit artikel regelt de betaling van de beoogd curator en de derden die door hem worden ingeschakeld. Het eerste lid gaat uit van de gedachte dat zolang de onderneming niet failliet is, de beoogd curator en de onderneming kunnen afspreken

hoe zij met de beloning van de beoogd curator en de kosten van de door hem ingeschakelde derden omgaan. Indien het uiteindelijk niet tot een faillissement komt, zal de schuldenaar het salaris van de beoogd curator en de eventuele door hem ingeschakelde derden in de regel gewoon kunnen voldoen. De beoogd curator heeft de vrijheid om van de schuldenaar toereikende zekerheid voor de betaling van zijn salaris te bedingen. Indien de schuldenaar deze niet wil verstrekken, dan moet het ervoor worden gehouden dat de schuldenaar geen prijs stelt op de aanwijzing van een beoogd curator. In dat geval staat het de beoogd curator vrij zijn aanwijzing niet te aanvaarden.

In veel gevallen zal de schuldenaar niet in staat zijn de kosten van de beoogd curator of door hem ingeschakelde derden te voldoen of daarvoor zekerheid te stellen. Voor dat geval biedt het voorgestelde derde lid een oplossing nu daarin is bepaald dat indien de schuldenaar failliet wordt verklaard voordat het salaris van de beoogd curator en de kosten van door hem ingeschakelde derden zijn voldaan, deze kosten als algemene faillissementskosten worden voldaan. Het laatste wil zeggen dat deze kosten worden aangemerkt als boedelkosten. Dit is gerechtvaardigd: de betreffende kosten zijn immers gemaakt om de kosten van de afwikkeling van het faillissement zo laag mogelijk te maken en de waarde van de onderneming te behouden. Dit leidt tot een hogere opbrengst die voor de schuldeisers tot gevolg heeft dat een groter gedeelte van hun vordering voldaan kan worden.

Artikel 367

Besluit de rechtbank een verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator te honoreren, dan wijst de rechtbank tevens een van haar leden aan die in geval van een eventuele faillietverklaring zal worden benoemd als rechter-commissaris. Dat ook een beoogd rechter-commissaris wordt aangewezen ligt in de rede aangezien de curator in het eventuele faillissement de failliete boedel zal beheren onder toezicht van de rechter-commissaris. Voor alle transacties die voor het faillissement worden voorbereid geldt dat de curator deze na de faillietverklaring slechts zal kunnen effectueren met toestemming van de rechter-commissaris. Om het met de aanwijzing beoogde doel te kunnen bereiken, zal de beoogd curator voorafgaand aan het faillissement de beoogd rechter-commissaris tenminste moeten kunnen informeren en moeten kunnen polsen over de transacties die hij na de faillietverklaring zal willen effectueren. Na de faillietverklaring zal de rechter-

commissaris dan snel toestemming kunnen geven voor deze transacties. Artikel 367 maakt beide mogelijk.

Artikelen II en III

Artikel II betreft de gebruikelijke inwerkingtredingsbepaling. Artikel III bevat de citeertitel.

De Minister van Veiligheid en Justitie,