

De Nederlandse pre-pack: van 'try-out' naar succesvol instrument:

Hoe kan het pre-packproces zo worden ingericht dat misbruikrisico's en bezwaren worden weggenomen of gemitigeerd, zodat de pre-pack zich tot een succesvol herstructureringsinstrument kan ontwikkelen?



Drs. R.M. Verheijen
Conceptversie masterscriptie
Tilburg University Law School
Onder begeleiding van prof. mr. R.D. Vriesendorp en mr. M. P. Verdonk

Inhoudsopgave.

De Nederlandse pre-pack: van ‘try-out’ naar succesvol instrument:	1
Hoe kan het pre-packproces zo worden ingericht dat misbruikrisico's en bezwaren worden weggenomen of gemitigeerd, zodat de pre-pack zich tot een succesvol herstructurerings-instrument kan ontwikkelen?.....	1
1. Inleiding	3
2. Onderzoeksmethoden en verantwoording	5
3. De start van de pre-pack procedure.....	6
3.1. De pre-pack	7
3.2. Uitgangspunten en omstandigheden van belang voor succesvolle toepassing.....	7
3.3. Voorafgaande goedkeuring.....	8
3.4. De pre-pack als instrument tijdig inzetten	10
3.4.1. Voldoende tijd en ruimte voor de voorbereidingen.....	10
3.4.2. Tijdigheid van de betrokkenheid van de toekomstig curator bij de voorbereidingen.....	10
3.4.3. Financiële tijdigheid.....	11
3.4.4. Het waarborgen van de tijdige aanvraag	12
3.5. De bereidheid van de rechtbank om tot aanwijzing over te gaan.	13
3.5.1 Het aanwijzen van de juiste toekomstige curator.....	17
3.5.2. De aanwijzing en het belang van de rol van de toekomstige R-C.....	18
4. Het proces van totstandkoming van de pre-pack.....	19
4.1. De inventarisatiefase	20
4.1.1. De taken en rol van de toekomstige curator	20
4.1.2. Onderzoek naar de gang van zaken binnen de onderneming	22
4.1.3. De bevindingen van de toekomstig curator.....	26
4.2. De onderhandelingsfase	26
4.2.1. Het plan van aanpak	26
4.2.3. De betrokkenheid van de Ondernemingsraad en communicatie naar personeel	27
4.2.2. De prijsstelling en het biedingsproces.....	29
4.2.4. Het afsluiten van de onderhandelingen; de totstandkoming van de pre-pack	32
4.3. De uitvoeringsfase	32
4.3.1. De eigen aangifte tot faillietverklaring	32
4.3.2. Zorgvuldige informatieverstrekking naar (niet-betrokken) schuldeisers.....	33
5. Slotbeschouwing	36
6. Jurisprudentielijst.....	37
7. Literatuurlijst	38
8. Bijlagen	49
Bijlage 8.1. Stroomschema pre-pack	49
8.1.1. Voorfase pre-pack.....	49
8.1.2. Inventarisatiefase	50
8.1.3. Onderhandelingsfase	51
8.1.4. Uitvoeringsfase	52
Bijlage 8.2. Verantwoordingsmatrix.....	53
Bijlage 8.3. Pre-pack mechanisme	55
Bijlage 8.4. Overzicht stukken bij verzoekschrift tot aanwijzing toekomstige curator	56
Bijlage 8.6. Onderdelen van eindverslag toekomstige curator inzake de pre-pack.....	58
Bijlage 8.7. Publicatieanalyse: de introductie van de pre-pack in Nederland	59
Bijlage 8.8. De pre-pack in het Verenigd Koninkrijk	72
8.8.1. Het ontstaan van de pre-pack.....	72
8.8.2. De problemen bij de pre-pack in het Verenigd Koninkrijk	73
8.8.3. De aanpak van de problematiek in het Verenigd Koninkrijk.....	75
8.8.4. Wat kan Nederland hiervan leren?.....	76

1. Inleiding

De Faillissementswet is een solide en goed gefundeerd bouwwerk, dat sinds 1 september 1896 als een soort tempel voor het insolventierecht een forum biedt voor alle belanghebbenden in geval van insolventie. Toch blijkt dat de tand des tijds begint te knagen aan deze tempel. Het groeiend aantal faillissementen¹ - als gevolg van de aanhoudende economische crisis - voedt de reeds bestaande gedachte dat ons insolventiesysteem te weinig in staat is om ondernemingen in financiële problemen te behouden, en kapitaalvernietiging tegen te gaan. Een van de instrumenten die aansluit bij deze behoefte is de uit het Verenigd Koninkrijk afkomstige figuur van de 'pre-packaged administration', kortweg pre-pack genoemd.

In Nederland is de pre-pack in februari 2011 geïntroduceerd.² Advocaten en rechters werken nauw samen en experimenteren om de pre-pack tot een succesvol herstructurerings-instrument te kunnen laten uitgroeien.³ Het gaat er in essentie om in 'stilte' - dat wil zeggen onder geheimhouding - een activatransactie uit faillissement voor te bereiden om levensvatbare bedrijfsonderdelen ten behoeve van een doorstart te verkopen aan een derde. Met het voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen I⁴ wordt een eerste stap gezet naar het bieden van een wettelijk kader voor de toepassing van de pre-pack.⁵ Hierbij wordt ruimte geboden om de reeds opgedane ervaringen in de praktijk verder tot ontwikkeling te brengen.⁶

Nu is het blazen van de pre-pack niet helemaal smetteloos. In het Verenigd Koninkrijk wordt de pre-pack geplaagd door hardnekkige misbruikverdenkingen en een dergelijke doorstart al snel als 'phoenix' company aangeduid.⁷ Deze misbruikverdenkingen komen grofweg voort uit twee belangrijke oorzaken. In de eerste plaats betreft dit de positie van de toekomstige curator (de 'insolvency practitioner' genoemd). In het Verenigd Koninkrijk kan het bestuur van de onderneming op voordracht van de belangrijkste zekerheidsgerechtigde(n)/financier(s) van de onderneming een 'insolvency practitioner' benoemen die als adviseur van de onderneming de doorstart helpt

¹ CBS: aantal bedrijfsfaillissementen (exclusief eenmanszaken) in 2009: 6995, 2010: 6226, 2011: 6176, 2012: 7373 <http://www.cbs.nl/NR/rdonlyres/243950F5-6150-45FC-82B8-7587D5F1D6F9/0/pb13n005.pdf> 2013: tot en met november 2013 zijn inmiddels 7674 bedrijven failliet verklaard. <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/bedrijven/publicaties/artikelen/archief/2013/2013-12-12-m07.htm> : tabel 1 en 2. Bronnen zijn laatstelijk geraadpleegd op 20 december 2013.

² RB 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011/375, r.o. 3.1. m.nt. J.J. van Hees.

³ Zie bijlage 8.7. Publicatieanalyse: Hieruit komt naar voren dat advocatenkantoor RESOR een vooraanstaande rol heeft gespeeld bij de ontwikkeling van de pre-pack in Nederland.

⁴ <http://www.rijksoverheid.nl/regering/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/10/22/memorie-van-toelichting.html> <http://www.rijksoverheid.nl/regering/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/10/22/wetsvoorstel-continuiteit-ondernemingen-i.html> http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i Bronnen zijn laatstelijk geraadpleegd op 20 december 2013.

⁵ Omdat in dit artikel met regelmaat naar het voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen I zal worden verwezen evenals naar de memorie van toelichting hierop, zal in de hiernavolgende verwijzingen steeds het voorontwerp op verkorte wijze worden aangehaald als 'het Voorontwerp WCO I' respectievelijk 'de MvT Voorontwerp WCO I' met daarbij de verwijzing naar voetnoot 4 waar de elektronische bronnen worden vermeld.

⁶ MvT Voorontwerp WCO I, § 1. 'Inhoud van het wetsvoorstel', p. 1. (bron: voetnoot 4)

⁷ Zie bijlage 8.8. waar de ontwikkelingen in het Verenigd Koninkrijk met behulp van rechtsvergelijkend onderzoek zijn beschreven.

voorbereiden. Het bestuur van de onderneming betaalt hem voor zijn adviseursdiensten. Zijn de voorbereidingen voltooid, dan wordt hij in de formele procedure 'administrator' (curator) en beoordeelt hij de pre-packconstructie zonder dat hier een rechter aan te pas komt.⁸ Evenmin is hiervoor voorafgaande toestemming van de crediteurenvergadering nodig.⁹ Het gevolg hiervan is dat hij naar mening van de schuldeisers te dicht bij de belangen van de onderneming staat: zijn onafhankelijkheid staat ter discussie.

In de tweede plaats worden schuldeisers niet gekend in de heimelijke voorbereidingen van de doorstart. Zij worden direct na faillietverklaring geconfronteerd met een verkoop en blijven met lege handen achter. De vraag die zij stellen is of een 'geheime, besloten' verkoop wel een betere prijs oplevert. Zij hebben de indruk dat er geen 'faire' prijs betaald wordt voor de handelsnaam, goodwill en mogelijk andere in het geding zijn de intellectuele eigendomsrechten.¹⁰ Daarbij komt het naar mening van de schuldeisers nogal eens voor dat het veelal het management is dat de schulden heeft veroorzaakt.¹¹ Ditzelfde management kan vervolgens zonder enige belemmeringen en vrij van schulden direct na faillissement (een deel van) de bedrijfsactiviteiten in een nieuwe vennootschap voortzetten. Concurrenten ervaren deze wijze van 'herrijzenis uit de as' als concurrentievervalsing.¹² Recent heeft dit in het Verenigd Koninkrijk tot aanscherping geleid van 'best practice' richtlijnen die gelden voor 'insolvency practitioners' bij verantwoording van de pre-pack naar schuldeisers toe.¹³

Misbruikrisico's en bezwaren kunnen zich daarnaast voordoen vanuit - Nederlands - arbeidsrechtelijk perspectief. Medewerkers die niet in de nieuwe bedrijfsactiviteit kunnen worden ondergebracht, voelen zich buitengesloten en krijgen het gevoel dat zo ontslagbescherming kan worden omzeild¹⁴ of duur personeel langs deze weg vervangen kan worden door goedkoper personeel.¹⁵ Vakbonden (belanghebbenden) plaatsen in een dergelijke situatie

⁸ Transbus International Ltd., Re [2004] EWHC 932 (Ch) (27 april 2004), onder punt 12, 13 en 14.

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2004/932.html>

⁹ T & D Industries Plc., Re [1999] EWHC 302 (Ch) (08 November 1999), 'conclusion'.

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/1999/302.html>; De Enterprise Act 2002, Schedule 16, Schedule B1 to Insolvency Act 1986, par. 52, sub-par. (1) voorziet hier nu in.

¹⁰ House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, *The Insolvency Service: Sixth Report of Session 2012-13*, List of printed evidence, bijdrage van professor Mark Watson-Gandy, Ev 88-89.

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmbis/writev/insolv/is11.htm>

¹¹ In Nederland wijzen Adriaanse en Kuijl hierop: Adriaanse & Kuijl 2004, § 3.1.

¹² Zo blijkt dit uit de Insolvency for Creditors Conference 2012. <http://www.credittoday.co.uk/article/13982/online-news/pre-packs>

¹³ The Insolvency Service: Government Response to the Committee's Sixth Report of Session 2012-13, p. 9 onder nummer 55-61. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmbis/1115/1115.pdf>

¹⁴ HR 28 mei 2004, JOR 2004/216, r.o. 3.5.3. (*De Boek/Van Gorp; Digicolor*).

¹⁵ Zo blijkt dit bezwaar zich voor te doen bij het faillissement van Schoenenreus <http://www.retailnews.nl/rubrieken/meer/personeel/38834/stichting-onderzoekt-schoenenreus-faillissement.html> bericht d.d. 7 oktober 2013; http://www.telegraaf.nl/mijnbedrijf/geld/21957985/Luchtje_aan_faillissement_Schoenenreus_.html

eveneens kritische kanttekeningen bij ontslagen.¹⁶ Degenen die mee overgaan zullen andere, vaak ongunstigere arbeidsvoorwaarden moeten accepteren en hun dienstverband mogelijk¹⁷ weer opnieuw moeten opbouwen. In Nederland is men zich bewust van deze bezwaren en misbruikrisico's, zo blijkt uit de literatuur¹⁸ en het ter consultatie voorgelegde Voorontwerp WCO I.¹⁹ De vraag is hoe de pre-packprocedure zo kan worden ingericht dat deze risico's kunnen worden gemitigeerd – liefs nog weggenomen - kunnen worden, zodat de pre-pack zich tot een succesvol herstructureringsinstrument kan ontwikkelen.²⁰ Voor het beantwoorden van deze vraag zal eerst moeten worden nagegaan onder welke omstandigheden de pre-pack kan worden toegepast en welke uitgangspunten hierbij van belang zijn. Dit komt in hoofdstuk 3 aan de orde. Vervolgens wordt in hoofdstuk 4 het pre-packproces fasegewijs beschreven, mede aan de hand van het wettelijke kader van het Voorontwerp WCO I. Ter voorkoming van misbruik of bezwaren draag ik praktische oplossingen aan en maak daarbij op onderdelen gebruik van de 'best practice' richtlijnen, zoals deze in het Verenigd Koninkrijk worden toegepast. In het volgende hoofdstuk wordt helder langs welke weg dit is gebeurd.

2. Onderzoeksmethoden en verantwoording

Voor het beantwoorden van de onderzoeksvraag is gebruik gemaakt van een aantal onderzoeksmethoden. Bij het inlezen is vooral gebruik gemaakt van literatuuronderzoek en jurisprudentieonderzoek. Hierbij is stilgestaan bij literatuur die verschenen is over de doorstart van ondernemingen, de rol van de curator in faillissement, het toezicht op de curator in faillissement, het proces rondom verkoop in faillissement, het inrichten van een biedingsproces en het verloop van het proces. Van de verschenen literatuur²¹ en jurisprudentie rondom de pre-pack is een publicatie-analyse gemaakt die inzicht geeft op de introductie van de pre-pack in Nederland en de ontwikkeling ervan tot aan het moment van publicatie van het Voorontwerp WCO I. Het heeft mede als grondslag gediend voor het schrijven van deze bijdrage en is onder bijlage 8.7. te vinden.

Omdat de pre-pack in Nederland zijn oorsprong vindt in het Verenigd Koninkrijk, is rechtsvergelijkend onderzoek gedaan. De historie van totstandkoming van de pre-pack, de inrichting van het proces, en de beschrijving van de problematiek rondom misbruik en bezwaren van niet-betrokkenen aldaar, zijn ondergebracht in bijlage 8.8. Daarbij is gekeken naar de oplossingen die zijn aangedragen in de recent aangescherpte 'best practice' richtlijnen van de

¹⁶ Eikelenboom & Verbeek 2013.

¹⁷ Zie Van der Pijl 2013, onder 'pre-packs'. Hij wijst er op dat bij een doorstart na faillissement sprake kan zijn van 'opvolgend werkgeverschap' indien aan het 'dubbele bandencriterium' wordt voldaan zoals dit door de Hoge Raad is aangehaald in zijn arrest van 11 mei 2012, *RvdW* 2012/725, r.o. 3.4. (*Van Tuinen/Taxicentrale Wolters*).

¹⁸ Zie publicatieanalyse, bijlage 8.7.

¹⁹ MvT Voorontwerp WCO I, p. 9-13. (Bron: voetnoot 4)

²⁰ Alhoewel het mogelijk is om in aanloop naar een voorlopige surseance van betaling een toekomstige bewindvoerder aan te wijzen en met de voorbereidingen van de pre-pack te starten, beperk ik mij tot de situatie dat er een verzoek wordt ingediend tot aanwijzing van een toekomstige curator in aanloop naar een faillissement.

²¹ Waaronder ook het Voorontwerp WCO I en de bijbehorende MvT Voorontwerp WCO I. (Bron: voetnoot 4).

Insolvency Service die gelden vanaf 1 november 2013: de Statement of Insolvency Practice 16 (hierna aangeduid als SIP 16).²² Met behulp van theoretisch onderzoek is nagegaan welke richtlijnen voor de inrichting van het Nederlandse proces van belang kunnen zijn. Deze richtlijnen worden toegelicht in de desbetreffende fase.

Op grond van deze informatie is met behulp van theoretisch onderzoek een conceptprocesbeschrijving opgesteld. Deze conceptprocesbeschrijving is met behulp van empirisch onderzoek voorgelegd aan drie Rechter-Commissarissen (hierna afgekort als R-C) die geëxperimenteerd hebben met de pre-pack, ieder uit een ander arrondissement komen en die bij de introductie van de pre-pack in Nederland een rol hebben gespeeld. Het betreft mr. F.H.E. Boerma, mr. W.A.H. Melissen en mr. P. Neijt. Daarnaast is er voor gekozen om de heer Tollenaar (RESOR) te benaderen die aan de wieg van de introductie van de pre-pack in Nederland heeft gestaan, en bij de ontwikkelingen rondom de pre-pack nauw betrokken is geweest.²³ Vanuit de wetenschap dat er een wetsontwerp 'in de maak' was en men dit vorm wilde geven in een kaderregeling, is geprobeerd om de conceptprocesbeschrijving aan een rechtbank Maastricht voor te leggen, die zonder wettelijke grondslag geen aanleiding zag tot toepassing,²⁴ en te bezien wat zij nodig acht om tot succesvolle toepassing over te gaan. Helaas heeft de rechtbank in een later stadium laten weten geen aanleiding te zien mee te werken aan het onderzoek.

Alle bevindingen van betrokkenen zijn in een verantwoordingsmatrix weergegeven en hebben de in de matrix opgenomen feedback persoonlijk geaccordeerd. De verantwoordingsmatrix is als bijlage 8.2. aan deze bijdrage toegevoegd. Bij de fasegewijze behandeling van de procesbeschrijving zal deze feedback worden behandeld en wordt herhaaldelijk in voetnoten naar deze matrix verwezen. Zo wordt helder waar gedachten-vorming verschilt of mijn veronderstellingen onjuist bleken te zijn. De procesbeschrijving is vervolgens in een stroomschema weergegeven onder bijlage 8.1. Om het gehele proces vanaf het informele verzoek aan de rechtbank tot het moment van faillietverklaring inzichtelijk te maken, is het pre-packmechanisme visueel gemaakt onder bijlage 8.3. Nadat dit onderzoek was afgerond en het proces was beschreven, gaven het Voorontwerp WCO I en de aanscherping van de SIP 16 aanleiding tot aanpassing van deze bijdrage.

3. De start van de pre-pack procedure

Alvorens in te gaan op de uitgangspunten en omstandigheden die van belang zijn voor succesvolle toepassing van de pre-pack, sta ik wat uitgebreider stil bij wat de pre-pack nu precies inhoudt.

²² [http://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16 -
_Version_2_\(effective_from_1_November_2013\).pdf](http://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16_-_Version_2_(effective_from_1_November_2013).pdf)

²³ Zo volgt uit: Publicatieanalyse, bijlage 8.7.

²⁴ Rb Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2013/63, r.o. 2.1, m. nt. J.J. van Hees.

3.1. De pre-pack

Lijkt een faillissement onvermijdelijk, dan is er de mogelijkheid om onder geheimhouding een activatransactie uit faillissement voor te bereiden. Dit heeft tot doel om een levensvatbaar deel van de onderneming voort te zetten door dit deel aan een derde te verkopen. Het betreft een doorstart: dat wil zeggen, er is sprake van een reorganisatie die ingegeven wordt door een structureel liquiditeitstekort, waarbij men de oorzaken van deze tekorten opgespoord en weggenomen heeft - bijvoorbeeld door de bedrijfsactiviteiten te beperken en overtollige medewerkers te laten afvloeien - en een schuldsanering heeft plaatsgevonden.²⁵ Voor de achterblijvende bedrijfsonderdelen wordt faillissement aangevraagd, eventueel via de tussenstop van surseance van betaling.²⁶ Bij de voorbereidingen van deze verkoop worden alleen de belangrijkste schuldeisers (zekerheidsgerechtigden/ financiers) betrokken en slechts een selectief aantal potentiële kopers benaderd.

In de huidige - Nederlandse - rechtspraktijk wordt op informele basis een verzoek aan de rechtbank gericht om tijdens deze voorbereidingen alvast een toekomstige curator en een toekomstige R-C aan te wijzen. Dit met als doel om de voorbereidingen zo te laten verlopen dat de curator direct na faillietverklaring met toestemming van de R-C op grond van art. 101 en art. 176 lid 1 FW tot de verkoop kan overgaan. Hierdoor kan de koper de overgenomen activiteiten (eventueel met behoud van een deel van de werknemers) direct voortzetten. Op deze wijze wordt het waardeverminderend effect van het faillissement tot een minimum beperkt.²⁷ De overige niet-betrokken schuldeisers en belanghebbenden worden na de verkoop ingelicht over de inmiddels voltrokken verkoop. Deze in het geheim voorbereide reorganisatie- of herstructureringsvorm wordt kortweg 'pre-pack' genoemd.

3.2. Uitgangspunten en omstandigheden van belang voor succesvolle toepassing

Wanneer een pre-pack een reële optie lijkt, zijn een aantal uitgangspunten en omstandigheden van belang:

- het bestuur van de onderneming dient na te gaan of er wettelijke of statutaire goedkeuring vereist is;
- de pre-pack moet als instrument tijdig worden ingezet: deze tijdigheid kent drie aspecten:
 - ✓ er moet voldoende tijd en ruimte zijn voor het treffen van voorbereidingen van een activatransactie uit faillissement;
 - ✓ de toekomstige curator moet tijdig bij de voorbereidingen betrokken worden;
 - ✓ er moet voldoende financiële ruimte zijn om tijdens de voorbereidingsfase de bedrijfsactiviteiten verantwoord voort te kunnen zetten (de 'financiële tijdigheid');
- de rechtbank moet bereid zijn tot aanwijzing van een toekomstige curator en een toekomstige R-C.

²⁵ Oosthout 1998, p. 1.

²⁶ Olaerts 2008, p. 39.

²⁷ Tollenaar 2011, § 6.

3.3. Voorafgaande goedkeuring

Alvorens een verzoek tot de rechtbank te richten met het voornemen om een pre-pack voor te bereiden, doet het bestuur er goed aan om na te gaan of er een statutaire of wettelijke verplichting ligt om een eigen aangifte tot faillissement eerst intern met een aantal gremia af te stemmen. Is er sprake van een structuurvennootschap, dan is voor aangifte van het faillissement van de NV, respectievelijk de BV, goedkeuring nodig van de Raad van Commissarissen (RvC) ex artt. 2:164 lid 1, aanhef en onder i/ 274 lid 1 aanhef en onder i BW. De goedkeuring is eveneens vereist als er sprake is van een reorganisatie en daarbij een aanmerkelijk aantal arbeidsplaatsen verloren gaan. Artt. 2:136/246 BW schrijven voor de NV en de BV voor dat, tenzij statuten anders bepalen, het niet toegestaan is om zonder opdracht van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA) aangifte te doen van het faillissement van de vennootschap. De goedkeuring van de RvC en de goedkeuring van de AVA moet opgenomen zijn in de notulen van de vergadering waarin de eigen aangifte besproken is. Beide stukken dienen dan ook bij de eigen aangifte aan de rechtbank te worden overlegd.²⁸ Omdat het overleg de nodige tijd in beslag neemt zal voorafgaand of tijdens de voorbereidingen van de pre-pack dit overleg moeten plaatsvinden.

In de regel zal de goedkeuring van de RvC minder snel problemen opleveren; zij zullen al snel de noodzaak inzien om voor de toepassing van een pre-packprocedure - en daarmee voor de continuïteit van de onderneming - te kiezen vanuit het perspectief dat verdere voortzetting onder de huidige omstandigheden tot aansprakelijkheidsrisico's zal leiden. Voor de aandeelhouders ligt dit anders. Zij zullen een geheel andere belangenafweging maken, aangezien zij bij een faillissement de waarde van de aandelen tot nihil zien verdampen.²⁹ Zij zullen om die reden niet snel instemmen met het voornemen tot eigen aangifte. Om de geheimhouding niet in gevaar te brengen, zullen juridisch adviseurs zolang als wettelijk of statutair is toegestaan de AVA niet kennen in de voorgenomen doorstartplannen.³⁰ Is de financiële positie dusdanig dat er slechts weinig tijd rest tot faillissementsaangifte, dan ligt omzeiling van de goedkeuring voor de hand via een verzoek tot verlening van surseance van betaling.³¹ Een bewindvoerder zal, gezien de financiële problematiek, al snel tot de conclusie komen dat faillissement onvermijdelijk is. Op grond van art. 242 lid 1 onder sub 5 in samenhang met lid 2 en lid 4 FW, zal hij een intrekingsverzoek tot de rechtbank richten onder gelijktijdige faillietverklaring. Een goedkeuringsverplichting van de AVA komt dan in het geheel niet meer aan de orde doordat de rechtbank dit verzoek zonder meer zal honoreren.³² Onder het Voorontwerp WCO I blijft deze omzeiling mogelijk.

²⁸ Zie artikel 1.2.2.6. aanhef en onder f Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken, <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/Procesreglement-insolventiezaken-rb-1-1-2013.pdf>

²⁹ Op grond van art. 2:23 b lid 1 BW hebben zij immers pas na voldoening van alle schuldeisers recht op een liquidatieoverschot. De kans op een dergelijk overschot is er in de praktijk niet.

³⁰ Olaerts 2008, p. 46.

³¹ Van Hees 2009, p. 172-173; zie ook Tideman 2013.

³² Van Hees 2009, p. 173.

Voor de NV wordt de omzeiling belemmerd door art. 2:107 a BW. Dit artikel bepaalt dat besluiten van het bestuur die een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap te weeg brengen, goedkeuring van de AVA vereisen. Ook de Ondernemingsraad van de vennootschap dient in dat geval zijn standpunt te bepalen (art 2:107 a lid 3 BW). Alhoewel het besluit tot indiening van een verzoek tot aanwijzing van een toekomstige curator de identiteit of het karakter van de vennootschap niet zal aantasten, zal een eigen aangifte tot faillissement met een voorgekookte doorstart middels een activatransactie dit wel tot gevolg hebben.

Indien de onderneming onvoorzien in een kort tijdsbestek afstevent op een faillissement en met gebruikmaking van de pre-pack een deel van de onderneming behouden kan blijven en de schade voor schuldeisers beperkt kan worden, valt mijns inziens een schending van de wettelijke bepaling te verdedigen.³³ Doordat de toekomstige curator onderzoek verricht naar de gang van zaken binnen de onderneming, kan blijken dat het belang van de continuïteit van de onderneming en mogelijk behoud van werkgelegenheid vanuit insolventierechtelijk perspectief prevaleert boven het ondernemingsrechtelijk belang dat de AVA goedkeuring dient te verlenen. Bestuurders-aansprakelijkheid op grond van art. 2:9 BW ligt niet voor de hand omdat in een dergelijke situatie niet snel sprake zal zijn van een ernstig verwijt. De rechtbank heeft in dat geval de mogelijkheid om van de in artikel 1.2.2.6. aanhef en onder f Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken vereiste overlegging van de goedkeuring van de AVA af te wijken, onder gebruikmaking van artikel 1.2.4.1. Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken.³⁴

Voor het verstrekken van een adviesopdracht aan een deskundige buiten de onderneming inzake belangrijke veranderingen van de organisatie - zoals genoemd onder art. 25 lid 1 aanhef en onder a t/m m WOR – moet de OR in de gelegenheid gesteld moet worden zijn advies uit te brengen. Kan de toekomstige curator nu gezien worden als een dergelijk ‘deskundige’, zoals art. 25 lid 1 aanhef en onder n WOR dit beschrijft?³⁵ Ik acht dit onwaarschijnlijk. De toekomstige curator is op verzoek van het bestuur (de schuldenaar)³⁶ door de rechtbank aangewezen, en vervult zijn werkzaamheden onafhankelijk van de schuldenaar. Hij is niet gehouden om aanwijzingen van de schuldenaar op te volgen.³⁷ Hij heeft geen (advies)verplichtingen jegens de schuldenaar, behoudens de plicht tot geheimhouding en verantwoording van zijn gemaakte kosten. Hij kan desgevraagd aangeven welke aspecten van de voorbereidingen van belang zijn voor de totstandkoming van de activatransactie na faillissement. Hij doet dit niet vanuit het belang van de onderneming of het bestuur, maar vanuit het gezamenlijk schuldeisers belang. Het verzoek tot aanwijzing van de toekomstige curator behoeft derhalve geen advies van de Ondernemingsraad.

³³ Een vergelijkbaar standpunt wordt door Harmsen verdedigd. Harmsen 2008, p. 70.

³⁴ (Bron: voetnoot 28)

³⁵ Zo wordt deze vraag door Zaal aangedragen en adviesplicht verdedigd. Zaal 2013, § 6.

³⁶ Indien het bestuur in hoedanigheid van vertegenwoordiger van de vennootschap optreedt bij inzake de pre-pack wordt deze hierna aangeduid als ‘schuldenaar’, tenzij specifiek het bestuur bedoeld wordt.

³⁷ In de huidige situatie is dit op grond van een onderlinge overeenkomst bepaald, het Voorontwerp WCO I bepaalt dit in artikel 365 lid1.

3.4. De pre-pack als instrument tijdig inzetten

3.4.1. Voldoende tijd en ruimte voor de voorbereidingen.

Voor het welslagen van de pre-pack is het van belang dat de schuldenaar tijdig actie onderneemt. In de eerste plaats moet er voldoende tijd (ruimte) zijn om 'in stilte' de voorbereidingen te kunnen treffen. Indien te lang wordt gewacht met het starten van de voorbereidingen, wordt het risico groter dat een schuldeiser een verzoek tot faillietverklaring bij de rechtbank indient. Indien de rechtbank dit verzoek honoreert, zou de onderneming door publicatie van het verzoek op grond van art. 14 lid 3 FW al snel in een neerwaartse spiraal terechtkomen. De financiële problematiek wordt dan zichtbaar. Leveranciers, afnemers en personeel zullen in een dergelijke situatie al snel afhaken, waardoor het risico groot wordt dat noodgedwongen activiteiten moeten worden stilgelegd. Bedrijfsvoortzetting is dan niet langer verantwoord en volgt een ongecontroleerd faillissement. Deze neerwaartse spiraal wordt ook wel het 'selffulfilling prophecy effect' genoemd.³⁸ Van waardebehoud, beperking of voorkoming van kapitaalvernietiging en eventuele desintegratieschade zal dan al geen sprake meer zijn.

3.4.2. Tijdigheid van de betrokkenheid van de toekomstig curator bij de voorbereidingen.

De huidige, nog prille pre-packpraktijk laat zien dat de toekomstige curator regelmatig in een laat stadium bij de voorbereidingen van de pre-pack betrokken wordt. Namelijk in de eindfase van de onderhandelingen of zelfs daarna.³⁹ Hierdoor rest er maar weinig tijd voor onderzoek naar de gang van zaken binnen de onderneming. Wordt de toekomstige curator gevraagd om zich uit te spreken over de mogelijkheden van een pre-pack, dan moet binnen een zeer kort tijdsbestek kritisch gekeken worden naar de levensvatbaarheid van de onderneming en beoordeeld worden of de pre-pack wel het juiste instrument is. De kans dat informatie over het hoofd gezien wordt, of veronderstellingen gemaakt worden die niet gestaafd zijn, is door de grote tijdsdruk reëel. Om toch goed onderzoek te kunnen doen, is in de huidige praktijk naar oplossingen gezocht. Zo wijst de rechtbank Rotterdam in geval van grote tijdsdruk twee toekomstige curatoren aan⁴⁰ waardoor taken kunnen worden verdeeld en sneller kan worden gewerkt. Dit stelt wel de nodige eisen aan het overleg tussen beide toekomstige curatoren.

Een vergevorderd onderhandelingsstadium kan een hoge drempel opwerpen om de onderhandelingen stop te zetten om bijvoorbeeld andere partijen in te brengen, of belangrijke uitgangspunten te wijzigen omdat deze niet het gezamenlijk schuldeisersbelang dienen. Nog lastiger wordt het om de afgeronde onderhandelingen te heropenen omdat bijvoorbeeld het verkoopproces onvoldoende deugdelijk was.⁴¹ Het risico ontstaat dat partijen van de onderhandelingstafel weglopen omdat hun vertrouwen geschaad is. Dan zal het in het geheel niet tot verkoop

³⁸ Van Amsterdam 2004, p. 24 e.v., zie ook Luttkhuis 2007, p. 5 en 6.

³⁹ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Tollenaar/ Bevindingen toekomstige curator.

⁴⁰ Eikelenboom & Verbeek 2013.

⁴¹ Tollenaar 2011, § 6.1.

komen. Door de toekomstige curator in een eerder stadium in te schakelen, kan gekeken worden of er nog andere oplossingen buiten faillissement mogelijk zijn.⁴² Is dit niet het geval, dan kan de toekomstige curator bijtijds zijn visie geven over de toelaatbaarheid van de bedrijfsvoortzetting tot aan faillissement, en kunnen de plannen tot verkoop goed worden uitgewerkt. Dit heeft een gunstig effect op de onderhandelingspositie.

3.4.3. Financiële tijdigheid

Een pre-pack is als instrument niet inzetbaar wanneer blijkt dat de financiële positie van de onderneming dusdanig is dat de onderneming al in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. De financiële ruimte ontbreekt dan om bedrijfsactiviteiten te kunnen voortzetten gedurende de voorbereidingen in aanloop naar een faillissement. Zou desondanks toch voortgezet worden, dan komt de Beklamel-aansprakelijkheid⁴³ in beeld voor het bestuur. De pre-pack is in een dergelijke situatie een reeds gepasseerd station. Illustratief hiervoor is de uitspraak van de rechtbank Maastricht van 28 november 2012: de rechter geeft in zijn beoordeling aan dat indien uit eigen aangifte blijkt dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden met betalen, de rechtbank op grond van art. 1 lid 1 FW direct tot faillietverklaring *moet* over gaan.⁴⁴ De wet biedt geen andere optie. Voorlopige faillietverklaring bestaat niet.

Ergens moet de grens worden getrokken. Men kan, indien voldaan wordt aan het criterium van art. 1 lid 1 FW, het faillissement niet uitstellen enkel en alleen om de reden dat de schuldenaar nog graag de mogelijkheden van een doorstart middels een activatransactie zou willen laten onderzoeken. Had de rechter hiertoe besloten, dan zou al snel de gedachte kunnen ontstaan dat een dergelijke invulling van de marginale toets 'phoenix'-constructies in de hand werkt. Bezien vanuit deze gedachtegang, kan ik mij vinden in de motivering van de rechtbank Maastricht.

Tollenaar pleit er voor dat de toekomstige curator direct na de aanwijzing door de rechtbank de financiële ruimte van de onderneming dient te onderzoeken.⁴⁵ Dit heeft naar mijn mening echter tot gevolg dat zijn onderzoek al snel het karakter gaat krijgen van 'een Beklamel aansprakelijkheidsinspectie' voor het bestuur. Een bijkomend aspect is dat de toekomstige curator direct na zijn aanwijzing in feite onderzoekt of hij wel terecht is aangewezen door de rechtbank. Bij onvoldoende financiële ruimte is de pre-pack immers niet het juiste instrument en had het niet tot aanwijzing moeten komen. Dit onderzoek krijgt daarmee een merkwaardig karakter. Bovendien is het niet aan de toekomstige curator maar aan de rechtbank om te bepalen wanneer het faillissement wordt uitgesproken.⁴⁶ De MvT Voorontwerp WCO I geeft aan dat de rechtbank positief zal beslissen op het verzoek tot aanwijzing indien *summierlijk blijkt* van het bestaan van feiten of omstandigheden die aantonen dat voldaan is aan de in artikel 363 lid 1 Voorontwerp WCO I gestelde voorwaarden. Centraal staat de voorwaarde dat met de aanwijzing het

⁴² Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Tollenaar/ Bevindingen toekomstige curator.

⁴³ HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286, r.o. 3.2, m. nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

⁴⁴ Rb Maastricht 28 november 2012, JOR 2013/63, r.o. 2.1, m. nt. J.J. van Hees.

⁴⁵ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Tollenaar/ Toegang tot informatie.

⁴⁶ Jongepier & Hoogeboezem 2013, § 4, p. 196.

gezamenlijk schuldeisersbelang moet zijn gediend. Daarmee is mijns inziens de beoordeling of er voldoende financiële ruimte is, een onderdeel van de marginale toets of er tot aanwijzing zal worden overgegaan.

Hoeveel financiële ruimte er moet zijn wordt mede bepaald door de aard en omvang van de bedrijfsactiviteit en de daarmee gepaard gaande omloopsnelheid van de financiële middelen. Een liquiditeitsprognose, opgesteld door een onafhankelijk specialist, kan dit inzichtelijk maken. De Recofa zou in de nog op te stellen richtlijnen voor aanwijzing van de toekomstige curator kunnen aangeven dat deze met het verzoek aan de rechtbank tot aanwijzing dient te worden overlegd.⁴⁷ Op grond van actuele financiële stukken zal moeten blijken dat de financiële positie van de onderneming dusdanig is dat op korte termijn een faillissement aannemelijk is⁴⁸ en aan de criteria van art. 1 FW jo art. 6 lid 3 FW zal worden voldaan. Blijkt een faillissement onvoldoende aannemelijk, en gaat men desondanks over tot aanwijzing, dan kan al snel de gedachte ontstaan dat ondernemingen door een 'phoenix'-constructie andere duurdere, maar haalbare opties wensen te ontwijken of gewoonweg de schulden willen omzeilen.

3.4.4. Het waarborgen van de tijdige aanvraag

Hoe kan er voor worden gezorgd dat de pre-pack als instrument zo wordt ingezet dat aan deze drie aspecten van tijdigheid wordt voldaan? Allereerst ligt er de verantwoordelijkheid van de schuldenaar zelf. Financiële problemen komen zelden uit de lucht vallen. Het is de taak van het bestuur om op basis van de verkregen management-informatie tijdig maatregelen te treffen. Indien er stafafdelingen zijn, kunnen bedrijfsjuristen & interne controllers tijdig wijzen op de optie van een pre-pack wanneer andere opties geen resultaat hebben opgeleverd.

Extern dient de accountant zijn verantwoordelijkheid te nemen, en als dienstverlener tijdig een signaal aan het bestuur te geven. De ogen sluiten of meehuilen met de wolven in het bos is nu eenmaal geen dienstverlening. Is de bank de financier of een van de financiers, dan kan de bank in een tijdig stadium de onderneming ertoe bewegen om de pre-pack als instrument in te zetten. Op grond van de kredietverlening houdt deze immers het wel en wee van de onderneming nauwlettend in de gaten. Is er een 'huisadvocaat', dan kan ook hij tijdig de schuldenaar inlichten over de te ondernemen stappen, ondersteunen bij de voorbereidingen, en het verzoekschrift opstellen. Het Voorontwerp WCO I stelt dit laatste overigens verplicht door aanpassing van art. 5 lid 1 FW.⁴⁹ Zo zal hij de schuldenaar wijzen op het feit dat hij volledig beheers- en beschikkingsbevoegd blijft tot aan de faillietverklaring. Ook zullen de aangegane verplichtingen tijdens de pre-pack procedure in beginsel moeten worden nakomen⁵⁰ met het oog op mogelijke Beklameel-aansprakelijkheid.⁵¹ Daarnaast is het verstandig dat de

⁴⁷ MvT Voorontwerp WCO I, p.5, laatste al. (Bron: voetnoot 4).

⁴⁸ Zo ook Loesberg 2013, slotbeschouwing.

⁴⁹ Voorontwerp WCO I, Voorstel van wet: artikel I onderdeel A, p.1. Zie ook: MvT Voorontwerp WCO I, p.16, laatste al. (Bron: voetnoot 4)

⁵⁰ MvT Voorontwerp WCO I, p. 17, eerste al. (Bron: voetnoot 4)

advocaat er op wijst dat de onder artikel 365 lid 2 aanhef en onder a, b en c Voorontwerp WCO I opgesomde mogelijkheden om een verklaring van een toekomstige curator te vragen, in de praktijk niet los van elkaar te zien zijn.

Bezien vanuit het streven naar opbrengstmaximalisatie ligt er eigenlijk een verplichting om de voorbereidingen zo in te richten dat er maximale zekerheid verkregen wordt dat na faillietverklaring deze doelstelling wordt bereikt. Men zou om alle beschreven verklaringen dienen te verzoeken. Omdat het Voorontwerp WCO I niet alleen toeziet op pre-packs, heeft de wetgever deze verplichting niet gesteld.⁵² Maar het ligt wel voor de hand om bij een pre-pack de toekomstige curator te laten verklaren dat normale bedrijfsvoortzetting en het aflossen van schulden geen paulianeuze handelingen zijn (artikel 365 lid 2 aanhef en onder a Voorontwerp WCO I). De verklaring na faillietverklaring de activatransactie te zullen effectueren is evenzeer evident (artikel 365 lid 2 aanhef en onder b Voorontwerp WCO I). Net als de verklaring dat de voorbereidingen toezien op een vlotte afwikkeling (artikel 365 lid 2 aanhef en onder c Voorontwerp WCO I).

Aangezien er in de praktijk een redelijk hoge druk ligt op het vinden van een uitweg, is het van groot belang het verzoek tot aanwijzing zo voor te bereiden dat dit verzoek door de rechtbank zal worden gehonoreerd. De wetgever heeft er in dat opzicht goed aan gedaan om een advocaat het verzoekschrift te laten opstellen. Om ervoor te zorgen dat er een lage drempel ligt tot indiening van het verzoek, en de financiële positie van de onderneming vaak niet veel ruimte biedt, zijn griffierechten laag.⁵³ Daartegenover staan wel de kosten van de werkzaamheden van de verplicht in te zetten advocaat.

Het Voorontwerp WCO I faciliteert de tijdigheid van het verzoek nog vanuit een andere invalshoek. Namelijk door het mogelijk te maken om een beoogd bewindvoerder aan te wijzen.⁵⁴ Ook in de aanloop naar een surseance van betaling kan met de voorbereidingen van een doorstart een aanvang worden gemaakt.

3.5. De bereidheid van de rechtbank om tot aanwijzing over te gaan.

De MvT Voorontwerp WCO I bevestigt het huidige toepassingsbereik van de pre-pack door aan te geven dat er sprake moet zijn van een doorstart van een *onderneming*, ongeacht diens activiteit of rechtsvorm.⁵⁵ Een natuurlijke

⁵¹ HR 6 oktober 1989, NJ 1990/286, r.o. 3.2, m. nt. J.M.M. Maeijer (*Beklamel*).

⁵² MvT Voorontwerp WCO I, p. 8, laatste al. (Bron: voetnoot 4)

⁵³ Deze zijn gekoppeld aan het actuele tarief voor zaken van onbepaalde waarde zijnde €112,- voor rechtspersonen en €75,- voor natuurlijke personen met een onderneming. Zie bijlage Wet griffierechten burgerlijke zaken:

http://wetten.overheid.nl/BWBR0028899/geldigheidsdatum_16-02-2013#Bijlage ; zie MvT Voorontwerp WCO I, p. 18, eerste al. (Bron: voetnoot 4)

⁵⁴ Voorontwerp WCO I, aankondiging bij het Voorstel van wet, p.1 en voorts onder 'Eerste afdeling', 'Artikel 363', p. 3. (Bron: voetnoot 4)

⁵⁵ MvT Voorontwerp WCO I, p. 18, laatste al. (Bron: voetnoot 4)

persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent, kan geen verzoek tot aanwijzing indienen (artikel 363 lid 4 Voorontwerp WCO I).

Zolang er geen wettelijke grondslag voor de toepassing van de pre-pack ligt, geschiedt aanwijzing voornamelijk op informele gronden.⁵⁶ Aanvankelijk verkeerde ik in de veronderstelling dat er in de praktijk zich twee 'routes' leken te ontwikkelen. Met de introductie van de pre-pack in Nederland werd naar aanleiding van een verzoek tot faillietverklaring door een schuldeiser een toekomstige curator op grond van art. 194 Rv als deskundige aangewezen om de mogelijkheden voor een doorstart te onderzoeken.⁵⁷ Het betrof een aanwijzing op formele grondslag. Beke en Wolterman wijzen niet lang na deze uitspraak op het bestaan van een 'formele-' en een 'informele route'.⁵⁸ Ook Van Hees wijst, als annotator, bij de uitspraak van de Rechtbank Maastricht van 28 november 2012 naast de mogelijkheid van de formele grondslag voor aanwijzing op de mogelijkheid van de 'informele pre-pack'.⁵⁹ De gedachtegang dat er twee routes zijn wordt door Melissen echter genuanceerd.⁶⁰ Er is geen sprake van een keuzemogelijkheid tussen de beide routes. Er kan om die reden ook niet over een 'route' worden gesproken. "Ingegeven door omstandigheden 'kan' art. 194 Rv de uitkomst zijn van het zoeken naar een mogelijkheid voor een wettelijke grondslag van de pre-pack", aldus Neijt,⁶¹ die als rechter deze omstandigheden aan de hand had.⁶²

In de huidige praktijk zal het bestuur van de onderneming middels een brief - bedoeld als informeel verzoek tot aanwijzing - aangeven dat men de mogelijkheden van een pre-pack wenst te onderzoeken en wat de aanleiding is van dit verzoek. Een conceptaangifte tot faillissement is aan het informele verzoek toegevoegd, vergezeld van de actuele financiële gegevens van het lopende boekjaar.⁶³ Een liquiditeitsprognose, die verantwoorde bedrijfsvoortzetting tot aan faillissement aannemelijk zal moeten maken, zal eveneens moeten worden overlegd. Voorts zal aannemelijk dienen te zijn dat via de pre-pack een betere prijs zal worden verkregen, dan bijvoorbeeld een doorstart onderzocht en geëffectueerd door de curator of liquidatieverkoop na faillissement.

Daarnaast wordt in de MvT Voorontwerp WCO I mijns inziens terecht verwezen naar een plan van aanpak dat de schuldenaar bij zijn verzoek dient te overleggen.⁶⁴ Uit dit plan moet blijken welke stappen de schuldenaar voornemens is te zetten in aanloop naar de pre-pack - en (mogelijk) reeds heeft ondernomen -. Zo zal er - net als in het Verenigd Koninkrijk bij de SIP 16 verplicht is gesteld - moeten worden ingegaan op het feit waarom en op

⁵⁶ De veronderstelling dat er op een naderend faillissement geanticipeerd wordt en daardoor art. 14 lid 1 FW een 'informele' grondslag zou bieden, bleek onjuist. Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Neijt, Boerma, Melissen/ Aanwijzing toekomstige curator en R-C.

⁵⁷ Rb 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011/375 m.nt. J.J. van Hees.

⁵⁸ Beke & Wolterman 2012, § 3.

⁵⁹ Rb Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2013/63, m. nt. J.J. van Hees, punt 6.

⁶⁰ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Melissen/ Aanwijzing toekomstige curator en R-C.

⁶¹ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Neijt/ Aanwijzing toekomstige curator en R-C.

⁶² Rb 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011/375 m.nt. J.J. van Hees.

⁶³ Conform artikel 1.2.2.6. aanhef en onder f Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken (Bron: voetnoot 28)

⁶⁴ MvT Voorontwerp WCO I, p. 17, vierde al. (Bron: voetnoot 4)

welke gronden oplossingen buiten faillissement niet haalbaar zijn gebleken. Ook zal onderbouwd moeten worden waarom geven de omstandigheden de pre-pack het juiste instrument is.⁶⁵ In het plan van aanpak zou gemotiveerd moeten worden welke onderdelen in faillissement zullen worden afgewikkeld. Dit vormt het 'liquidatieplan'. Hierbij dient aandacht besteed te worden aan welke voorbereidingen nodig zijn om tot vlotte afwikkeling te komen en hoe het gezamenlijk schuldeisersbelang hierbij het beste gediend is. Daarnaast dient er een ondernemingsplan te zijn voor het te behouden bedrijfsonderdeel. Dit ondernemingsplan (bestaand uit een strategisch plan, financieringsplan, marketingplan en een personeelsplan) zal onderbouwd moeten zijn met reële prognoses. Op grond hiervan kan ook de waardering van het door te starten bedrijfsonderdeel door de toekomstige curator onderbouwd worden.⁶⁶ Onder bijlage 8.4. is een overzicht weergegeven van de stukken die bij het verzoekschrift dienen te worden overlegd.

Langs deze weg kan de rechtbank goed vaststellen of het *summierlijk* is gebleken dat er aan het schuldeisers belang wordt voldaan danwel dat het prevalerend maatschappelijk belang hiermee gediend is (artikel 363 lid 2 jo lid 1 Voorontwerp WCO I). Welke eisen precies aan dit plan van aanpak worden gesteld, laat de wetgever over aan de rechtbanken. Het is aan de Recofa om dit in de op te stellen - landelijke - richtlijnen op te nemen.⁶⁷ De hierboven vermelde uitgangspunten kunnen hiervoor aanknopingspunten bieden. Opvallend is dat artikel 363 lid 1 Voorontwerp WCO I zo geformuleerd is dat de schuldenaar bij zijn verzoek de vrije keuze heeft om *of* het gezamenlijk schuldeisersbelang aannemelijk te maken, *of* een belang van maatschappelijke aard. Op grond van de huidige jurisprudentie ligt dit echter genuanceerder en is er geen sprake van een expliciete keuze. De curator heeft - uit hoofde van zijn op grond van art. 68 FW toebedeelde taak - de taak om de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen.⁶⁸ Dit vertaalt zich in het streven naar opbrengst-maximalisatie. Op grond van rechtspraak kan van het streven naar opbrengstmaximalisatie worden afgeweken wanneer door omstandigheden de maatschappelijke belangen prevaleren.⁶⁹ Het uitgangspunt is dat de curator - binnen het kader van het primaire boedelbelang - de speelruimte heeft waarbij hij, rekening houdend met alle relevante belangen, mag optreden.⁷⁰ Bij het bepalen van zijn beleid kan hij - vanuit dit boedelbelang - onder omstandigheden aan belangen van maatschappelijke aard voorrang doen toekomen boven belangen in de zin van individuele afwikkelingshandelingen.⁷¹ Alleen in de gevallen waarin er sprake is van disproportionele verhoudingen tussen het boedelbelang en andere, maatschappelijke belangen, mogen deze laatste voorrang krijgen.⁷²

⁶⁵ Statement of Insolvency Practice 16, § 'Pre-appointment considerations', 2^e zin en 4^e zin. (Bron: voetnoot 22)

⁶⁶ Dit komt in hoofdstuk 4 onder paragraaf 4.1.2. nader aan de orde.

⁶⁷ MvT Voorontwerp WCO I, p. 17, één na laatste al. (Bron: voetnoot 4)

⁶⁸ HR 23 december 1994, NJ 1996/628, r.o. 4.3.2. (*Notaris M/Curatoren THB*).

⁶⁹ Zie ook Huydecoper 2007, p. 9-11.

⁷⁰ HR 24 februari 1995, NJ 1996/472, r.o. 3.5, m. nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*).

⁷¹ HR 19 april 1996, NJ 1996/272, r.o. 3.5.2., m. nt. W.M. Kleijn (*Maclou/Curatoren van Schuppen*).

⁷² HR 19 december 2003, NJ 2004/293, r.o. 3.5.1 en 3.5.2, m. nt. P. Van Schilfgaarde (*Mobell*)

In de MvT Voorontwerp WCO I wordt van een breuk met deze geldende rechtspraak geen melding gemaakt, noch aangegeven waarom deze keuzemogelijkheid er nu wel zou moeten zijn. Het is onwaarschijnlijk dat wetgever nu de mogelijkheid wil bieden om het maatschappelijk belang te 'gebruiken' om zo het schuldeisersbelang te kunnen omzeilen. Mijns inziens zou het de voorkeur verdienen om de tekst van artikel 363 lid 1 aanhef en onder b Voorontwerp WCO I aan te passen conform de lijn die de Hoge Raad in zijn uitspraak van het *Mobell*-arrest heeft neergelegd. Het boedelbelang dient slechts dan te wijken indien er sprake is van een disproportionele verhouding tot het in het geding zijnde maatschappelijke belang.

De raadkamer beslist over het verzoek tot aanwijzing met gesloten deuren - vanwege het belang van geheimhouding - bij beschikking. Deze wordt vanwege de nodige vertrouwelijkheid niet gepubliceerd, en is niet vatbaar voor hoger beroep (artikel 363 lid 5 Voorontwerp WCO I).⁷³ De rechtbank kan aan de aanwijzing voorwaarden verbinden.⁷⁴ Zo kan de rechtbank aan de aanwijzing een bepaalde termijn stellen (denk aan ongeveer twee tot drie weken, afhankelijk van de complexiteit van de zaak⁷⁵). Het ligt voor de hand dat de rechtbank bij het bepalen van de termijn zich mede laat leiden door de liquiditeitsprognose. De toekomstige R-C zal op verzoek van het bestuur - na overleg met de toekomstige curator - deze termijn kunnen verlengen (artikel 363 lid 3 Voorontwerp WCO I).⁷⁶ Ook aan deze verlenging kunnen voorwaarden worden verbonden. Bij het nemen van deze beslissing zal hij naar verwachting in ogenschouw nemen of de verlenging noodzakelijk is voor de totstandkoming van een pre-pack, of dit financieel haalbaar is, en of deze verlenging voor de gezamenlijke schuldeisers in de gegeven omstandigheden een beter perspectief biedt dan de start van een faillissementsprocedure, alle overige omstandigheden in aanmerking nemend. Bij deze verlenging zal het naar verwachting om enkele dagen gaan,⁷⁷ afhankelijk van de complexiteit en overige omstandigheden.

Andere voorwaarden die de rechtbank ter sprake kan brengen kunnen er op gericht zijn dat bijvoorbeeld de beste prijs tot stand komt. Zo kan de rechtbank als voorwaarde stellen dat een onafhankelijke deskundige de waarde van de onderneming dient te bepalen, of dat de schuldenaar met een betere uitwerking van het plan van aanpak dient te komen, of de toekomstige curator de opdracht geven om in stilte naar een andere potentiële koper te zoeken.⁷⁸

De aanwijzing leidt niet tot de verplichting om daadwerkelijk een eigen aangifte tot faillissement te doen. De schuldenaar moet de vrijheid hebben en behouden om naar een oplossing buiten faillissement te kunnen streven en om ontheffing van de taken van de toekomstige curator te kunnen verzoeken. De aanwijzing van de

⁷³ Zie ook: MvT Voorontwerp WCO I, p. 17, laatste al, en p.18, eerste al. (Bron: voetnoot 4)

⁷⁴ Artikel 363 lid 3 Voorontwerp WCO I. (Bron: voetnoot 4)

⁷⁵ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Boerma/ Onderzoek gang van zaken binnen onderneming.

⁷⁶ Zie ook MvT Voorontwerp WCO I, p. 18, tweede al. (Bron: voetnoot 4)

⁷⁷ Op grond hiervan kan de pre-pack procedure inclusief verlenging ongeveer drie tot hooguit vier weken in beslag nemen, afhankelijk van de omstandigheden.

⁷⁸ MvT Voorontwerp WCO I, p. 18, derde al. (Bron: voetnoot 4)

toekomstige curator moet dan ook omkeerbaar zijn.⁷⁹ Men dient zich hierbij wel te realiseren dat omkeerbaarheid pas aan de orde komt wanneer na aanwijzing op grond van (onvoorziene) omstandigheden een andere oplossing mogelijk blijkt. Zijn er op het moment van het indienen van het verzoek tot aanwijzing mogelijkheden om tot een oplossing buiten faillissement te komen, dan dienen deze te prevaleren. De pre-pack is dan niet het juiste instrument, en zal het verzoek tot aanwijzing door de rechtbank dienen te worden afgewezen. Gezien het late stadium waarin het bestuur in de huidige praktijk een verzoek tot aanwijzing tot de rechtbank richt, zal een andere oplossing zich niet snel voordoen.⁸⁰

3.5.1 Het aanwijzen van de juiste toekomstige curator.

De rechtbank zal zich op grond van de door de onderneming overlegde stukken een goed beeld kunnen vormen van de omvang van de onderneming, de complexiteit van de financiële problematiek, de bijbehorende achtergronden en ontwikkelingen. Zij zal hiermee een prima inschatting kunnen maken van het profiel van de toekomstige curator. Net als voor de curator, geldt voor de toekomstige curator dat onafhankelijkheid, onbevooroordeeldheid, onbevangenheid, het niet uit zijn op eigen gewin, en reputatiegerichtheid, essentiële eigenschappen zijn.⁸¹ Los van deze eigenschappen zal de rechtbank een persoon met de juiste ervaring benaderen.⁸²

De inzet van een toekomstige curator die al eerder in complexere faillissementen en surseances betrokken is geweest, en al eerder met verkoop van (delen van) ondernemingen/ doorstart/ herstructureringen te maken heeft gehad, vergroot de kans dat het proces zorgvuldig wordt doorlopen. Zou hij alleen worden beoordeeld op de pre-packs die in faillissement succesvol worden afgewikkeld, dan bestaat het gevaar dat de totstandkoming van een pre-pack een doel op zichzelf wordt, en de pre-pack ten onder gaat aan zijn eigen succes. Er is dan ook alles voor te zeggen om de taken van een toekomstige curator in het geval van een pre-pack aan 'specialisten' over te laten.⁸³ De wijze van aanwijzing werkt in de praktijk kwaliteitsbevorderend: Is men in staat de toegewezen zaak professioneel af te handelen, en dit in goede samenwerking met de toekomstige R-C te doen, dan ligt het voor de hand dat dit invloed heeft op de geschiktheid bij een volgende procedure. In die zin is het voor de toekomstige curator van belang om de afwikkeling zorgvuldig en verantwoord te laten verlopen.

De hem toegedichte eigenschappen leiden er wel toe dat de toekomstige curator niet eerder als adviseur van de onderneming, als adviseur van het bestuurslid of management werkzaam moet zijn geweest. Aanwijzing is evenmin aan de orde wanneer kantoorgenoten als adviseur bij de onderneming, bestuur of management zijn

⁷⁹ Tollenaar 2013 (1), § 4.2, p. 209. Zie ook: MvT Voorontwerp WCO I, § 2, p. 2 laatste al. (Bron: voetnoot 4)

⁸⁰ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Tollenaar/ Reactie van het bestuur van de onderneming.

⁸¹ De Ranitz 1995, p. 98 e.v.

⁸² Beukelman 2001, p. 152 e.v.

⁸³ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Tollenaar/ Aanwijzing toekomstige curator en toekomstige R-C.

ingeschakeld. Het feit dat er direct of indirect mogelijk een 'tweede pet' in het spel is, kan het vertrouwen schaden en gevolgen hebben voor het verloop van het pre-packproces.⁸⁴ De rechtbank zal, net als het geval is bij de benoeming als curator, de aan te wijzen toekomstige curator hiervoor een verklaring laten tekenen.

3.5.2. De aanwijzing en het belang van de rol van de toekomstige R-C

Indien de rechtbank overgaat tot aanwijzing van een toekomstige curator, zal in de praktijk tevens een toekomstige R-C aan worden gewezen. Omdat de marktbenadering selectief zal zijn en kopers in stilte benaderd worden, is voor de activatransactie na faillissement de instemming van de R-C nodig op grond van art.101 in samenhang met art.176 lid 1 FW. Zowel de schuldenaar zelf, als de partij(en) waarmee hij in onderhandeling zal treden, willen weten wat er voor nodig is om de activatransactie daadwerkelijk direct na faillietverklaring te laten plaatsvinden en de toekomstige curator vragen zijn verwachtingen hieromtrent uit te spreken. Dit met als doel om zoveel als mogelijk zekerheid te verkrijgen over een succesvolle activatransactie.

Het ligt dan ook voor de hand dat de toekomstige curator in de aanloop naar het faillissement de toekomstige R-C met regelmaat informeert omtrent de stand van zaken en de raadgevingen en opmerkingen van de toekomstige R-C ter harte zal nemen. Ondanks het feit dat de toekomstige R-C zijn rol op afstand en op informele basis vervult,⁸⁵ kan hij op deze wijze veel invloed uitoefenen op de voorbereidingen van de pre-pack. In de huidige 'informele' pre-packpraktijk wordt de mate van overleg vooral bepaald wordt door de vertrouwensrelatie tussen de toekomstige R-C en de toekomstige curator.⁸⁶ Er is veel voor te zeggen om in de pre-packprocedure enkele min of meer vaste overlegmomenten in te bouwen en dit overleg te 'formaliseren'. Het biedt dit de toekomstige curator houvast en 'dwingt' tot professioneel handelen,⁸⁷ zonder dat dit de toekomstige R-C verplicht tot 'vooruit beslissen'.

In het Voorontwerp WCO I wordt dit overlegmoment betreffende de voorbereidingen van de pre-pack zelf op subtiële wijze 'geregeld' door artikel 367 lid 2 in samenhang met artikel 365 lid 2 aanhef en onder a, b en c Voorontwerp WCO I. De schuldenaar wordt er op gewezen dat hij de toekomstige curator om een verklaring kan vragen. Om te voorkomen dat de toekomstige curator na faillietverklaring geconfronteerd wordt met een anders denkende R-C, zal hij - alvorens zijn verklaring af te geven – afstemming zoeken met de toekomstige R-C op grond van artikel 367 lid 2 Voorontwerp WCO I. In de MvT Voorontwerp WCO I geeft de wetgever aan dat de afgegeven verklaring van de toekomstige curator in beginsel bindend is voor de curator - ook indien dit een andere persoon is -.⁸⁸ De gebondenheid betekent niet dat de R-C aan de afgegeven verklaring gebonden is. Hij behoudt

⁸⁴ Ter vergelijking: het Verenigd Koninkrijk kent een mildere regeling: de SIP 16 meldt hierover dat de Insolvency Practitioner iedere mate van betrokkenheid voorafgaand aan zijn benoeming dient te melden, zie Statement of Insolvency Practice 16, § 'Pre-appointment considerations'. (Bron: voetnoot 22)

⁸⁵ Huydecoper 2013, § 2.

⁸⁶ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Neijt/ Uitvoeringsfase.

⁸⁷ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Melissen/ Bevindingen toekomstige curator.

⁸⁸ MvT Voorontwerp WCO I, p. 22, laatste al. (Bron: voetnoot 4)

zijn wettelijke goedkeuringsplicht, onafhankelijk van de verklaring die de toekomstige curator afgeeft. De MvT Voorontwerp WCO I wijst er op dat partijen die als gevolg van een door de R-C terzijde geschoven verklaring schade oplopen, de toekomstige - inmiddels curator - aansprakelijk kunnen stellen indien hem een persoonlijk verwijt treft.⁸⁹ Het zelfde doet zich voor als de toekomstige curator ten aanzien van de hem voorlegde vraag een negatieve verklaring afgeeft op grond waarvan de geplande doorstart niet tot stand komt, en de negatieve verklaring later onterecht blijkt te zijn afgegeven. Alhoewel er niet snel sprake zal zijn van een persoonlijk verwijt, zullen er naar mijn mening weinig toekomstige curatoren zijn die niet van de gelegenheid die artikel 367 lid 2 Voorontwerp WCO I hen biedt, gebruik zullen maken.

De gebondenheid vervalt overigens indien zou blijken⁹⁰ dat de verklaring van de toekomstige curator gebaseerd is op onvolledige - of naar mijn mening ook onjuiste - informatie, die hij op grond van artikel 365 lid 3 Voorontwerp WCO I van de schuldenaar heeft gekregen.⁹¹ In dat geval heeft de (toekomstige) curator de vrijheid om op zijn verklaring terug te komen.⁹² Deze regeling leidt ertoe dat de toekomstige curator uiterst zorgvuldig zal zijn in het verrichten van zijn taken. Hij zal erop gebrand zijn alle benodigde informatie te verkrijgen en zal alert zal zijn bij signalen die wijzen op onregelmatigheden. De kans dat de pre-pack als instrument oneigenlijk gebruikt wordt, of dat dit bezwaren oproept, wordt hiermee aanmerkelijk kleiner. Hoe het proces zich voltrekt, komt in het volgende hoofdstuk aan de orde. Voor een schematisch overzicht van de in dit hoofdstuk besproken voorfase van de pre-pack verwijs ik naar bijlage 8.1.1.

4. Het proces van totstandkoming van de pre-pack

Zijn de toekomstige curator en de toekomstige R-C aangewezen, dan neemt daarmee de pre-packprocedure een aanvang. De procedure verloopt in een drietal fasen:

- *de inventarisatiefase*: in deze fase maakt de toekomstige curator in de huidige situatie op basis van een overeenkomst met de onderneming afspraken omtrent zijn rolvervulling en werkwijze. In het Voorontwerp WCO I wordt zijn taakstelling helder in de door de rechtbank verleende beschikking. Hij probeert in korte tijd inzicht te krijgen in de gang van zaken binnen de onderneming en in de voorgenomen doorstartplannen. Vervolgens zal hij zijn bevindingen bespreken met de schuldenaar en afstemming zoeken met de toekomstige R-C;
- *de onderhandelingsfase*: de fase waarin de toekomstige curator indien gevraagd meekijkt en suggesties doet bij het opstellen van de uitgangspunten voor de onderhandelingen - dan wel suggesties doet bij het

⁸⁹ MvT, Voorontwerp WCO I p. 23, derde al. (Bron: voetnoot 4); HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515, r.o. 3.4.3, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

⁹⁰ Bijvoorbeeld naar aanleiding van verzet tegen het faillissement door een schuldeiser of belanghebbende (art.10 FW). Of doordat een schuldeiser gebruik maakt van art. 69 FW en vraagt aan de R-C niet met de voorbereide activatransactie in te stemmen (indien deze nog niet heeft plaatsgevonden), of hem verzoekt tegen de reeds verrichte handeling op te komen.

⁹¹ MvT Voorontwerp WCO I, p. 27, eerste al. (Bron: voetnoot 4)

⁹² MvT Voorontwerp WCO I, p. 27, eerste al. (Bron: voetnoot 4)

verdere verloop ervan - en desgevraagd een indicatie geeft over de toelaatbaarheid van de voorgenomen plannen en hieromtrent contact met de toekomstige R-C onderhoudt;

- *de uitvoeringsfase*: de fase waarin de faillietverklaring wordt uitgesproken, de activatransactie ten behoeve van de doorstart tot stand komt met toestemming van de R-C, niet-betrokken schuldeisers worden geïnformeerd, en het faillissement wordt afgewikkeld.

In de volgende paragrafen worden deze fasen in 'theoretische' volgorde beschreven. In de praktijk kan het voorkomen dat de onderhandelingsfase al in een ver gevorderd stadium verkeert, en de inventarisatiefase voor de toekomstige curator nog moet beginnen. Hij zal hierdoor op twee fronten tegelijk moeten schakelen.

4.1. De inventarisatiefase

4.1.1. De taken en rol van de toekomstige curator

Zolang een wettelijk kader ontbreekt, zal de aangewezen toekomstige curator een overeenkomst met 'de verzoeker' sluiten.⁹³ Deze dient als basis voor zijn te verrichten werkzaamheden. Krijgt de aanwijzing een wettelijke grondslag, dan zal dit de beschikking van de rechtbank zijn. De taken van de toekomstige curator zullen hierin zijn opgenomen. Om de verklaringen ex artikel 365 lid 2 aanhef en onder a, b en c Voorontwerp WCO I te kunnen afgeven, zal de toekomstige curator zich moeten verdiepen in de gang van zaken van de onderneming en hiervoor over de nodige informatie moeten beschikken. De schuldenaar zal deze moeten verschaffen (artikel 365 lid 3 Voorontwerp WCO I).

Bij het vervullen van zijn taken werkt de toekomstige curator vanuit het gezamenlijk schuldeisersbelang, zoals hij dit zou doen indien hij curator zou zijn.⁹⁴ Hij is op grond van zijn taakvervulling geen adviseur van de onderneming of bestuurder.⁹⁵ Hij bemoeit zich niet actief met de bedrijfsvoering. Hij opereert onafhankelijk.⁹⁶ Deze onafhankelijkheid volgt uit het feit dat hij is aangewezen door de rechtbank en ten opzichte van de schuldenaar geen expliciete bevoegdheden of verplichtingen - behoudens geheimhouding en verantwoording van zijn gemaakte kosten - heeft. Hij hoeft zich niet te houden aan aanwijzingen van de schuldenaar en kan op ieder gewenst moment zijn taakstelling neerleggen. Hij heeft als toekomstige curator niet de bevoegdheid om in rechte op te treden indien het gezamenlijk schuldeisersbelang niet is gediend, of wanneer er paulianeuze handelingen voorafgaand aan het faillissement plaatsvinden. Hij werkt 'in stilte' en heeft het liefst met zo min mogelijk partijen contact, om te voorkomen dat er een 'selffulfilling prophecy'-effect gaat ontstaan, alleen al vanwege zijn aanwezigheid.

⁹³ Het ligt voor de hand dat de rechtbank -en de toekomstige R-C - een kopie van de getekende overeenkomst ontvangen.

⁹⁴ Zie artikel 365 lid 1 Voorontwerp WCO I. (Bron: voetnoot 4); vergelijk ook Statement of Insolvency Practice 16, § ' Key compliance standarts', nummer 6. (Bron: voetnoot 22); HR 23 december 1994, NJ 1996/628, r.o. 4.3.2. (*Notaris M/Curatoren THB*).

⁹⁵ Zie hiervoor § 3.3, p. 9.

⁹⁶ Zie ook: MvT Voorontwerp WCO I, p. 9, laatste al. (Bron: voetnoot 4)

Het moment waarop de toekomstige curator zijn intrede doet binnen de onderneming is het hectisch en (soms) chaotisch. Er ligt veel druk op het bestuur om naar oplossingen te zoeken vanwege de hoge financiële nood. De verwachtingen ten aanzien van de toekomstige curator kunnen hooggespannen zijn.⁹⁷ Er kan al snel een situatie ontstaan waarin de toekomstige curator - ten onrechte - als 'reddende engel' wordt gezien. De advocaat, die namens de schuldenaar het verzoek tot aanwijzing opstelt, dient deze verwachtingen te 'managen' zodat misverstanden kunnen worden voorkomen. Uiteraard ligt hier evenzeer een taak voor de toekomstige curator zelf om - voordat hij start - in een kennismakingsbespreking aandacht te schenken aan de invulling van de rollen die ieder van 'de partijen' zijn toebedeeld.⁹⁸ Bij een te 'bondige' overeenkomst zonder verdere toelichting kan er ruimte ontstaan voor onduidelijkheden en misverstanden.⁹⁹

Doordat de pre-pack als instrument nog in ontwikkeling is, is men nog zoekende naar een optimale invulling van de rol van de toekomstige curator. Waar aanvankelijk de toekomstige curator als deskundige nog de opdracht kreeg om zelf de mogelijkheden tot continuering van de onderneming te onderzoeken,¹⁰⁰ is de rol van de toekomstige curator in de praktijk nu veel meer lijdelijk dan ik veronderstelde.¹⁰¹ Zijn rol wordt min of meer vergeleken met de "fly on the wall".¹⁰² Er is minder actieve bemoeienis ten aanzien van de totstandkoming van de doorstart. Alleen gevraagd, of indien het noodzakelijk is (bijvoorbeeld wanneer aan de procedurele kant van de voorbereidingen hiaten zitten), 'zoemt' hij er even tussendoor.

De toekomstige curator zal bij zijn aanwijzing op grond van de verkregen stukken van de rechtbank er verstandig aan doen om een inschatting maken van de kosten van zijn inzet (honorarium¹⁰³ -inclusief administratieve ondersteuning- en eventuele inzet van deskundigen) en afspraken maken met de schuldenaar over de wijze van kostenverantwoording. De reden hiervoor is dat deze in beginsel door de schuldenaar moeten worden voldaan (artikel 366 lid 1 Voorontwerp WCO I). Daarbij kan de toekomstige curator zekerheid bedingen (artikel 366 lid 2 Voorontwerp WCO I). Is de financiële positie van de schuldenaar niet voldoende om deze kosten te kunnen voldoen dan, zullen deze in de regel als algemene faillissementskosten worden aangemerkt (artikel 366 lid 3 Voorontwerp WCO I). Hierdoor is de toekomstige curator in financiële zin niet afhankelijk van de schuldenaar en versterkt dit zijn onafhankelijkheid. De MvT van het Voorontwerp WCO I geeft aan dat dit zijn rechtvaardiging vindt in het feit dat de kosten van de toekomstige curator er enerzijds op gericht zijn om de faillissementskosten laag te

⁹⁷ Zie ook Jongepier & Hoogenboezem 2013, § 4.

⁹⁸ Denk hierbij aan: de geheimhouding, de aansprakelijkheden, de wijze van samenwerking zoals de werkwijze van de toekomstige curator, de toegang tot informatie, de afspraken omtrent kostenverantwoording en honorering van de toekomstige curator, alsmede de mogelijkheden tot beëindiging van zijn aanwijzing voor beide 'partijen'.

⁹⁹ Dit in tegenstelling tot de wens van Tollenaar, zie Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Tollenaar/ Overeenkomst toekomstige curator.

¹⁰⁰ Rb 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011/375, r.o. 3.1, m.nt. J.J. van Hees.

¹⁰¹ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Tollenaar/ Rol van de toekomstige curator.

¹⁰² Tollenaar 2013 (1), § 3.1.

¹⁰³ De honorering zal in de praktijk aansluiten bij de bepalingen betreffende de vaststelling van het salaris van de curator opgenomen onder hoofdstuk 6, p.13-15 Recofa Richtlijnen faillissementen en surseances van betaling 2009. <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/sector-civiel-recht/Pages/default.aspx> onder 'Insolventies'.

houden. Anderzijds zijn de voorbereidingen van de pre-pack er op gericht om de waarde van de onderneming te behouden.¹⁰⁴

Indien er om welke reden dan ook strubbelingen ontstaan tijdens het uitvoeren van de werkzaamheden van de toekomstige curator - ongeacht de fase waarin de voorbereidingen zich bevinden - en met de schuldenaar geen overeenstemming bereikt kan worden, dient mijns inziens de toekomstige R-C een bemiddelende rol vervullen.¹⁰⁵ Het Voorontwerp WCO I kent de rechtbank de bemiddelende rol toe indien er sprake is van *een vertrouwensbreuk*. Er ligt dan al een verzoek tot ontheffing van taken van de toekomstige curator bij de rechtbank.¹⁰⁶ Bemiddelen wordt dan in een te laat stadium ingezet en vindt plaats in een te formele setting. Het is bovendien de toekomstige R-C die de transactie uiteindelijk zal moeten goedkeuren. Hij heeft er alle belang bij om inzicht te krijgen in de eventuele strubbelingen die zich in de aanloop naar de activatransactie toe voordoen. De MvT van het Voorontwerp WCO I benadrukt dat voor het welslagen van het te bereiken doel de relatie tussen de toekomstige curator en de schuldenaar harmonieus dient te zijn.¹⁰⁷ In dit streven naar een harmonieuze omgang past bemiddeling in een eerder - en daarmee informeler - stadium. Daarmee komt de regiefunctie van de rechtbank niet in gevaar. Slaagt de bemiddeling niet, dan zal het verzoek tot ontheffing van taken op grond van artikel 364 lid 1 Voorontwerp WCO I alsnog bij de rechtbank ingediend worden. Deze kan middels 'het horen' van betrokkenen bezien of er alsnog een oplossing gevonden kan worden. Afhankelijk van de situatie kan er voor gekozen worden om een andere toekomstige curator aan te wijzen. Er is in deze fase eerder sprake van het 'doorhakken van knopen'. In de huidige praktijk geschiedt dit 'horen' op informele basis.¹⁰⁸

4.1.2. Onderzoek naar de gang van zaken binnen de onderneming

Een pre-pack heeft weinig zin als de activiteit die wordt behouden niet levensvatbaar blijkt te zijn in economische en financiële zin. De marginale toets van de rechtbank voorziet niet in een specifieke toets op levensvatbaarheid. Wel dient de verzoeker aan te tonen dat de geplande doorstart realistisch moet zijn.¹⁰⁹ Een ondernemingsplan dat gebaseerd is op reële (financiële) prognoses zal voldoende zijn. In de praktijk is het de toekomstige curator die deze beoordeling op zich neemt. Vanuit het verzoek om mee te werken aan de effectuering van de activatransactie na faillissement, zal hij eerst de oorzaken van de financiële malaise achterhalen. Hij analyseert deze oorzaken

¹⁰⁴ MvT Voorontwerp WCO I, p. 28, 2^e al. (Bron: voetnoot 4)

¹⁰⁵ Zo kan in het geval van onwelwillendheid bij het verstrekken van informatie de toekomstige R-C informeel 'horen'. Zie hiervoor Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Neijt/ Toegang tot informatie.

¹⁰⁶ MvT Voorontwerp WCO I, p. 19, een na laatste al. (Bron: voetnoot 4)

¹⁰⁷ MvT Voorontwerp WCO I, p. 19, eerste al. (Bron: voetnoot 4)

¹⁰⁸ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Neijt en Boerma/reactie van bestuur van onderneming. Bij her-aanwijzing is er net als bij aanwijzing evenmin sprake van een wettelijke 'informele' grondslag. Zie voetnoot 56.

¹⁰⁹ MvT Voorontwerp WCO I, p. 11, eerste al. (Bron: voetnoot 4)

vooral met het oog de vraag of het te behouden bedrijfs onderdeel levensvatbaar is.¹¹⁰ Het redden van een onderneming moet geen doel op zich worden en daarmee marktwerking frustreren of tot concurrentievervalsing leiden.¹¹¹ Een 'oude jas' voor een nieuwe inwisselen door enkel sanering van de schulden, zal niet bijdragen aan de structurele levensvatbaarheid van een onderneming,¹¹² en dus een 'phoenix'-gevoel oproepen. In het Verenigd Koninkrijk dient de 'administrator' in het kader van de verantwoording naar niet-betrokken schuldeisers een schriftelijke verklaring te overleggen waaruit blijkt dat de activatransactie bijdraagt aan het bereiken van het statutaire doel van de doorstartende vennootschap.¹¹³ In feite komt dit erop neer dat de curator dient te verklaren dat de onderneming ook daadwerkelijk levensvatbaar is.

Vanuit economisch perspectief wordt de levensvatbaarheid bepaald door de mate waarin de onderneming in staat is te voorzien in de behoefte van haar afnemers: het gaat om het creëren van 'customer value'.¹¹⁴ Het zijn derhalve de marktpartijen die de 'economische' levensvatbaarheid bepalen. Is de onderneming onvoldoende in staat om 'customer value' te creëren, dan daalt daarmee haar waarde en kan dit tot een faillissement leiden.¹¹⁵ Indien de levensvatbaarheid uitsluitend bepaald wordt door de 'customer value', dan zou dit tot uiting moeten komen in de prijs die een koper bereid is te betalen voor het levensvatbare bedrijfs onderdeel. Maar nu blijken ook andere factoren een rol te spelen. De levensvatbaarheid wordt namelijk slechts deels afgespiegeld door de prijs die de koper bereid is te betalen. Zeker in een kleine en overzichtelijke markt weten marktspelers van elkaar wat er speelt. Indien zij als koper 'in stilte' benaderd worden inzake een activatransactie, zal dit een signaal zijn dat een mogelijk faillissement op komst is en een prijsdrukkend effect teweeg brengen. Terwijl het goed zo kan zijn dat de ondernemingsactiviteit op zichzelf levensvatbaar is.

De levensvatbaarheid van een onderneming kan ook in gevaar komen door andere oorzaken. Uit onderzoek blijkt namelijk dat zwak management, een onvoldoende werkend managementinformatiesysteem, en te hoge kosten, de drie hoofdoorzaken zijn van de financiële moeilijkheden.¹¹⁶ Het zit hem blijkbaar niet - althans minder - in het onvermogen voldoende 'customer value' te creëren. Het is daarom van belang inzicht te krijgen in de oorzaak van de financiële problematiek. Wordt de oorzaak in het plan van aanpak niet of onvoldoende weggenomen, dan bestaat het gevaar dat de problematiek zich zal herhalen en verdere schade veroorzaken.¹¹⁷ Het gevolg hiervan zal zijn dat schuldeisers zich gesterkt zullen voelen in het 'phoenix'-vermoeden.

¹¹⁰ Aanvankelijk gebruikte ik voor dit onderzoek de benaming 'oorzakend onderzoek'. Dit werd mij afgeraden, omdat dit een onderzoek is dat specifiek verband houdt met de oorzaken van het faillissement. Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Neijt/Onderzoek gang van zaken binnen onderneming.

¹¹¹ Van Amsterdam 2004, p. 22 e.v.

¹¹² Adriaanse, Kuijl & Moleveld 2007, § 5.

¹¹³ Statement of Insolvency Practice 16, § 'Disclosure', onder nummer 9. (Bron: voetnoot 22)

¹¹⁴ Verdoes, Adriaanse & Verweij 2012, § 2.

¹¹⁵ Verdoes, Adriaanse & Verweij 2012, § 3.

¹¹⁶ Adriaanse & Kuijl 2004, § 3.1.

¹¹⁷ Adriaanse, Kuijl & Moleveld 2007, § 5.

De SIP 16 stelt verplicht dat wanneer de activa (die onder de voorgenomen activatransactie vallen) reeds eerder deel uitmaakten van een voorgaande activatransactie die plaatsvond in de afgelopen twee jaar, de curator dit kenbaar dient te maken. Hij dient dan de details van deze voorgaande activatransactie vrij te geven, alsmede aan te geven welke (toekomstige) curator hierbij betrokken was en onder welke firma deze actief was.¹¹⁸ Is het langer dan twee jaar geleden dat de voorgaande activatransactie plaatsvond, dan geldt deze vermeldingsplicht slechts indien de curator dit in het belang van de schuldeisers noodzakelijk acht.¹¹⁹ Voor de Nederlandse praktijk lijkt het zinvoller - middels de op te stellen Recofa-richtlijnen¹²⁰ - de schuldenaar bij het indienen van het verzoek tot aanwijzing te verplichten melding te maken van eventuele eerdere doorstarts die binnen een tijdsbestek van 24 maanden hebben plaatsgevonden met daarbij een specificatie van de betreffende activa. Het is dan aan de rechtbank om na summierlijk onderzoek vast te stellen of een hernieuwde doorstart al dan niet in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is, of dat onder omstandigheden de belangen van maatschappelijke aard dienen te prevaleren (artikel 363 lid 1 Voorontwerp WCO I). Blijkt tijdens onderzoek naar de gang van zaken dat het langer dan 24 maanden geleden is dat er een doorstart heeft plaatsgevonden, dan is het aan de toekomstige curator om deze belangenafweging te maken.

Bestaat er aanleiding om te veronderstellen dat het management niet als geschikte doorstartpartij aan te merken is, dan is het wellicht zinvol voor de toekomstige curator om personeel op sleutelposities in vertrouwen en onder geheimhouding te kunnen spreken. De toekomstige curator zou bij het vaststellen van de levensvatbaarheid - indien er een kredietrelatie is met een bank - naar mijn mening ook gebruik kunnen maken van de dossiervorming van de bank (zich daarbij uiteraard rekenschap gevend van het feit dat de bank handelt vanuit eigen belangen¹²¹). Cliënten zijn op grond van de kredietovereenkomst verplicht om periodiek bestuurlijke informatie aan de accountmanager te verstrekken. De bedrijfsactiviteit, de positionering, de branche ontwikkelingen en marktanalyses bepalen in welke in risicoklassen cliënten worden ingedeeld en worden zo op risicograad gemonitord.¹²² De accountmanager is op grond van vastgestelde criteria verplicht de cliënt over te dragen aan een gespecialiseerde afdeling Bijzonder Beheer. Worden criteria overschreden, dan volgt in stilte een intensief begeleidingstraject en wordt met inzet van externe adviseurs een herstelplan opgesteld en uitvoering ervan bewaakt. Zo wordt gedurende deze 'stille surseance'-fase¹²³ een dossier opgebouwd en de levensvatbaarheid van de onderneming nauwlettend gevolgd.

Het vaststellen van de levensvatbaarheid vraagt een om een goed, bedrijfsmatig, analytisch vermogen. Dit is over het algemeen geen 'aangeboren' kwaliteit van een jurist. Niet alle curatoren zijn 'businesswise' en beheersen het

¹¹⁸ Statement of Insolvency Practice 16, § 'pre-appointment considerations', laatste zin. (Bron: voetnoot 22)

¹¹⁹ Statement of Insolvency Practice 16, § 'pre-appointment considerations', laatste zin. (Bron: voetnoot 22)

¹²⁰ MvT Voorontwerp WCO I, p. 5, laatste al. (Bron: voetnoot 4).

¹²¹ Zie ook Van Amsterdam 2004, p. 24 e.v.

¹²² Van Amsterdam 2004, p. 199 e.v.

¹²³ Van Amsterdam 2004, p. 200.

waardedenken.¹²⁴ Het is daarom zeer wel mogelijk dat de toekomstige curator gebruik zal maken van deskundigen om vervolgens *zelf* de levensvatbaarheid en waardebeoordeling vast te stellen.¹²⁵ Indien de toekomstige curator besluit tot het inzetten van deskundigen, zal hij de schuldenaar hierover om instemming verzoeken - voor zo ver dit bij aanvang nog niet is afgestemd -.¹²⁶ Zo kan een corporate financespecialist behulpzaam zijn bij de waardebeoordeling van de onderneming.¹²⁷ De waarde dient niet alleen ten aanzien van een potentiële koper goed onderbouwd te zijn, maar ook in het licht van verantwoording naar niet-betrokken schuldeisers na faillietverklaring.¹²⁸ Zij zullen immers met name aandacht hebben voor een optimale prijsstelling. Ditzelfde geldt voor concurrenten. Zij zullen naast algemene prijsstelling ook oog hebben of er voor de goodwill, de handelsnaam, en overige in het geding zijnde intellectuele eigendomsrechten (denk hierbij aan bijvoorbeeld octrooirechten, auteursrechten of merkenrechten) wel een juiste waarderingsgrondslag is gebruikt en dit ook vertaald willen zien in de prijs die ervoor betaald is.¹²⁹

De SIP 16 besteedt aandacht aan deze 'zorgen' door de het waarderingsproces als onderdeel van de verantwoording op te nemen naar schuldeisers toe. De waardebeoordeling en de wijze waarop de waardering tot stand is gekomen (2^e zin), de achterliggende reden van de waardering en hoe deze zich verhoudt tot de bedongen verkoopprijs (4^e zin) maken hier deel van uit. Een overzicht op grond waarvan de 'insolvency practitioner' deze waardering heeft overgenomen (3^e zin), en de namen van de specialisten die de waardebeoordeling hebben uitgevoerd moeten eveneens vermeld worden. Zij dienen bovendien een verklaring dat zij de waardering onafhankelijk hebben uitgevoerd (1^e zin), te overleggen.¹³⁰ Het is aan te bevelen om deze paragraaf van de SIP 16 eveneens op te nemen in de door de Recofa op te stellen richtlijn met betrekking tot het eindverslag van de toekomstige curator.¹³¹

Het is helder dat het onderzoek naar de gang van zaken bij een pre-pack niet om een uitgesproken 'fly on the wall'-houding vraagt, maar om een onderzoekende houding. Van een professional mag verwacht worden dat deze een kritische blik heeft. Hij is immers aangewezen om op voorhand helderheid te verschaffen of de voorgenomen plannen door de beugel kunnen. Hij zal zich snel bewust zijn van signalen die wijzen in de richting van mogelijke misbruiksituaties en 'zeepbellen' tijdig herkennen. Hij kan zich in dat geval niet verschuilen achter zijn lijdelijkheid.

¹²⁴ Aldus De Ranitz in: Beke & Wolterman 2012, § 5.

¹²⁵ Schimmelpenninck wijst in het kader van het oorzakenonderzoek bij faillissement op een vergelijkbare benadering; Schimmelpenninck 2008, § 5.

¹²⁶ MvT Voorontwerp WCO I, p. 27, een na laatste al.

¹²⁷ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Tollenaar/ Toegang tot informatie.

¹²⁸ Tollenaar 2011, § 6.5.

¹²⁹ House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, *The Insolvency Service: Sixth Report of Session 2012-13*, List of printed evidence, bijdrage van professor Mark Watson-Gandy, Ev 88-89.

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmbis/writev/insolv/is11.htm>

¹³⁰ Statement of Insolvency Practice 16, § 'Valuation of the business and assets' (Bron: voetnoot 22).

¹³¹ MvT Voorontwerp WCO I, p. 5, laatste al. (Bron: voetnoot 4).

De SIP 16 geeft aan dat de 'insolvency practitioner' de plicht heeft om schuldeisers-benadeling te voorkomen.¹³² De toekomstige curator in Nederland kan deze plicht niet vervullen. Hij heeft niet de mogelijkheid om in rechte op te treden. Hij zal in dat geval de rechtbank verzoeken hem van zijn taken te ontheffen.¹³³

4.1.3. De bevindingen van de toekomstig curator

De toekomstige curator doet er goed aan zijn bevindingen vast te leggen in een onderzoeksverslag.¹³⁴ Dit dient naar mijn mening een onderdeel te zijn van het eindverslag dat de toekomstige curator dient uit te brengen na ontheffing van zijn taken. Punten die in dit verslag aan de orde dienen te komen zijn: de verkregen toegang tot de informatie en of er belemmeringen lagen; welke informatiebronnen er geraadpleegd zijn; een analyse van de verkregen informatie; de beoordeling omtrent de levensvatbaarheid en de waardering van de activa, alsmede de grondslag zoals aangegeven in de SIP 16; en een overzicht van de gemaakte kosten van het onderzoek in relatie tot de eerder gegeven prognose. Daarnaast zal de toekomstige curator eveneens aangeven of de pre-pack naar zijn mening wel het juiste instrument is en of er andere opties mogelijk zijn.¹³⁵ Komt hij tot de conclusie dat de pre-pack het juiste instrument is, dan dient dit onderzoeksverslag tevens als basis voor de door hem desgevraagd te verstrekken verklaringen. Het spreekt voor zich dat hij zijn bevindingen afstemt met de toekomstige R-C en deelt met de schuldenaar. Onder bijlage 8.5. is een overzicht gemaakt van de onderdelen die opgenomen dienen te worden in het onderzoeksverslag van de toekomstige curator. De tot nu toe besproken onderdelen van de inventarisatiefase zijn in een schematisch overzicht weergegeven onder bijlage 8.1.2.

4.2. De onderhandelingsfase

4.2.1. Het plan van aanpak

Bij het verzoekschrift tot aanwijzing van een toekomstige curator is met het plan van aanpak al aangegeven hoe de schuldenaar tot een doorstart wenst te komen. Op grond van het verslag naar de gang van zaken binnen de onderneming kan het voorkomen dat de schuldenaar zijn plannen (op onderdelen) dient bij te stellen. De toekomstige curator zal immers gevraagd zijn om aan te geven welke voorbereidingen nodig zijn en onder welke voorwaarden hij tot de activatransactie zal overgaan. Bij verschil van visie is het aan de schuldenaar om aan te tonen (middels een goed uitgewerkte onderbouwing en voorzien van prognoses) waarom bepaalde opties niet, of juist wel haalbaar zouden zijn. De toekomstige curator zal zich goed moeten kunnen vinden in de gemaakte

¹³² Statement of Insolvency Practice 16, § 'Key compliance standards', onder nummer 6. (Bron: voetnoot 22)

¹³³ Het Voorontwerp WCO I voorziet hierin onder artikel 364 lid 1.

¹³⁴ Tollenaar adviseerde mij dit document geen 'rapportage' te noemen maar 'verslag'. Dit ziet beter toe op de taak die de toekomstige curator vervult. Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Tollenaar/ Rapportage/verslag van onderzoek.

¹³⁵ Statement of Insolvency Practice 16, § 'Principles', nummer 3 en 'Pre-appointment considerations', 2^e zin. (Bron: voetnoot 22) Aanvankelijk was het verslag van het onderzoek losgekoppeld van de opties die uit het onderzoek naar voren zouden komen, het bleek efficiënter deze samen te voegen. Zie verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Neijt en Boerma/ Bevindingen van de toekomstige curator.

belangenafwegingen die tot het plan van aanpak hebben geleid.¹³⁶ Er is nog een tweede reden waarom onderbouwing en prognoses zichtbaar moeten zijn. De niet-betrokken schuldeisers hebben na faillissement het recht op een gedetailleerde uitleg waarom men tot een pre-pack is gekomen. De curator dient hen te informeren over de alternatieven die voorhanden waren en op welke gronden deze niet haalbaar zijn gebleken.¹³⁷ Het maakt onderdeel uit van het eindverslag.

De schuldenaar zal de juridische-, economische-, financiële- en fiscale gevolgen van de gemaakte keuzes bij de pre-pack in kaart moeten brengen. Adviseurs kunnen hierbij ondersteunen. Inzichten in de noodzakelijke kosten en opbrengsten zullen daarbij in relatie gebracht moeten worden met de openstaande en de nog komende vorderingen om haalbaarheid te toetsen. De toekomstige curator zal zich daarbij een beeld willen vormen van de invloed die schuldeisers hebben op de levensvatbaarheid van de onderneming. Denk hierbij aan voortzetting van contracten die voor het slagen van de doorstart van 'levens'-belang zijn. Dit bepaalt in belangrijke mate met wie de onderneming zijn plannen dient af te stemmen alvorens de pre-packprocedure voort te zetten. Vandaar dat eerst met hen onderhandeld moet worden over de uitgangspunten voor de doorstart alvorens met belangstellenden voor de verkoop (en eventuele externe financiers¹³⁸) om de tafel te gaan zitten. Als de onderhandelingen met de belangrijkste schuldeisers al gaande zijn, zal de toekomstige curator zich ervan moeten vergewissen dat de plannen goed onderbouwd zijn en de juiste partijen betrokken worden in het proces. Het is goed mogelijk dat het plan van aanpak op grond van deze onderhandelingen (wederom) op onderdelen zal worden bijgesteld. De SIP 16 stelt hiertoe dat bij verantwoording achteraf aangegeven moet worden welke inspanningen zijn verricht om met de belangrijkste schuldeisers te kunnen overleggen en wat de uitkomst van de consultatie was.¹³⁹

4.2.3. De betrokkenheid van de Ondernemingsraad en communicatie naar personeel

Afhankelijk van de aard van de onderneming zal bij de onderhandelingen over de doorstart ook de inzet van personeel aan de orde komen. Gaat het om kennisintensieve bedrijfsonderdelen, dan zal de inzet van personeel een grotere rol spelen in de onderhandelingen. Door de verkoop na faillissement te laten plaatsvinden, zijn overnameverplichtingen op grond van art. 7:666 lid 1 BW niet van toepassing en gelden ontslagverboden, opgenomen in art. 7:670 BW, niet. De weg ligt nu vrij voor de koper om tot 'pick and choose'¹⁴⁰ over te gaan : dat wil zeggen het personeel zelf te kiezen en daarbij zelf de arbeidsvoorwaarden te bepalen. Personeelskosten vormen in de regel een 'zware post' op de bedrijfsbalans. De verleidelijkheid om hoge reorganisatiekosten te mijden door aan te sturen op een faillissement, wordt groter naar mate de financiële tekorten toenemen. Dat

¹³⁶ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Neijt/ Plan van aanpak.

¹³⁷ Statement of Insolvency Practice 16, § 'Pre-appointment considerations', 2^e en 4^e zin. (Bron: voetnoot 22)

¹³⁸ Het spreekt voor zich dat een goed onderbouwd plan dat afgestemd is met de belangrijkste schuldeisers, en voorzien is van reële prognoses, het vinden van financiers vergemakkelijkt.

¹³⁹ Statement of Insolvency Practice 16, § 'Pre-appointment considerations', 3^e zin. (Bron: voetnoot 22)

¹⁴⁰ Schaink 2013.

misbruik van faillissementsrecht op de loer ligt, bevestigt de zaak 'Digicolor'.¹⁴¹ Boerma wijst in dit verband op het belang voor de (lees: toekomstige) curator om in het geval van een doorstart met het voormalig management of bestuur extra alert te zijn.¹⁴² In de arbeidsrechtelijke literatuur wordt om die reden de wens geuit om werknemers-vertegenwoordiging tijdig in het pre-pack proces te betrekken.¹⁴³ Los van de discussie of er op grond van art. 25 lid 1 onder a en e WOR wettelijke plichten ontstaan tot het inwinnen van advies¹⁴⁴ - ondanks de rechtspraak¹⁴⁵ en de wetshistorie¹⁴⁶ -, is er veel voor te zeggen om de OR onder geheimhouding te betrekken in de voorbereidingen. Het feit dat een eigen aangifte tot faillissement niet adviesplichtig is, sluit medezeggenschap in de voorbereidende fase niet uit.

Art. 23 WOR biedt de mogelijkheid in middels een overlegvergadering de OR te informeren en deze in de gelegenheid te stellen om mee te denken over de uitgangspunten voor een plan tot behoud van (gedeeltelijke) werkgelegenheid. Dit 'personeelsplan' kan een aantal uitgewerkte - reële - opties voor behoud van een deel van het personeel, en objectief vastgestelde uitgangspunten bevatten voor de toekomstige selectie van personeel. Dit 'personeelsplan' zou dan als een van de uitgangspunten in de lopende onderhandelingen meegenomen kunnen worden.¹⁴⁷ In dit kader vormt de intensieve betrokkenheid van de OR bij de vele reorganisaties van Ned Car een goed voorbeeld; veel constructies zijn verzonnen om werknemers waar mogelijk binnen boord te houden.¹⁴⁸ De SIP 16 bepaalt dat de verzoeken, die richting de potentiële koper(s) gedaan zijn met betrekking tot behoud van arbeid en de uitkomst daarvan, bij de 'disclosure' vermeld dienen te worden en ondersteunt deze gedachtegang.¹⁴⁹ Het argument dat betrokkenheid van de OR het risico vergroot dat informatie gaat lekken, is weinig overtuigend.¹⁵⁰ Op grond van art. 20 WOR wordt geheimhouding als een belangrijk – zo niet als voorwaarde - voor verrichten van OR werkzaamheden beschouwd.

Art. 25 WOR ziet er in hoofdlijnen op toe dat daar waar er sprake is van belangrijke organisatieveranderingen, medezeggenschap op zijn plaats is. Het ligt het voor de hand om de OR haar steentje te laten bijdragen in het streven naar behoud van een deel van de onderneming en betrokken te zijn in het voorbereidingsproces van de pre-pack. Het creëert draagvlak voor de doorstart. Als de doorstart leidt tot het ontslag van meer dan twintig medewerkers, kan een beknopt verslag van de aanpak, het met de OR besproken personeelsplan en uitkomst van de onderhandelingen omtrent personeelsoverdracht, direct na faillietverklaring naar de vakbonden gestuurd

¹⁴¹ HR 28 mei 2004, *JOR* 2004/216, r.o. 3.5.3. (*De Boek/Van Gorp; Digicolor*).

¹⁴² Boerma 2008, p.188.

¹⁴³ Van der Pijl, 2013, Boot, 2013, Zaal 2013.

¹⁴⁴ Van der Pijl, 2013, Boot, 2013, Zaal 2013, Van Zanten 2013.

¹⁴⁵ Rb 's-Hertogenbosch, 9 april 1980, *NJ* 1980/546.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 9, § 2.1.7, p. 15-16.

¹⁴⁷ Van der Pijl geeft hierbij aan dat de koper zich rekenschap dient te geven van opvolgend werkgeverschap bij de overname van personeel. Van der Pijl 2013, onder 'pre-pack'.

¹⁴⁸; zie bijvoorbeeld: <http://nos.nl/artikel/337825-nedcar-van-daf-tot-mitsubishi.html> .

¹⁴⁹ Statement of Insolvency Practice 16, § 'Pre-appointment considerations', 5^e zin. (Bron: voetnoot 22)

¹⁵⁰ Van Zanten 2013, § 'Medezeggenschap bij de pre-pack'.

worden. Daarmee zullen de vakbonden naar alle waarschijnlijkheid afzien van overleg, waarmee voldaan is aan de raadgevingsplicht ex art. 7a van de (herziene) Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO) en kan het UWV de ontslagaanvragen in behandeling nemen.¹⁵¹

Evenzo is het van belang het personeel op de juiste wijze te bejegenen en te begeleiden bij het acceptatieproces. De doorstart van Schoenenreus laat zien hoe dit kan uitpakken als er te weinig aandacht is voor de wijze waarop het 'pick and choose'-proces wordt toegepast.¹⁵² Hoe 'kouder' de 'sanering' plaatsvindt, hoe sneller het onrechtvaardigheidsgevoel wordt opgeroepen. Ook al is dit selectieproces volstrekt legitiem en wettelijk toegestaan. Zowel werknemers, vakbonden¹⁵³ als andere gedupeerden voelen zich geroepen om iets aan deze - naar hun mening - onnodig ongenueanceerde aanpak te doen. Het vermoeden dat er onjuist in het pre-packproces is gehandeld, wordt dan snel in de mond genomen met evenzo onnodige procedures tot gevolg. Indien er een plan voor hernieuwde inzet van personeel tot stand komt met betrokkenheid van de OR en dit onderdeel uitmaakt van de onderhandelingen, zal dit bijdragen aan de acceptatie van 'pick and choose' proces. Daarbij draagt het bij aan de mate van zorgvuldigheid die bij de inzet van de pre-pack als herstructureringsinstrument vereist is.

4.2.2. De prijsstelling en het biedingsproces

Op het moment dat prijsstelling bepaald dient te worden en het biedingsproces moet worden ingericht, zal de toekomstige curator het initiatief aan de schuldenaar overlaten. Hij zal er echter niet omheen kunnen dat de daadwerkelijke verkoop via hem loopt en de R-C op grond van art. 101 jo art. 176 lid 1 FW zijn toestemming zal moeten geven voor de verkoop. Hij zal het onderhandelingsproces nadrukkelijk volgen en waar nodig zijn stem zal laten horen. Des gevraagd zal hij praktische tips geven, en met de toekomstige R-C de prijsstelling, de inrichting, en het verloop (in de vorm van een beknopt vertrouwelijk verslag) van het biedingsproces afstemmen.

Naast waardebepaling kan ook tegentaxatie van belang zijn. Kostbare tijd kan bespaard worden door een potentiële ('externe') koper een correcte, accurate en transparante boekhouding te overhandigen, zodat due diligence snel en efficiënt kan plaatsvinden. Niemand zit te wachten op lijken in de kast. De verkoopprijs kan echter op basis van de gevoerde onderhandelingen en/of in combinatie met de omstandigheden waarbinnen de verkoop dient plaats te vinden, uiteindelijk anders uitvallen. Een uitspraak van de rechtbank Utrecht vat op treffende wijze samen dat er geen rechtsregel bestaat die de curator ertoe verplicht om een taxatie door een onafhankelijke derde te laten verrichten; de prijs wordt namelijk niet bepaald door het oordeel van de deskundige die de taxatie heeft

¹⁵¹ Zie ook: Herstel & Schuurman 2012, § 3.

¹⁵² <http://www.retailnews.nl/rubrieken/meer/personeel/38834/stichting-onderzoekt-schoenenreus-faillissement.html> bericht d.d. 7 oktober 2013; http://www.telegraaf.nl/mijnbedrijf/geld/21957985/_Luchtje_aan_faillissement_Schoenenreus_.html

¹⁵³ Eikelenboom & Verbeek 2013.

uitgevoerd, maar door hetgeen de koper bereid is te betalen.¹⁵⁴ De prijs die de koper bereid is te betalen, ziet hij liever ten goede komen van de financiering van de voortzettende onderneming, dan dat dit bestemd is voor 'oude' crediteuren. Indien de opbrengst naar deze laatste groep gaat, ervaart de potentiële koper dit als kosten op het sterfhuis hetgeen de prijs beïnvloedt.¹⁵⁵

Met het oog op het voorkomen van het 'phoenix'-verdenkingen is het onder omstandigheden van belang om onderzoek te (laten) doen naar potentiële kopers.¹⁵⁶ De SIP 16 geeft aan dat marketinginspanningen deel dienen uit te maken van de 'disclosure'.¹⁵⁷ Een onafhankelijk specialist kan gericht een aantal potentiële kopers benaderen met een geanonimiseerd profiel van de onderneming.¹⁵⁸ Lijken er meerdere potentiële kopers te zijn, dan kan een 'stille' biedingsprocedure worden ingericht. Bij het maken van de keuze tussen onderhandse verkoop of gebruikmaking van een 'stille' biedingsprocedure, dient in beginsel opbrengstmaximalisatie centraal te staan. Ook dit dient onderdeel uit te maken van het eindverslag van de toekomstige curator.

Of de te behalen opbrengst daadwerkelijk maximaal wordt, hangt echter van omstandigheden af. Zo kan het streven naar de hoogste opbrengst een verhoogd risico met zich mee brengen en er in een ongelukkige situatie toe leiden dat juist een lagere opbrengst verkregen wordt.¹⁵⁹ Hoe meer kopers betrokken zijn, hoe groter het risico op het naar buiten treden van geruchten, waardoor prijsdaling niet meer tegen te houden is. Alleen al het feit dat kopers in het geheim benaderd worden, vertelt hen feitelijk al wat er aan de hand is, en heeft soms een prijsdrukkend effect. De SIP 16 spreekt in dit verband over een verkoopprijs die 'the best reasonably obtainable in all the circumstances' dient te zijn. De curator dient dit in een schriftelijke verklaring na de verkoop te bevestigen.¹⁶⁰ Hierbij zal onderbouwd moeten worden hoe het verkoopproces is ingericht en waarom hiervoor gekozen is. Een geselecteerd, beperkt aantal kopers die gericht worden benaderd, lijkt de voorkeur te verdienen. Specialististen kunnen de reacties van de spelers in de markt goed analyseren en aangeven wat de beste benadering zou kunnen zijn.

Bij de inrichting van het biedingsproces zal het bestuur tijdig de uitgangspunten van deze procedure dienen te communiceren aan de 'in stilte' benaderde partijen. Zo zal tijdens de procedure niet van de gemaakte afspraken worden afgeweken. Te denken valt aan de volgende uitgangspunten:

- het feit dat iedereen op hetzelfde tijdstip over dezelfde informatie dient te beschikken;

¹⁵⁴ Rb Utrecht van 2 juli 2003, *JOR* 2003/273, r.o. 4.7. Statement of Insolvency Practice 16, § 'Valuation of the business and assets' geeft aan dat indien er geen waardering heeft plaatsgevonden, er een verklaring dient te zijn waarom deze er niet was en op welke wijze de 'insolvency practitioner' zich kon vinden in de prijs (5^e zin). (Bron: voetnoot 22)

¹⁵⁵ Huydecoper 2013, § 2.

¹⁵⁶ Zo ook: Loesberg 2013, slotbeschouwing.

¹⁵⁷ Dat wil zeggen bij de verantwoording achteraf. Zie Statement of Insolvency Practice 16, § 'Marketing of the business and assets'. (Bron: voetnoot 22)

¹⁵⁸ Tollenaar 2013 (1), § 8.

¹⁵⁹ Van Galen 2011, p. 213-214.

¹⁶⁰ Statement of Insolvency Practice 16, § 'Disclosure', onder nummer 9. (Bron: voetnoot 22)

- iedere bieder vooraf een geheimhoudingsovereenkomst dient te tekenen;
- er geen sprake is van exclusiviteit (het kan verstandig zijn om tussenpersonen die hun achterman niet wensen prijs te geven, niet mee te laten bieden);
- ieder bod onvoorwaardelijk en onherroepelijk dient te zijn tot een vooraf bepaald tijdstip;
- bij gelijk bod de bidders tot een bepaald tijdstip de gelegenheid krijgen om tegen elkaar op te bieden;
- indien op afzonderlijke activa geboden wordt, dat het bod per onderdeel gespecificeerd wordt;
- rechten van derden gerespecteerd worden;
- men het recht van gunning behoudt;
- er zonder garanties verkocht wordt;
- ook niet-financiële componenten meewegen.¹⁶¹

Is bijvoorbeeld afgesproken met de hoogste bieder verder te onderhandelen middels gunning, en brengt een andere, lagere bieder alsnog een hoger bod uit, dan mag dit bod gebruikt worden in de onderhandelingen met de hoogste bieder. Maar dit betekent niet dat er een plicht tot verkoop aan deze aanvankelijk lagere bieder is ontstaan, ook al heeft deze in een latere fase een hoger bod uitgebracht.¹⁶² Afspraak is afspraak.

Om ervoor te zorgen dat de R-C na faillietverklaring instemt met de activatransactie, is het belangrijk hem inzicht te geven in het plan van aanpak zoals het er in dit stadium uitziet. Het bevat immers de uitgangspunten van de onderhandelingen. Voor de toekomstige R-C wordt hiermee helder welke onderhandelingsruimte er zal liggen,¹⁶³ waar de goede en minder goede kansen op een beter resultaat liggen. Bovendien is er gespecificeerd wat er onder de verkoop gaat vallen en hoe het verkoopproces er uit zal gaan zien. Duidelijk wordt of en hoeveel werkgelegenheid behouden zou kunnen worden. Hij krijgt tevens zicht op welke basis de prijsstelling heeft plaatsgevonden en wat de ongewisse waarderingsfactoren zouden kunnen zijn.¹⁶⁴ Het draait er in essentie om dat achteraf inzichtelijk wordt dat de schuldenaar de plannen zorgvuldig heeft afgestemd, opties heeft onderzocht en de juiste belangenafwegingen heeft gemaakt, waardoor hij zichtbaar een optimale onderhandelingspositie heeft weten te bereiken.

De voorbereidingen voor de eindonderhandelingen zijn nu afgerond. De duur van de onderhandelingen wordt mede bepaald door de gestelde termijn van de rechtbank die nog resteert, de financiële ruimte voor bedrijfsvoortzetting, en de partijen waarmee onderhandeld wordt. Een richtlijn is er niet.¹⁶⁵ Voor een schematisch overzicht van de onderhandelingsfase verwijs ik naar bijlage 8.1.3.

¹⁶¹ Van Daal 2011, p. 218.

¹⁶² HR 7 september 2001, *JOR* 2001/244, r.o. 3.5., m. nt. B. Wessels.

¹⁶³ Boerma 2008, p. 188; zo ook: verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2 Boerma/ Plan van aanpak.

¹⁶⁴ Boerma 2008, p. 188-189.

¹⁶⁵ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Boerma/ Het bereiken van overeenstemming (pre-pack).

4.2.4. Het afsluiten van de onderhandelingen; de totstandkoming van de pre-pack

Er zijn verschillende constructies mogelijk om de voorwaarden waaronder de activatransactie plaatsvindt voor de faillietverklaring te regelen.¹⁶⁶ Voorkomen moet worden dat deze vastlegging te zien is als een (voorlopige) koopovereenkomst, waardoor de overnameregels ex art. 7:663 BW van toepassing zijn. Zo wordt er wel gebruik gemaakt van een intentieverklaring, of wordt afgesproken dat er een onherroepelijk bod wordt gedaan dat tot een aantal dagen na faillissement geldig is. Zodra dit bod er ligt, en er zich na faillietverklaring alsnog een koper aandient die een hoger bod uitbrengt, dan behoudt de curator zich het recht voor om op dat latere bod in te gaan. Bij het bepalen van de geldigheidstermijn van het onherroepelijke bod kan het verstandig zijn om rekening te houden met de mogelijkheid van verzet tegen de faillietverklaring ex art.10 lid 1 FW. Indien de bank kredietverstrekker is, doet de mogelijkheid zich nog voor dat de bank als pandhouder tegen vrijwaring zijn pandrechten verkoopt en zich verplicht - door het sluiten van een voorovereenkomst - tot instemming van het bod, waarbij de curator een optierecht heeft tot verkoop. De toekomstige curator zal de gemaakte afspraken direct met de toekomstige R-C afstemmen.

4.3. De uitvoeringsfase

4.3.1. De eigen aangifte tot faillietverklaring

Nu alle voorbereidingen zijn getroffen en de toekomstige curator een indicatie over de toelaatbaarheid van de voorgenomen verkoop heeft gegeven, zal het bestuur de eigen aangifte formeel maken. Er zijn naar schatting, vanaf het moment van de aanwijzing van de toekomstige curator door de rechtbank tot nu, twee, tot drie weken verstreken.¹⁶⁷ Naast de stukken die bij het verzoek tot aanwijzing van een toekomstige curator bij de rechtbank zijn ingediend, zal een actueel financieel overzicht moeten worden bijgevoegd.¹⁶⁸ Alhoewel strikt genomen voor de faillietverklaring zelf volstaan kan worden met de financiële stukken die zijn overlegd bij het verzoek tot aanwijzing, zal in het geval van een pre-pack hiervan afgeweken worden en om actuele financiële stukken gevraagd worden.¹⁶⁹ Alle voorbereidingen zijn er immers op gericht om tot vlotte afwikkeling van het faillissement te komen. De toekomstige curator zal alleen dan verklaringen afgeven en tot activatransactie overgaan indien hij over actuele stukken beschikt. Aan de hand hiervan zal hij immers het eindverslag opstellen.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Tollenaar/ Het bereiken van overeenstemming (pre-pack).

¹⁶⁷ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Boerma/ Uitvoeringsfase.

¹⁶⁸ Dit in tegenstelling tot Neijt en Boerma aangeven in de huidige praktijk. Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Neijt en Boerma/ Uitvoeringsfase.

¹⁶⁹ Het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken biedt de mogelijkheid onder artikel 1.2.4.1. om van artikel 1.2.2.6. aanhef af te wijken en om actuele financiële stukken te vragen. (Bron: voetnoot 28)

¹⁷⁰ Hierover volgt meer in de volgende paragraaf.

Het plan van aanpak, zoals dit er ligt tot aan het moment van de eindonderhandelingen, zal eveneens aan de griffie van rechtbank worden overhandigd. Deze stukken zullen niet nodig zijn voor de marginale toetsing van de rechtbank,¹⁷¹ maar dienen ter onderbouwing van de voorgenomen activatransactie die aan de R-C onmiddellijk na faillietverklaring formeel ter goedkeuring zal worden voorgelegd. Het moment waarop de verkoop daadwerkelijk tot stand komt, hangt af van de gemaakte afspraken in de eindfase van de onderhandelingen.

Omwille van efficiëntie en in het belang van verantwoording is het wenselijk de toekomstige curator en de toekomstige R-C, die betrokken zijn geweest bij de voorbereidingen van de pre-pack, eveneens in de formele procedure te benoemen. Dit uitgangspunt is voor de toekomstige curator ook in het Voornontwerp WCO I opgenomen onder artikel 14a. Voor de toekomstige R-C is dit opgenomen in artikel 367 lid 1 Voorontwerp WCO I. De R-C zal na faillietverklaring op een vlotte afwikkeling van de procedure toezien. De nodige voorbereidingen zijn immers getroffen en de R-C en de curator zijn volledig op de hoogte.

4.3.2. Zorgvuldige informatieverstrekking naar (niet-betrokken) schuldeisers

Na faillietverklaring volgt het moment waarop de curator verantwoording dient af te leggen aan niet-betrokken schuldeisers over de getroffen voorbereidingen voor de activatransactie en het faillissement. Dit gebeurt door overlegging van het eindverslag. Artikel 364 lid 3 Voorontwerp WCO I schrijft voor dat de (toekomstige) curator direct na ontheffing van zijn taak een eindverslag dient uit te brengen. Het wordt neergelegd bij de griffie van de rechtbank. Zodra de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard, zal dit kosteloos ter inzage worden gelegd. Het vormt tevens de basis voor het eerste faillissementsverslag dat de curator binnen een maand na faillietverklaring dient uit te brengen (artt. 94-96 FW) en de daaropvolgende verslagen (art.73 a FW).¹⁷² In bijlage 8.6 is een overzicht gemaakt van de onderwerpen die mijns inziens deel zouden moeten uitmaken van het eindverslag. Dit overzicht kan als basis dienen voor de door de Recofa op te stellen richtlijnen waar het eindverslag aan zou moeten voldoen.¹⁷³ De verkoop (denk hierbij bijvoorbeeld aan: datum, prijs - 'the best reasonably obtainable in all the circumstances'-verklaring van curator -, voorwaarden, eventuele verstrekte garanties, naam koper en eventuele betrokkenheid management/bestuursleden) maakt hier geen onderdeel van uit omdat deze na faillietverklaring pas plaatsvindt. Het eindverslag beslaat alleen de periode tot aan de faillietverklaring. De verkoopgegevens zullen in het daar opvolgende verslag van de curator aan de orde komen. Voor een schematisch overzicht van de uitvoeringsfase verwijs ik naar bijlage 8.1.4.

¹⁷¹ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Neijt & Boerma/ Uitvoeringsfase.

¹⁷² Hoofdstuk 2, bepaling 2.3 onder a en b Recofa Richtlijnen faillissementen en surseances van betaling 2009. (Bron: voetnoot 103)

¹⁷³ MvT Voorontwerp WCO I , p. 5, laatste al. (Bron: voetnoot 4).

In het Verenigd Koninkrijk schrijft de SIP 16 voor dat de ‘administrator’ (curator) binnen zeven (kalender-) dagen de crediteuren dient te informeren omtrent te verplicht gestelde ‘disclosure requirements’.¹⁷⁴ De curator heeft hier iets meer ruimte om de activatransactie af te handelen alvorens te informeren. De MvT Voorontwerp WCO I geeft aan dat er voor directe publicatie van het eindverslag gekozen is vanwege het belang van verantwoording.¹⁷⁵ Het gaat er om inzicht te verstrekken in het doorlopen proces en op deze wijze achteraf begrip te creëren voor de gemaakte belangenafwegingen. “*Damnans quod non intelligunt.*”¹⁷⁶ Onwetendheid leidt immers tot wantrouwen. Op deze wijze kunnen niet alleen schuldeisers, maar ook belanghebbenden men effectief gebruik maken van de mogelijkheid om verzet tegen het faillissement in te dienen ex art 10 FW als er grote bezwaren kleven aan de voorgenomen of inmiddels voltrokken activatransactie.

De informatieverstrekking kent onder bijzondere omstandigheden een voorbehoud. Indien de curator van mening is dat openbaarmaking van bepaalde gegevens onnodig schadelijk kan zijn voor de boedel, dan moet hij de mogelijkheid behouden om hieromtrent vertrouwelijk verslag uit te brengen.¹⁷⁷ Dit belang van geheimhouding vindt echter zijn begrenzing in art. 69 FW. Het belang van geheimhouding dient namelijk onder omstandigheden te wijken voor het belang van niet-betrokken schuldeisers om inzicht te kunnen krijgen in de gemaakte belangenafweging van de curator.¹⁷⁸ Art. 69 FW biedt niet-betrokken schuldeisers de mogelijkheid om de R-C te verzoeken de curator te bevelen de geheimgehouden informatie alsnog openbaar te maken. In hoger beroep kunnen zij de rechtbank deze vraag voorleggen, zo valt uit art. 67 lid 1 FW af te leiden.

Hebben (niet-betrokken) schuldeisers hun twijfels over de juistheid van de belangenafweging bij de activatransactie, dan biedt art. 69 lid 1 FW de mogelijkheid om voorgenomen handeling van de curator tegen te houden of op te komen tegen reeds verrichte handeling. Heeft de activatransactie reeds plaatsgevonden met toestemming van de R-C ex art. 101 jo art. 176 lid 1 FW, dan is er blijkens art. 67 lid 1 FW geen hoger beroep tegen de activatransactie mogelijk bij de rechtbank. Via de weg van art. 69 lid 1 FW kan nu de activatransactie alsnog worden getoetst. Art. 69 FW is echter niet bedoeld om individuele schuldeisersrechten geldend te maken, of aan de curator te verzoeken de schuldeiser individueel inlichtingen te verschaffen en aan hem verantwoording af te leggen door openlegging van de boeken.¹⁷⁹ In de praktijk laat een groot deel van de schuldeisers weinig van zich horen bij een faillissement. Uit onderzoek blijkt dat schuldeiserscommissies een zeldzaamheid zijn en dat er slechts zelden een beroep gedaan wordt op art. 69 FW.¹⁸⁰ Desondanks verdient art. 69 FW de aandacht¹⁸¹ omdat het een belangrijk correctiemechanisme kan vormen voor de pre-pack.

¹⁷⁴ Statement of Insolvency Practice 16, § ‘Disclosure’, onder nummer 11. (Bron: voetnoot 22)

¹⁷⁵ MvT Voorontwerp WCO I, p 13, 1^e al. (Bron: voetnoot 4)

¹⁷⁶ Letterlijke vertaling: “*Zij veroordelen wat zij niet begrijpen*”, Cicero.

¹⁷⁷ Hoofdstuk 2, bepaling 2.2. onder e Recofa Richtlijnen faillissementen en surseances van betaling 2009. (Bron: voetnoot 103)

¹⁷⁸ HR 21 januari 2005, NJ 2005/249, r.o. 3.6, m. nt. P. Van Schilfgaarde (*Jomed I*).

¹⁷⁹ HR 21 januari 2005, NJ 2005/250, r.o. 4.1, m. nt. P. Van Schilfgaarde (*Jomed II*).

¹⁸⁰ Lutikhuis, 2007, p. 110. Dit wordt bevestigd door Neijt: <http://www.eyesoninsolvency.nl/wp-content/uploads/2013/03/Een-goed-besluit-kent-vele-raadgevers-Piet-Neijt-25-maart-20131.pdf>

In het kader van een vlotte afwikkeling is de vraag gesteld of de curator niet slechts de belangen zou dienen te behartigen van crediteuren die een economisch belang hebben.¹⁸² Alleen die schuldeisers die een direct belang hebben bij de afwikkeling van een faillissement zouden hierop invloed moeten kunnen uitoefenen.¹⁸³ De vraag is of dit in het geval van een pre-pack eveneens als uitgangspunt zou kunnen dienen.¹⁸⁴ Bij de voorbereidingen van de pre-pack zijn alleen de *belangrijkste* schuldeisers betrokken. Het belang om een beperkt aantal schuldeisers onder geheimhouding te betrekken bij een pre-pack komt niet voort uit het feit dat zij 'in the money' zijn, maar invloed hebben op de levensvatbaarheid van de voort te zetten onderneming. Dit is strikt genomen een ander criterium dat los staat van aanspraken op de boedel.

Volgens de 'money' theorie bestaat er geen goede reden om 'out of the money' schuldeisers toegang tot de R-C te verlenen om invloed uit te oefenen op het beheer van de boedel.¹⁸⁵ Vanuit het perspectief van de toepassing van de pre-pack bezien, zou dit betekenen dat art. 69 FW voor de 'out of the money' schuldeisers niet toegankelijk zou moeten zijn, omdat zij hierdoor het proces onnodig zouden vertragen. Ook het recht van verzet (art. 10 FW) komt dan voor deze groep schuldeisers ter discussie te staan. Dit geldt evenzeer voor het recht om deel uit te maken van een (voorlopige) schuldeiserscommissie (artt. 74 en 75 FW), of bij voorbeeld het recht om te stemmen in de schuldeisersvergadering (art. 82 FW).¹⁸⁶

Om redenen van efficiëntie zijn deze opmerkingen te begrijpen. Vertragingen en het voeren van procedures (los van de uitkomst ervan) leiden tot hogere boedelkosten waardoor er nog minder te verdelen valt. Indien er echter aanleiding bestaat tot 'oneigenlijk gebruik' van deze rechten is het eerder aan de desbetreffende rechter of R-C (afhankelijk van de aard van de procedure) om in te grijpen. Er moet bij gebruikmaking van rechten wel een gerechtvaardigd belang zijn dit recht te gebruiken. Anders wordt dit wanneer men besluit om een deel van de schuldeisers bij voorbaat uit te sluiten van iedere invloed op de faillissementsprocedure, op grond van het enkele feit dat er op moment X te weinig in de boedel zit. Los van het feit dat de Faillissementswet niet in een dergelijke behandeling van schuldeisers voorziet, en het niet in de lijn van de verwachting ligt dat de Faillissementswet een algehele revisie in die richting zal ondergaan, lijkt het ook lastig om dit moment X te bepalen. Een grote groep schuldeisers en belanghebbenden zou geen correctieve functie meer kunnen uitoefenen op de afwikkeling van een faillissement. Daarmee ontstaat een ideale voedingsbodem voor het kweken van een 'phoenix-syndroom'. Het succes van een vlotte afwikkeling komt eerder voort uit een zorgvuldige voorbereiding die vorm gegeven wordt door een goed ingerichte pre-pack procedure.

¹⁸¹ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Melissen/ Uitvoeringsfase.

¹⁸² Kentie & Kloet 2013, opmerking Teun Struycken; verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Melissen/ Uitvoeringsfase.

¹⁸³ Kentie & Kloet 2013, opmerking Reinout van Riel en Jako van Hees; Van Hees 2013, 'uitgangspunten voor hervorming van het insolventierecht'.

¹⁸⁴ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Melissen/ Uitvoeringsfase.

¹⁸⁵ Van Hees 2013, uitgangspunten voor hervorming van het insolventierecht.

¹⁸⁶ Van Hees 2013, uitgangspunten voor hervorming van het insolventierecht.

5. Slotbeschouwing

De pre-pack is een complex proces vanwege de tijdsdruk, de vele belangen die in financiële nood elkaar gaan doorkruisen en de vele beslissingen die moeten worden genomen. Om oneigenlijk gebruik te voorkomen of verdenkingen tot misbruik of tot onjuist handelen tegen te gaan, is een goed inzicht in het proces nodig. Het proces is daarom 'modelmatig' beschreven. Voor de schuldenaar moet helder zijn dat tijdige interne afstemming nodig is. Er moet voldoende tijd en ruimte zijn om voorbereidingen te kunnen treffen, zowel voor de schuldenaar als voor de toekomstige curator. Daarbij moet er voldoende financiële ruimte zijn.

Besluit de rechtbank om een toekomstige curator en een toekomstige R-C aan te wijzen, dan staat zorgvuldigheid in het treffen van de voorbereidingen en het onderbouwen van de gemaakte belangenafwegingen centraal. Opbrengst maximalisatie is daarbij het primaire doel, de maatschappelijke belangen kunnen onder omstandigheden prevaleren. Het is aan de schuldenaar om procesmatig te werk te gaan zodat de plannen kunnen worden gerealiseerd en na faillissement schuldeisers inzicht verschaft kan worden in het doorlopen proces en het belang van de handelwijze.

Het eindverslag van de toekomstige curator dient hiervan een afspiegeling te zijn. Deze zou via een virtuele 'dataroom'¹⁸⁷ toegankelijk moeten zijn voor schuldeisers en andere belangstellenden op de wijze zoals ook de faillissementsverslagen elektronisch beschikbaar worden gesteld.¹⁸⁸ De 'dataroom' zou tevens schuldeisers en belanghebbenden erop moeten wijzen wat de mogelijkheden zijn om bezwaren te kunnen uiten, nadere informatie te kunnen krijgen of om bij de verdere afwikkeling betrokken te zijn en digitaal hun visie/mening te ventileren.¹⁸⁹

Daarnaast kan de procesbeschrijving als basis dienen voor het bieden van algemene voorlichting over de pre-pack als herstructurerings-instrument. De rechtbanken zouden digitaal informatie over de procedure en het proces beschikbaar kunnen stellen.¹⁹⁰ Enerzijds gericht op schuldenaren, zodat zij weten wanneer en hoe zij de pre-pack als herstructureringsinstrument kunnen inzetten. Anderzijds gericht op niet-betrokken schuldeisers en belanghebbenden zodat zij inzicht in het instrument krijgen en gewezen worden op de mogelijkheden die zij hebben na faillissement.

Op deze wijze kan oneigenlijk gebruik worden tegengegaan en worden bezwaren ondervangen. Het Voorontwerp WCO 1 biedt daarbij een goed kader om succesvolle toepassing van de pre-pack te waarborgen.

¹⁸⁷ De toepassing van een 'dataroom' is ontleend aan het gebruik bij het oorzakenonderzoek: Schimmelpenninck 2008, § 6.

¹⁸⁸ Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Melissen/ Uitvoeringsfase.

¹⁸⁹ Schuldeisercommissies zijn op deze wijze veel toegankelijker, zonder dat het al te veel tijd vergt voor hen.

¹⁹⁰ Het programma KEI dat binnen de Rechtspraak gelanceerd is en zich richt op digitalisering van onder andere insolventie-informatie en het openstellen ervan voor crediteuren en anderen belanghebbenden, kan zowel zorgen voor de algemene voorlichting, als voor de gerichte informatie naar de niet-betrokken schuldeisers na faillietverklaring. Zie Boerma 2013. Verantwoordingsmatrix, bijlage 8.2, Boerma/ Uitvoeringsfase.

6. Jurisprudentielijst

Hoge Raad 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286, m. nt. J.M.M. Maeijer (*Beklame!*)
Hoge Raad 24 februari 1995, *NJ* 1996/ 472, m. nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*)
Hoge Raad 23 december 1994, *NJ* 1996/628 (*Notaris M./Curatoren THB*)
Hoge Raad 19 april 1996, *NJ* 1996/727, m. nt. W.M. Kleijn (*Maclou/Curatoren Van Schuppen*)
Hoge Raad 7 september 2001, *JOR* 2001/244, m. nt. B. Wessels
Hoge Raad 19 december 2003, *NJ* 2004/293, m. nt. P. Van Schilfgaarde (*Mobell*)
Hoge Raad 28 mei 2004, *NJ* 2006/4 (*De Boek/Van Gorp; Digicolor*)
Hoge Raad 21 januari 2005, *NJ* 2005/249, m. nt. P. van Schilfgaarde (*Jomed I*)
Hoge Raad 21 januari 2005, *NJ* 2005/250, m. nt. P. van Schilfgaarde (*Jomed II*)
Hoge Raad 16 december 2011, *NJ* 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Maclou-norm*)
Hoge Raad 11 mei 2012, *RvdW* 2012/725 (*Van Tuinen/Taxicentrale Wolters*)

Rechtbank 's-Hertogenbosch, 9 april 1980, *NJ* 1980/546

Rechtbank Utrecht 2 juli 2003, *JOR* 2003/273

Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011/375, m. nt. J.J. van Hees

Rechtbank Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2013/63, m. nt. J.J. van Hees

Uitspraken van de High Court (HC) Verenigd Koninkrijk:

High Court 8 november 1999, *Re* [1999] *EWHC* 302 (Ch) (*NT & D Industries Plc*)

High Court 27 april 2004, *Re* [2004] *EWHC* 932 (Ch) (*Transbus International Ltd*)

7. Literatuurlijst

Adriaanse e.a. 2004

J.A.A. Adriaanse, N.J.H. Huls, J.G. Kuijl, P. Vos, *Informele reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement* (rapport in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Veiligheid en Justitie), Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2004, www.wodc.nl (zoek op: *buitenwettelijk-traject-faillissementsrecht*).

Adriaanse, Kuijl & Moleveld 2007

J.A.A. Adriaanse, J.G. Kuijl, W.P. Moleveld, 'Nieuwe faillissementswetgeving redt bedrijven niet', *Tvl* 2007/30.

Adriaanse & Kuijl 2008

J.A.A. Adriaanse en J.G. Kuijl, 'Lijken in de kast, waarom turnarounds mislukken en doorstarts plaatsvinden : een bedrijfseconomische analyse', in: A.A. M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart* (INSOLAD Jaarboek 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 19-37.

Aerts 2007

W. Aerts, 'Het toezicht op de integriteit van de faillissementscurator', *Tvl* 2007/31.

Van Amsterdam 2004

A.M. van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Van Apeldoorn 2013

J.C. van Apeldoorn, 'Tears in the eyes on insolvency', (geschreven op 25 maart 2013) bijdrage aan: *Eyes on insolvency: Congres over de hervorming van het Nederlandse insolventierecht*, EYE Amsterdam, 18 april 2013, www.eyesoninsolvency.nl (zoek op: *Forum* - scrol naar beneden en klik op: p. 5, laatstelijk geraadpleegd op 3 januari 2014)

Van Apeldoorn 2012

J.C. van Apeldoorn, 'Pre-packs', *Tvl* 2012/17.

Van Apeldoorn 2011

J.C. van Apeldoorn, 'De ondernemende curator en het ontstaan van boedelschulden', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 3-15.

Van Apeldoorn 2009

J.C. van Apeldoorn, *Insolventieprocedures en Grondrechten* (diss. Tilburg UvT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Beekhoven van den Boezem 2008

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'De faillissementsprocedure wordt maatschappelijk relevant: hoera?', *Tvl* 2008/13.

Beke & Wolterman 2012

K. Beke & P. Wolterman, 'Verslag seminar 'De Nederlandse pre-pack - ready for take off?' 11 april te Amsterdam', *Tvl* 2012/31.

Beukelman 2001

A. Beukelman, 'De verhouding curator-rechter-commissaris in praktijk', *Tvl* 2001, p. 152 e.v.

Boerma 2013

F.H.E. Boerma, 'De deur gaat open', (geschreven op 12 april 2013) bijdrage aan: *Eyes on insolvency: Congres over de hervorming van het Nederlandse insolventierecht*, EYE Amsterdam, 18 april 2013, www.eyesoninsolvency.nl (zoek op: *Forum* - scrol naar beneden en klik op: p. 3, (zoek op: *Forum* - scrol naar beneden en klik op: p. 5, laatstelijk geraadpleegd op 3 januari 2014)

Boerma 2011

F.H.E. Boerma, 'Curator en toezicht op procedures', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 305-319.

Boerma 2008

F.H.E. Boerma, 'Doorstart vanuit het perspectief van de rechter-commissaris', in: A.A.M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart* (INSOLAD Jaarboek 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 179-192.

Boot 2013

G.C. Boot, 'Rembrandt, de pre-pack en het faillissementsrecht als uitlaatklep', *ArbeidsRecht* 2013/37.

Van Daal 2011

G.C. van Daal, 'De klompen van de curator: biedingen op de boedel', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 207-219.

Van Daal 2010

G.C. van Daal, 'Overeenkomst tot faillissementsaangifte? Rechtbank te Q 18 augustus 2010', *Tvl* 2010/36.

Declercq 2010

P.J.M. Declercq, 'Rechten van schuldeisers in andere stelsels: hoe kijkt men in het buitenland naar Nederland?', *Tvl* 2010/4.

Van Delden & Bauw 2004

A.H. van Delden en E. Bauw, 'Toezicht in faillissementen, een rechterlijke taak?', *Tvl* 2004/51.

Dulack 2011

H. Dulack, 'De ondernemende curator en het klacht- en tuchtrecht', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p.321-330.

Eikelenboom & Verbeek 2013

S. Eikelenboom en J. Verbeek, 'Stille bewindvoerder moet rust brengen in de directiekamer', *Het Financieele Dagblad* 17 oktober 2013, p. 14-15.

Eikelenboom, Kooiman & Verbeek 2013 (1)

S. Eikelenboom, J. Kooiman en J. Verbeek, 'Crisis dwingt rechter tot nieuwe aanpak bankroet: Rechters benoemen stille bewindvoerders buiten wet om', *Het Financieele Dagblad* 14 juni 2013, p. 1

Eikelenboom, Kooiman & Verbeek 2013 (2)

S. Eikelenboom, J. Kooiman en J. Verbeek, 'Optimisme na eerste ervaring met stille bewindvoerders', *Het Financieele Dagblad* 14 juni 2013, p. 2.

Van Elst 2008

S.M. van Elst, 'Doorstart en Intellectuele eigendom' in: A.A. M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart* (INSOLAD Jaarboek 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 111-133.

Engberts 2007

B.J. Engberts, 'De integere curator gezien vanuit de positie van de rechtbank en de rechter-commissaris', in: M.L.S. Kalff & R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 51-68.

Van der Feltz 1896

I.G.W. (Baron) van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van betaling*, Eerste deel, Haarlem: De Erven F. Bohn 1896.

Van Galen 2011

R.J. van Galen, 'Het belang van een gemotiveerde taxatie', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 231-237.

Grapperhaus 2008

F.B.J. Grapperhaus, 'Zin en onzin van de doorstart' in: A.A. M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart* (INSOLAD Jaarboek 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 99-109.

Harmsen 2008

C.M. Harmsen, 'Voorbereiden van de doorstart: hoever mag de ondernemer gaan?' in: A.A. M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart* (INSOLAD Jaarboek 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 67-80.

Harmsen e.a. 2007

C.M. Harmsen e.a.(red.), *Praktijkboek Insolventierecht 2. Lopende overeenkomsten en afkoelingsperiode*. Deventer: Kluwer 2007.

Van Hees 2013

J.J. van Hees, 'Het faillissement is dood, lang leve het faillissement', (geschreven op 15 april 2013) bijdrage aan: *Eyes on insolvency: Congres over de hervorming van het Nederlandse insolventierecht*, EYE Amsterdam, 18 april 2013, : www.eyesoninsolvency.nl (zoek op: Forum - scrol naar beneden en klik op: p. 3, laatstelijk geraadpleegd op 3 januari 2014).

Van Hees 2010

A. van Hees, 'Toezicht op de rechter-commissaris', *Tvl* 2010/25

Herstel & Schuurman 2012

J.C.A. Herstel en R.W.J.M. Schuurman, 'Gewijzigd collectief ontslagrecht: (ook) de curator op scherp!', *Tvl* 2012/22.

Huydecoper 2013

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

Huydecoper 2007

J.L.R.A. Huydecoper, 'Andere zwaarwegende belangen', in: M.L.S. Kalff & R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 1-13.

Janssen & Versteeg 2008

M.A.J.G. Janssen en R.J. Versteeg, 'Verkoop van vorderingen door een curator in het kader van een doorstart', in: A.A. M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart* (INSOLAD Jaarboek 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 135-160.

Jongepier & Hoogenboezem 2013

W.J.P. Jongepier en K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk (FIP)* 2013/6, p. 194-201.

Joossen 1998

E.P.M. Joossen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, (diss. Tilburg KUB), Tilburg: Schoordijk Instituut, Centre for Company Law 1998.

Kaptein 2012

F.J.L. Kaptein, 'Verslag van INSOLAD Workshop 'Aanpassing Faillissementswet'', *Tvl* 2012/19.

Kentie & Kloet 2013

B. Kentie en A. Kloet, 'Structurele hervorming van het insolventierecht: hemelbestormend? Verslag van het congres Eyes on Insolvency', *Tvl* 2013/29.

Kooiman 2012

J. Kooiman, 'Concurrentiepositie onder druk: Nederlands faillissementsrecht leidt ertoe dat bedrijven hoofdkantoor verplaatsen naar Verenigd Koninkrijk', *Het Financieele Dagblad*, 12 november 2012.

Kortmann e.a. (Commissie insolventierecht) 2007

S.C.J.J. Kortmann e.a. (Commissie insolventierecht), *Voorontwerp Insolventierecht*, www.wsnr.rvr.org (zoek op: *Voorontwerp Insolventierecht*), 2007.

Kortmann & Faber 1994

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet* (heruitgave Van der Feltz II) Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Koster 2013

H. Koster, 'Herstructurerings bij Insolventie: naar pre-pack plus!', *Tvl* 2013/7.

Lemstra & Van der Weide 2008

J.H. Lemstra en J.H. van der Weide, 'Kloeke Curatoren, een verkenning van aansprakelijkheidsrisico's voor curatoren in een doorstart', in: A.A. M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart* (INSOLAD Jaarboek 2008), Deventer: Kluwer 2008, p.161-178.

Loesberg 2013

E. Loesberg, 'Pre-pack in het nederlandse faillissementsrecht: Heiligt het doel de middelen?', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk (TvdO)* nummer 1, februari 2013.

Luttikhuis 2007

A.P.K. Luttikhuis, *Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht* (diss. Tilburg UvT), 2007.

Melissen 2011

W.A.H. Melissen, 'Toezicht op de ondernemende curator', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 291-303.

Melissen 2010

W.A.H. Melissen, 'Toestemming verzocht', in: R.J. van Galen, J.G. Princen, R. Mulder (red.), *De insolvente vennootschap* (INSOLAD Jaarboek 2010) Deventer: Kluwer 2010, p. 31-46.

Mulder 2007

R. Mulder, 'De curator in spagaat: balanceren tussen informatieverplichting, conflicterende belangen van derden, geheimhouding en privacy', in: M.L.S. Kalff & R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 85-98.

Van Oers 2008

M.H.M. van Oers, 'Fiscale mogelijkheden en belemmeringen bij een doorstart', in: A.A. M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart* (INSOLAD Jaarboek 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 81-98.

Olaerts 2008

M. Olaerts, 'Vennootschappelijke beleidsbepaling in 'zwaar weer'; enige beschouwingen omtrent zorgvuldige voorbereiding van een doorstart en de met de doorstart gepaard gaande aansprakelijkheidsrisico's', in: A.A. M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart* (INSOLAD Jaarboek 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 39-66.

Oosthout 1998

H.B. Oosthout, *'De doorstart van een insolvente onderneming; niks of Phoenix'*, Praktijkreeks insolventierecht, Deventer: Kluwer 1998

Ophof 1997

H.P.J. Ophof, 'Enige algemene beschouwingen over 'doorstart'', *TVVS* 1997 nr. 97/7, p. 199-201.

Polak 2011

N.J. Polak (bewerkt door M. Pannevis), *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Van der Pijl 2013

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

Princen & Van der Schee 2011

J.G. Princen en A. van der Schee, 'Interview met Rutger Schimmelpenninck over voortzetting van een onderneming in faillissement', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 277-288.

De Ranitz 1995

S.H. de Ranitz, 'Beroepsethiek in insolventieland', *Adv. Bl.*, 3 maart 1995, p. 98 e.v.

Rijlaarsdam 2013

B. Rijlaarsdam, 'Hij moest de zaak verkopen. Dat deed 'ie', *NRC Handelsblad* 2 juli 2013, p.21

Rood 1997

M.G. Rood, 'Doorstart' in sociaalrechtelijk perspectief', *TVVS* 1997 nr. 97/7, p. 202-203.

Santen & De Bos 2008

B.P.A. Santen en A. de Bos, 'Het economisch belang van een doorstart: een informele reorganisatie heeft verre de voorkeur', in: A.A. M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart* (INSOLAD Jaarboek 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 1- 18.

Santen & Buchmann 2011

B.P.A. Santen en Th. Buchmann, 'Waardemaximalisatie van de boedel', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 251-262.

Schaink 2013

P.R.W. Schaink, 'Misbruik van Faillissementsrecht: pro's en contra's', *ArbeidsRecht* 2013/39.

Schimmelpenninck 2008

R.J. Schimmelpenninck, 'Protocol oorzakenonderzoek voor complexe faillissementen', *Tvl* 2008/20.

Schimmelpenninck 1999

R.J. Schimmelpenninck, 'De rol van de rechter c.q. rechter-commissaris', in: S.C.J.J. Kortmann & T.H.D. Struycken (red.), *Privaatrecht in de 21^e eeuw, Hereijking van het Faillissementsrecht* (uitgave van het Ministerie van Justitie), Den Haag: Kluwer 1999.

Schreurs 2011

Ph.W. Schreurs, 'A Corporate Cloak; De bijzondere zorgplicht van de bestuurder ná faillissement', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 221-229.

I. Spinath 2007

I. Spinath, 'Een alternatief: het zuivere schuldeisersbelang', in: M.L.S. Kalff & R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 99-106.

Stadig 2007

J.E. Stadig, 'Beroepsethiek, kwaliteitsvoorschriften en toezicht', in: M.L.S. Kalff & R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 69-85.

Stadig 2005

J.E. Stadig, 'Toezicht op curatoren: een voorlopige balans', *Tvl* 2005/39.

Tekstra 2011

A.J. Tekstra, 'De voortzettende curator en diens fiscale ondernemerschap', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 91-106.

Van Thiel & Blees 2011

J.J.H.M. van Thiel en P. Blees, 'Bevindingen van adviseurs en taxateurs over ondernemende curatoren', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 239-249.

Tideman 2013

B. Tideman, 'Kritische kanttekeningen bij de pre-pack', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk (FIP)* 2013/6, p.190-193.

Timmermans 2011

J.H.S.G.K. Timmermans, 'De curator en het boedekrediet', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 61-76.

Tollenaar 2013 (1)

N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk (FIP)* 2013/6, p. 202-220.

Tollenaar 2013 (2)

N.W.A. Tollenaar, 'Nederland weer terug als financieel centrum! Een houtkoolschets voor hervorming, (bijgewerkte versie 7 mei 2013) bijdrage aan: *Eyes on insolvency: Congres over de hervorming van het Nederlandse insolventierecht*, EYE Amsterdam, 18 april 2013, www.eyesoninsolvency.nl (zoek op: Forum - scrol naar beneden en klik op: p.2, laatstelijk geraadpleegd op 3 januari 2014).

Tollenaar 2011

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

Tromp 2007

J.W.M. Tromp, 'Enkele opmerkingen over de toezichthoudende taak van de rechter-commissaris in faillissementen en de kantonrechter bij onderbewindstellingen', *TREMA* september 2007- Nr. 7.

Udo 1999

F.W. Udo, 'De bovenmeester spreekt', *Tvl* 1999/8.

Verbeek 2013

J. Verbeek, 'Onderzoek naar effect stille bewindvoerder', *Het Financieele Dagblad* 17 oktober 2013, p.13.

Verdoes, Adriaanse & Verweij 2012

T.L.M. Verdoes, J.A.A. Adriaanse & A.M. Verweij, 'Nieuwe economie: het faillissement van de wettelijke reorganisatieprocedure in zicht?', *Tvl* 2012/29.

Verstijlen 1998

F.M.J. Verstijlen, *De Faillissementscurator* (diss. Tilburg KUB), Deventer: Kluwer 1998.

Vriesendorp 2012

R.D. Vriesendorp, *Insolventierecht*, (versie 28 augustus 2012), Tilburg University Law School, 2012.

Vriesendorp 2010

R.D. Vriesendorp, 'De curator en de rechter: soms net (geen) egeltjes', *Tvl* 2010/12.

Vriesendorp 2009

R.D. Vriesendorp, 'Het dreigend failliet van het faillissement; redding geboden!', in: P. Essers e.a. (red.) *Met Recht*, (Liber Amicorum: Verzamelde opstellen over privaats- en fiscaalrechtelijk ondernemingsrecht aangeboden aan Theo Raaijmakers ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Universiteit van Tilburg) Deventer, Kluwer 2009, p. 557-568.

Vriesendorp 2007

R.D. Vriesendorp, 'De invloed van crediteuren op de aanstelling van een integere curator', in: M.L.S. Kalff & R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 41-50.

Vriesendorp 2005

R.D. Vriesendorp, 'Transparantie en zelfregulering: VIA Insolad naar VIS?', *Tvl* 2005/11.

Vriesendorp 2000

R.D. Vriesendorp, 'De rechter-commissaris bij insolventies', *Justitiële Verkenningen* 2000-2 jaargang 26.

Vriesendorp 1995

R.D. Vriesendorp, 'De R-C als trendvolger?', *Tvl* 1995/5.

De Weijs, Verwey & Melissen 2013

R.J. de Weijs, E.J.R. Verwey & W.A.H. Melissen, 'Verslag van INSOL Europe Annual Congress 2012', *Tvl* 2013/8.

Wessels 2013

B. Wessels, 'De moderne curator', bijdrage aan: *Eyes on insolvency: Congres over de hervorming van het Nederlandse insolventierecht*, EYE Amsterdam, 18 april 2013, <http://www.eyesoninsolvency.nl/wp-content/uploads/2013/03/De-moderne-curator-Bob-Wessels-maart-2013.pdf> (zoek op: *Forum* - scrol naar beneden en klik op: p. 6, laatstelijk geraadpleegd op 3 januari 2014).

Wessels 2011

B. Wessels, 'Verantwoorde ondernemingsvoortzetting in faillissement', in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator* (INSOLAD Lustrumbundel 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 17-36.

Wessels 2009

B.Wessels, *Insolventierechtelijke incidenten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Willems 2010

M.A.L.M. Willems, 'Eerste maatregelen van de curator' in: H. De Coninck-Smolders e.a. (red.), *Praktijkboek Insolventierecht deel 1; Faillietverklaring, curator en r-c*, Deventer: Kluwer 2010, (hoofdstuk 3) p. 74-101.

Winter 1997

J.W. Winter, 'Doorstart, waarheen?', *TVVS* 1997 nr. 97/7, p. 208-214.

Wolfs 2010

A.J. Wolfs, 'De rol van de rechter-commissaris' in: De Coninck-Smolders e.a. (red.), *Praktijkboek Insolventierecht deel 1; Faillietverklaring, curator en r-c*, Deventer: Kluwer 2010, (hoofdstuk 5) p. 147-159.

Zaal 2013

I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40.

Van Zanten 2013

M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47.

8. Bijlagen

Bijlage 8.1. Stroomschema pre-pack

8.1.1. Voorfase pre-pack

Voorafgaande goedkeuring

- Op grond van wet voor eigen aangifte:
 - artt. 2:136/246 BW (toestemming AVA)
 - artt. 2:164/274 lid 1 aanhef en onder i BW (goedkeuring RvC in geval van structuurvennootschap)
 - art. 2:107 a BW (toestemming AVA bij belangrijke verandering van identiteit of karakter)
- Eventueel op grond van statuut



Tijdig aanvragen pre-pack

- Tijd nodig om voorbereidingen te treffen i.v.m. voorkomen 'selffulfilling prophecy'
- Tijdsige betrokkenheid van toekomstige curator bij voorbereidingen
- Voldoende financiële ruimte i.v.m. voortzetting onderneming blijkend uit:
 - actuele financiële gegevens (jaarrekeningen, kwartaalrapportages, balans, winst- & verliesrekening)
 - liquiditeitsprognose



Marginale toets rechtbank

- Criterium: aannemelijk zijn dat schuldenaar op korte termijn in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen (art. 1 lid 1 jo art. 6 lid 3 FW). Check voldoende financiële ruimte.
- Overzicht in te dienen stukken zie bijlage: 8.4.
- Aanwijzing toekomstige curator (en R-C):
 - Juiste ervaring
 - Onafhankelijk en onbevooroordeeld (SIP 16)



Inventarisatiefase

8.1.2. Inventarisatiefase

Aanwijzing toekomstige curator & toekomstige R-C

Huidige situatie: Op grond van modelovereenkomst (via rechtbank downloaden): ondertekenen en kopie (R-C)
 Voorontwerp WCO I: Op grond van beschikking rechtbank

Inhoud:

- doel
- rol toekomstige curator (SIP 16)
- rol onderneming
- aansprakelijkheden
- in stilte/onder geheimhouding
- kostenverantwoording & honorarium toekomstige curator
- gronden tot beëindiging overeenkomst

Evt. gestelde voorwaarden:

- gestelde termijn
- waardebeoordeling onafhankelijk deskundige
- verdere of betere uitwerking plan van aanpak
- marketingonderzoek, benadering koper(s)

Onderzoek gang van zaken binnen onderneming door toekomstige curator

Zie bijlage 8.5. Overzicht onderdelen opgenomen onderzoeksverslag (bespreken met bestuur & kopie R-C):

- Onderzoek naar fin. problematiek m.b.t. levensvatbaarheid onderneming
- Onderzoek levensvatbaarheid onderneming
- Alternatieven voor handen
- Beoordeling plan van aanpak (kosten & opbrengsten v.s. openstaande vorderingen, beoordeling liquidatieplan & ondernemingsplan, waardebeoordeling van activa evt. m.b.v. taxatie /due diligence, evt. m.b.v. deskundige)
 - Verkregen toegang tot informatie (evt. belemmeringen)
 - Informatiebronnen (evt. bankdossier, administratie, evt. gesprekken met personeel op sleutelpositie)
 - Informatie analyse (onderbouwing & prognose, evt. m.b.v. deskundige, levensvatbaarheid, pre-pack juiste instrument, alternatieven? SIP16)
 - Vaststellen belangrijkste schuldeisers
 - Verantwoording honorarium & kosten van onderzoek

Eventuele bijstelling plan van aanpak.

Kan bestuur zich niet in verslag vinden, dan bemiddeling door R-C, anders verzoek ontheffing taken toekomstige curator door rechtbank, evt. benoeming opvolgende toekomstige curator.



Onderhandelingsfase

8.1.3. Onderhandelingsfase

Op basis van (evt aangepast) plan van aanpak (kopie R-C)

Formuleren uitgangspunten onderhandelingen:

- Welke schuldeiser(s) bij onderhandelingen en afstemming plan van aanpak (SIP 16)
- Gekozen optie en evt. mogelijk alternatief: juridische-, economische-, fiscale- & financiële gevolgen, onderbouwing (belangenafweging) & prognose(s) (SIP 16)
- Wijze van verkoop (onderbouwing keuze onderhands of biedingsprocedure)
 - Marketingonderzoek: selectieve 'stille' benadering potentiële kopers (SIP 16)
 - Beleid biedingsprocedure -uitgangspunten/communicatie deelnemers/geheimhouding-
 - Prijsstelling op basis van waardebepaling (SIP 16) factoren van invloed zijn o.a.:
 - ✓ Behoud van arbeid (SIP 16)
 - ✓ Verstrekte garanties (SIP 16)
 - ✓ Kosten sterfhuis?
 - ✓ Einde van bestaande contracten
 - ✓ Ongewisse waarderingsfactoren
- Onderhandelingsruimte

Verslag verloop van onderhandelingen (vertrouwelijk kopie naar R-C)

Uitkomst en proces op hoofdlijnen:

- Hoeveel partijen
- Wat waarom wel/niet haalbaar gebleken
- Gemaakte belangenafwegingen

Afronding onderhandelingen, pre-pack (kopie R-C)

Mogelijkheden om uitgangspunten vast te leggen, zoals:

- Intentieverklaring
- Afspraak dat bod onherroepelijk is (met evt. financieringsvoorbehoud) en de toekomstige curator na faillietverklaring op evt. hoger uitgebracht bod mag ingaan
- Bank verkoopt pandrechten tegen vrijwaring en toekomstige curator heeft een optierecht tot verkoop

↓
uitvoeringsfase

8.1.4. Uitvoeringsfase

Verzoek eigen aanvraag faillissement: marginale toets faillissement

- Stukken op grond van art. 1.2.2.6. Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken
- Verzoek tot aanwijzing met bijbehorende stukken
- Actueel overzicht financiële situatie onderneming

Bijgevoegde stukken ten behoeve van vlotte afhandeling:

- Plan van aanpak
- Verslag verloop onderhandelingen (vertrouwelijk naar toekomstige curator & R-C)

In te leveren stukken toekomstige curator:

- Eindverslag toekomstige curator: zie bijlage 8.6 Onderdelen van eindverslag
- Overzicht van kostenverantwoording toekomstig curator (geprognosticeerd vs. gerealiseerd) en overzicht reeds voldaan/nog openstaande kosten



Faillietverklaring ex art. 1 lid 1 jo art. 6 lid 3 FW

- Benoeming toekomstige curator tot curator
- Benoeming toekomstige R-C tot R-C
- Verzoek afkoelingsperiode ex art. 63 a e.v. FW
- Publicatie ex art. 14 lid 3 FW en opname CIR



Pre-pack acties in faillissement:

Inrichting 'dataroom' m.b.t. faillissement onderneming = kosteloze digitale inzage (bij griffie):

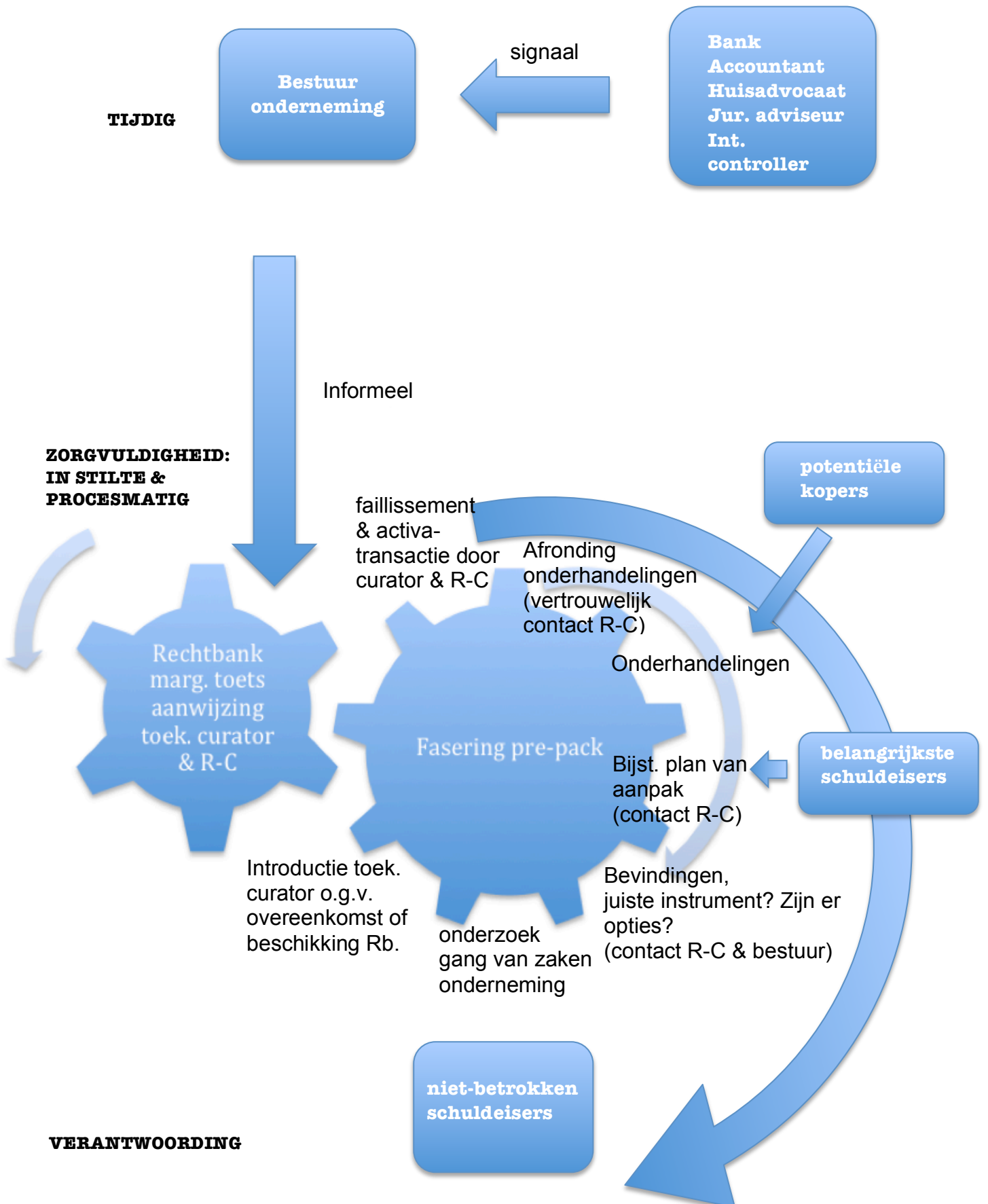
- Eindverslag toekomstige curator
- Wijzen op mogelijkheden tot gebruikmaking van:
 - verzet ex art. 10 lid 1 FW
 - beroep tegen handeling curator, of bevel uitlokken tot verrichten of nalaten van een handeling door curator ex art. 69 lid 1 FW
 - verzoek aan rechtbank tot vormen voorlopige schuldeiserscommissie ex art. 74 lid 1 FW
 - verzoek aan R-C houden schuldeisersvergadering (mits voldaan 1/5^e criterium) ex art. 84 lid 1 FW
- Eerste faillissementsverslag met verantwoording activatransactie (SIP 16) ex artt. 94-96 FW
- Drie maanden faillissementsverslag ex art. 73 a FW

Bijlage 8.2. Verantwoordingsmatrix

Aanwijzing toekomstige curator en R-C	Neijt (18 juni 2013)	Boerma (27 juni 2013)	Melissen (30 juli 2013)	Tollenaar (26 augustus 2013)
	Dat toepassing van de pre-pack procedure geen wettelijke grondslag heeft, hoeft geen belemmering voor toepassing ervan te zijn. Verwijzing naar rechtspraak. Benoeming kan grondslag vinden in toepassing art. 194 Rv. Art. 14 lid 1/art. 223a FW vormen geen grondslag voor de benoeming.	Aanwijzing heeft voornamelijk informele grondslag, rechtbank stelt zich in dat geval flexibel op. Art. 14 lid 1/art. 223a FW vormen geen grondslag voor de benoeming.	Is er een 'formele route'? Benoeming van gerechtelijk insolventiespecialist op grondslag art. 194 Rv 'kan' uitkomst van zoeken naar wettelijke grondslag voor pre-pack onderzoek zijn. Afwijzing van deze grondslag maakt rechtbank niet minder flexibel. Art. 14 lid 1/art. 223a FW vormen geen grondslag voor de benoeming.	Terecht opgemerkt dat specifieke ervaring van de toekomstige curator van belang is voor toepassing pre-pack als succesvol instrument.
Inventariastiefase	Neijt (18 juni 2013)	Boerma (27 juni 2013)	Melissen (30 juli 2013)	Tollenaar (26 augustus 2013)
Overeenkomst toekomstige curator	Geen opmerkingen.	Geen opmerkingen.	Geen opmerkingen.	Voorstander van beknopte versie.
★ Rol van de toekomstige curator	Geen opmerkingen.	Geen opmerkingen.	Geen opmerkingen.	Rol toekomstige curator is in huidige pre-packpraktijk veel lijdelijker: 'fly on the wall' kijkt of voorbereidingen wel lopen in belang schuldeisers, inhoudelijk weinig bemoeienis 'zoemt er af en toe wel even tussen door'.
★ Toegang tot informatie	Geen getuigenverhoor in formele zin (art 66 lid 1/223b lid 1 FW), 'horen' heeft informele basis.	Geen opmerkingen.	Geen opmerkingen.	Van belang om zich beeld te vormen van waarde activa en of financiële positie voldoende is voor toepassing pre-pack instrument.
★ Kosten vs realisatie	Geen opmerkingen.	Geen opmerkingen.	Geen opmerkingen.	Geen opmerkingen.
Onderzoek gang van zaken binnen onderneming	Tip: geef andere benaming dan 'oorzakenonderzoek', dit hoort bij formele procedure thuis.	Tip: geef inschatting van duur.	Geen opmerkingen.	Afhankelijk van situatie inschakeling van corporate governancespecialist.
★ Rapportage/verslag van onderzoek				Het is eerder verslaglegging.
★ Bevindingen toekomstige curator: Pre-pack juiste instrument? Zijn er opties/alternatieven?	Rapportage fin. pos en opties/alternatieven mogen voor R-C in één document.	Rapportage fin. pos en opties samenvoegen: efficiënter.	Onderdelen zijn goed: 'Formaliseren' biedt houvast en 'dwingt' tot professioneel handelen.	Toekomstige curator in praktijk betrokken na- of bij afronding onderhandelingen. Gaat dan om check of deal juridisch haalbaar is in ogen van 'curator'. Voorstander van eerdere betrokkenheid zodat er kan worden nagegaan of er nog een andere optie open ligt.
Reactie van het bestuur van onderneming	Geen overeenstemming einde pre-packprocedure: evaluatie en evt. herbenoeming geen analoge toepassing van artt. 73 lid1/224 lid 2 FW: heeft informele basis.	Geen overeenstemming einde pre-pack procedure: evaluatie en evt. herbenoeming geen analoge toepassing van artt. 73 lid1/224 lid 2 FW: heeft informele basis.	Geen opmerkingen.	Bestuur kan met alternatieven komen, maar in huidige praktijk is vaak weinig te kiezen doordat water aan lippen staat.

Onderhandelingsfase	Neijt (18 juni 2013)	Boerma (27 juni 2013)	Melissen (30 juli 2013)	Tollenaar (26 augustus 2013)
Plan van aanpak	Draait in essentie om juiste belangenafweging en in deze fase.	Transparantie belangrijk van toekomstige curator naar R-C, hij dient op de hoogte te zijn van waar onderhandelingsruimte zit en wat de waarderingsfactoren zijn.	Handelt toekomstige curator alleen in gezamenlijk belang van schuldeisers of onder omstandigheden alleen in belang van 'in the money' schuldeisers?	Ja, indien betrokken bij onderhandelingen.
Verslag verloop onderhandelingen	Geen opmerkingen.	Geen opmerkingen.	Geen opmerkingen.	Geen opmerkingen.
Het bereiken van overeenstemming over de voorgenomen verkoop (pre-pack)	Geen opmerkingen.	Tip: geef inschatting van duur onderhandelingsfase.	Tip: Maak goed onderscheid tussen rol onderneming en toekomstige curator: wie doet wat? Onderdelen zijn goed, maakt deel uit van 'professioneel handelen'.	Er is geen sprake van een voorlopige overeenkomst, gemaakte afspraken worden niet op deze wijze ondertekend i.v.m. overnameplicht ex art. 7:663 BW. Mogelijkheden zijn: intentieverklaring/ onherroepelijk aanbod x dagen na faillissement/bank verkoopt tegen vrijwaring pandrecht en verplicht zich middels voor- overeenkomst tot instemming bod, optierecht voor toekomstig curator tot verkoop.
Uitvoeringsfase	Neijt (18 juni 2013)	Boerma (27 juni 2013)	Melissen (30 juli 2013)	Tollenaar (26 augustus 2013)
Faillissement	Indienen stukken rechtbank kan niet meer na aanvraag faillissement. Vertrouwensrelatie R-C en toekomstige curator beïnvloedt mate van formalisatie (dwz toezending stukken).	Faillietverklaring is marginale toetsing, hiervoor geen extra stukken nodig, pre-pack stukken bedoeld als onderdeel verantwoordelijkheid naar schuldeisers. Toegang dataroom past goed in programma doelstelling 'KEI'.	Wat is totale duur tot uitvoeringsfase? Geen hoger beroep tegen beschikking R-C toestemming onderhandse verkoop, licht rol art. 69 FW na totstandkoming verkoop toe. Geen verificatie als er te weinig in boedel zit voor concurrente schuldeisers: hoe toegang tot dataroom?	Tip: simplificeer stroomschema. Maak het toepasbaar als vorm van brochure voor rechtbanken en bijvoorbeeld Kamers van Koophandel.

Bijlage 8.3. Pre-pack mechanisme



Bijlage 8.4. Overzicht stukken bij verzoekschrift tot aanwijzing toekomstige curator

1	Verzoekschrift
	* reden verzoek pre-pack & verwachte datum van eigen aangifte
2	Stukken op grond van artikel 1.2.2.6. Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken
3	Liquiditeitsprognose vanaf datum verzoek tot aanvraag faillissement
4	Plan van aanpak:
	* onderbouwing waarom pre-pack juiste instrument
	* waarom alternatieve oplossingen niet haalbaar gebleken en op welke gronden
	* liquidatieplan:
	-welke onderdelen liquideren
	-onderbouwing waarom
	-verzoek curator wat nodig voor vlotte afwikkeling
	* ondernemingsplan:
	-onderbouwing welk deel geschikt voor doorstart
	-strategisch plan
	-marketingplan (incl. reële prognoses)
	# marketinginspanningen:
	-- voorgenomen plan onderhandse verkoop of 'stil' biedingsproces & globale inrichting
	-- is marketingonderzoek verricht & onderbouwing
	-financieringsplan (incl. fiscale gevolgen en reële prognoses)
	-personeelsplan met aandacht voor:
	# betrokkenheid OR
	# communicatieplan: ontslag personeel & overgang van personeel
	# te verwachten ontwikkelingen personeelsbestand van doorstarten onderneming
5	verklaring of binnen 24 maanden voorafgaand aan dit verzoek een activatransactie heeft plaatsgevonden
	* datum activatransactie (vermelden indien sprake van doorstart)
	* lijst van activa
	* verkoopprijs en verhouding tot waardering en waarderingsgrondslag
	* koper en relatie koper tot verkopende vennootschap
	* verkoopvoorwaarden en betalingsvoorwaarden
6	Verzoek verklaring onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat curator overgaat tot effectuering van de activatransactie
7	Verzoek verklaring van niet-paulianeus handelen geldig tot faillietverklaring, ten aanzien van:
	* handelingen verricht t.b.v. normale bedrijfsvoering
	* handelingen verricht t.b.v. aflossing van schulden

Bijlage 8.5. Overzicht onderdelen opgenomen in onderzoeksverslag toekomstige curator

1	oorzaken financiële problematiek in relatie tot voort te zetten bedrijfs onderdeel met aandacht voor:
	* kwaliteit management
	* kostenpatroon
	* kwaliteit managementinformatiesysteem
2	uitkomst onderzoek levensvatbaarheid
	* customer value
	* marktcondities
	* concurrentie
	* invloed schuldeisers op levensvatbaarheid
	* waardebeoordeling door te starten activa:
	- waarderingsgrondslag (wijze van totstandkoming) en waardering zelf
	- achterliggende reden voor de waardering
	- overzicht op grond waarvan de waardering is overgenomen
	- door wie uitgevoerd & verklaring dat uitvoerder waardering onafhankelijk heeft uitgevoerd
	# aandacht/specificatie op goodwill, handelsnaam
	# aandacht/specificatie eventuele andere intellectuele eigendomsrechten:
	-- octrooirechten
	-- merkenrechten
	-- auteursrechten
3	vermelden of er sprake is van eerdere doorstart/activatransactie
	langer dan 24 maanden geleden oordeel toekomstige curator: in belang van schuldeisers
	om hernieuwde activatransactie te laten plaatsvinden; indien ja: onderbouwing
4	welke alternatieven waren voorhanden naar mening toekomstige curator
	waarom niet haalbaar gebleken
5	verkregen toegang tot informatie & welke bronnen geraadpleegd

Bijlage 8.6. Onderdelen van eindverslag toekomstige curator inzake de pre-pack

1.	Verslag onderzoek toekomstige curator oorzaken financiële problematiek met aandacht voor:
	* kwaliteit management
	* kostenpatroon
	* kwaliteit management-informatiesysteem
2.	Uitkomst onderzoek levensvatbaarheid met aandacht voor:
	* customer value * concurrentie
	* marktcondities * invloed van schuldeisers op levensvatbaarheid
	*vermelden of er sprake is van eerdere doorstart (indien langer dan 24 maanden voorafgaand aan pre-pack, ter beoordeling van toekomstige curator in belang van schuldeisers d.m.v. afgeven verklaring)
3.	Vermelden of alternatieven voor handen waren:
	*waarom niet haalbaar gebleken, onderbouwen & welke bronnen geraadpleegd & welke informatiebron
4.	Gronden voor pre-pack en uitwerking plan van aanpak: haalbaarheid toetsen.
	*kosten & opbrengsten van pre-pack in relatie tot openstaande vorderingen
	*beoordeling liquidatieplan
	*kopie van verklaring welke voorbereidingen nodig voor vlotte afwikkeling & verklaring voldaan
	*beoordeling ondernemingsplan op:
	- strategisch plan
	- marketingplan (incl. reële prognoses)
	- financieringsplan (incl. fiscale gevolgen en reële prognoses)
	- personeelsplan met aandacht voor:
	# betrokkenheid OR
	# communicatie plan: ontslag personeel & overgang personeel & uitkomst overleg met koper
	# te verwachten ontwikkelingen personeelsbestand van doorstartende onderneming
	*waardebepaling van door te starten activa
	- waarderingsgrondslag (wijze van totstandkoming) en waardering zelf
	- achterliggende reden voor de waardering (& na verkoop verhouding tot bedongen verkoopprijs)
	- overzicht op grond waarvan de waardering is overgenomen
	- door wie uitgevoerd & verklaring dat uitvoerder waardering onafhankelijk heeft uitgevoerd
	# aandacht/ specificatie op goodwill, handelsnaam
	# aandacht/specificatie eventuele andere intellectuele eigendomsrechten:
	-- octrooirechten
	-- merkenrechten
	-- auteursrechten
5.	Welke inspanningen verricht inzake overleg met belangrijkste schuldeisers en uitkomst overleg
6.	Marketinginspanningen:
	*onderbouwing keuze onderhandse verkoop of 'stil' biedingsproces en globale inrichting
	*is marketingonderzoek verricht & onderbouwing
7.	Is mogelijkheid tegentaxatie/due diligence onderzoek geboden & onderbouwen.
8.	Kopie van verklaring van niet-paulianeus handelen geldig tot faillietverklaring, ten aanzien van:
	*handelingen verricht t.b.v. normale bedrijfsvoering & liquiditeitsprognose versus realisatie
	*handelingen verricht t.b.v. aflossing van schulden
9.	Kopie van verklaring onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat curator overgaat tot effectuering activatransactie & verklaring voldaan aan voorwaarden
10.	Verklaring toekomstige curator activatransactie draagt bij aan statutaire doel doorstartende vennootschap
11.	Overzicht gemaakte kosten toekomstige curator in relatie tot prognose

Bijlage 8.7. Publicatieanalyse: de introductie van de pre-pack in Nederland

Toelichting: Deze analyse is gemaakt om de introductie van de pre-pack in Nederland in kaart te brengen en dient als achtergrond voor deze bijdrage. De publicatieanalyse is gebaseerd op algemeen toegankelijke publicaties en is niet volledig. De analyse is gemaakt tot en met het moment van de introductie van het Voorontwerp WCO I.

Publicatie: 22-02-2011

Eerste toepassing pre-pack in Nederland: **Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011/375.**¹⁹¹
 Publicatiedatum arrest: 12 december 2011. Na aanvraag tot faillietverklaring door de schuldeiser wordt een toekomstig curator benoemd op grond van art 194 Rv. Hij krijgt tot taak om na te gaan of er mogelijkheden liggen om de onderneming buiten faillissement voort te zetten, al dan niet in de huidige vorm, en onderzoek te doen naar de feiten en omstandigheden die van belang zijn bij de beoordeling of aan het vereiste criterium voor faillietverklaring wordt voldaan.¹⁹² Mocht een faillissement onafwendbaar zijn, dan kan een verkoop worden voorbereid zodat direct na faillissement de verkoop kan plaatsvinden. Van Hees (annotator, als professor verbonden aan de Radbouduniversiteit Nijmegen, Faculteit rechtsgeleerdheid op het gebied van Financiering, Zekerheden en Insolventie en werkzaam bij RESOR: een advocatenkantoor gespecialiseerd in 'banking, ondernemingsrecht en insolventierecht; nationaal en internationaal werkzaam) geeft aan dat hiermee invulling aan een behoefte gegeven wordt waaraan in de praktijk al lang naar wordt uitgekeken.¹⁹³

Publicatie: 18-07-2011

Er volgt een oproep van **Tollenaar** in het Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl 2011/23).¹⁹⁴ (Tollenaar is werkzaam bij RESOR) Tollenaar pleit voor een informele toepassing van de pre-pack door informele aanwijzing van een 'toekomstige' curator bij een conceptaanvraag (eigen aangifte) tot faillietverklaring of concept-verzoek tot verlening surseance van betaling, zonder dat hier een wetswijziging voor nodig is. Alvorens in te gaan op de pre-pack schetst Tollenaar de verschillen tussen een akkoord en de activatransactie en geeft aan dat bij financiële nood de activatransactie eigenlijk de resterende optie is. Vervolgens staat hij stil bij de activatransactie zoals deze in de VS en in het Verenigd Koninkrijk plaatsvindt. In Nederland is het met een 'going concern' verkoop uit faillissement vrijwel onmogelijk om activa voor een marktconforme prijs te verkopen. De waarde schommelt tussen liquidatiewaarde en onderhandse verkoopwaarde. Dit is grotendeels te wijten aan gebrekkige

¹⁹¹ Rb 's-Hertogenbosch, 22 februari 2011, JOR 2011/375, m. nt. J. J. van Hees.

¹⁹² Rb 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011/375, r.o. 3.1, m. nt. J.J. van Hees.

¹⁹³ Rb 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011/375, m. nt. J.J. van Hees, onder 6.

¹⁹⁴ Tollenaar 2011.

informatievoorziening, beperkte onderhandelingsalternatieven en desintegratieschade als gevolg van het faillissement.

Toepassing van de pre-pack zoals deze in het Verenigd Koninkrijk plaatsvindt, biedt een aantal voordelen: Door geheimhouding is er tijd voor behoorlijke informatie verschaffing door de toekomstige curator, waardoor goed onderzoek kan worden gedaan en een goed ingericht verkoopproces kan worden opgetuigd. Hierdoor ontstaat een betere onderhandelingspositie. De onderneming kan direct na faillissement worden voort gezet met een betere kans tot maximaal behoud van waarde en werkgelegenheid. Ten opzichte van het Verenigd Koninkrijk levert de Nederlandse pre-pack het voordeel op dat er tussen de toekomstige curator en de bestuurders en/of zekerheidsgerechtigden geen belangenconflict bestaat, door zijn onafhankelijke positie. In Nederland is er bovendien rechtelijk toezicht doordat de verkoop de instemming van de R-C behoeft na faillissement. Doordat de R-C informeel bij de voorbereidingen betrokken is, kan direct na faillietverklaring toestemming verleend worden, zonder dat dit vertraging met zich mee brengt. Daarbij voorkomt dit 'toezicht' fouten of gevallen van misbruik. De R-C kan bovendien toezien op een betere kwalitatieve informatieverstrekking door de toekomstige curator. Tot slot geldt in Nederland bij verkoop uit faillissement geen verplichtingen die voortkomen uit overgang van onderneming. In het Verenigd Koninkrijk is dit wel het geval. Verplichtingen die voortkomen uit het voortzetten van de onderneming voor faillissement, zijn bij de voorbereidingen van een pre-pack niet als paulianeus aan te merken, doordat zij geacht worden de boedel te dienen. Daarbij is bedrijfsvoortzetting er op gericht om een hogere verkoopopbrengst te genereren. In Nederland zijn alle facetten voorhanden om de pre-pack tot een succesvol herstructureringsinstrument te maken, en er is geen wetswijziging voor nodig. Vandaar de oproep aan de rechters van Nederland om langs deze weg het faillissementsrecht te moderniseren.

Publicatie: Najaar 2011

Melissen (toenmalig voorzitter Recofa), publiceert in INSOLAD Lustrumbundel 2011 (*De ondernemende curator*) het artikel: 'Toezicht op de ondernemende curator' (p. 291-303).¹⁹⁵ Melissen geeft aan dat Rechtbank Amsterdam experimenteert met de (informele) toepassing, maar nog veel onduidelijk is:

- taken en bevoegdheden van de toekomstig curator;
- behoefte aan een richtlijn voor tijd tot start formele procedure;
- de vraag omtrent verslagleggingsplicht van toekomstig curator;
- de vraag omtrent toezicht van de R-C op diens handelen;
- toepassing pre-pack in surseance lijkt lastig i.v.m. akkoord dat alleen concurrente schuldeisers bindt.

¹⁹⁵ Melissen 2011, p. 301-303.

Publicatie: 11-04-2012

RESOR organiseert in samenwerking met PwC en ABN-AMRO een seminar: 'De Nederlandse pre-pack – ready for take off?'¹⁹⁶ Een verslag hiervan wordt gepubliceerd in het Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl 2012/31). Aanwezig zijn o.a. Melissen, Boerma (lid bestuur Recofa) en Huydecoper (advocaat-generaal bij de Hoge Raad). Huydecoper betoogt op persoonlijke titel dat toepassing van een pre-packconstructie toelaatbaar is en zelfs maatschappelijk wenselijk. Hij wijst er hierbij op dat wanneer men besluit dit instrument tot behoud van ondernemingen toe te passen, het raadzaam is dit veel te doen en goed. Tijdens dit congres wordt gediscussieerd over de mogelijke belemmeringen (aansprakelijkheidsrisico's) en de nog openstaande vragen. Op welk moment zou de toekomstige curator moeten worden ingezet? Op welke wijze wordt hij aangewezen/ benoemd? Welke eisen stelt de rechtbank aan het verzoek tot aanwijzing of benoeming? Er lijken twee 'routes' te zijn: een formele benoeming en informele aanwijzing. Wat zijn nu precies de taken en bevoegdheden van de toekomstige curator tot het moment van faillietverklaring? Onder welke voorwaarden zou de pre-pack moeten worden toegepast? Hierbij kan men onder andere denken aan: verantwoording van schuldeisers, beoordeling van de transactie door de R-C en de curator. Men tracht antwoorden op deze vragen te vinden aan de hand van de ervaringen die in het Verenigd Koninkrijk zijn opgedaan.

Publicatie: 18-04 2012

INSOLAD organiseert een **workshop 'Aanpassing Faillissementswet'**.¹⁹⁷ In het Tijdschrift voor Insolventierecht wordt een verslag gepubliceerd (Tvl 2012/19), waaruit blijkt dat door het bestuur van INSOLAD een commissie is samengesteld die zich binnen INSOLAD gaat bezighouden met voorstellen tot verbetering van de Faillissementswet. De Minister van Veiligheid en Justitie had hiertoe bij brief van 7 januari 2011 INSOLAD uitgenodigd om met voorstellen te komen. Deze commissie bestaat uit (J.J.) Van Hees (RESOR), I. Spinath en R.J.van Galen. Tijdens deze workshop wordt de mogelijkheid van een akkoord buiten insolventie als mogelijke vernieuwing besproken die begeleid zal gaan worden door een 'Gerechtelijk Insolventieadviseur'. In deze context wordt eveneens de mogelijkheid tot toepassing van de pre-pack besproken.

Publicatie: 12 juni 2012

Van Apeldoorn wijst op een tweetal risico's bij de toepassing van de pre-pack in een artikel in het Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl/17).¹⁹⁸ De kans op belangenverstremgeling van de toekomstig curator bij zijn latere inzet als curator is naar zijn mening bijna onvermijdelijk. De toekomstig curator raakt namelijk vanuit zijn belang een pre-pack te realiseren, betrokken bij de bedrijfsvoering. Ten tweede wijst hij op een gebrek aan transparantie in de voorbereidende fase.

¹⁹⁶ Beke & Wolterman 2012.

¹⁹⁷ Kaptein 2012.

¹⁹⁸ Van Apeldoorn 2012.

Publicatie: 12-11-2012

Het Financieele Dagblad (correspondent J. Kooiman)¹⁹⁹ geeft aan dat de concurrentiepositie van het Nederlandse bedrijfsleven onder druk komt te staan en indien er niets verandert aan de Faillissementswet, de bovenkant van de markt zal proberen de financiering te regelen naar Brits recht. De Nederlandse pre-pack en een akkoord buiten insolventie worden als mogelijke oplossingen naar voren geschoven.

Publicatie: 28-11-2012

De rechtbank Maastricht geeft aan dat wanneer uit de eigen aangifte tot faillissement genoegzaam blijkt dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden met betalen, de rechtbank direct over gaat tot faillietverklaring. Het ('formele') verzoek een deskundige te benoemen om de mogelijkheden van een doorstart te onderzoeken (middels toepassing van de 'figuur pre-pack') vindt geen steun in de wet, aldus de rechtbank in haar uitspraak van 28 november 2012, *JOR* 2013/63, r.o. 2.1, m.nt. J.J. van Hees (RESOR). Van Hees constateert naar aanleiding van deze uitspraak dat een verzoek tot benoeming van een toekomstig curator als deskundige door rechters verschillend wordt beoordeeld. Dit kan leiden tot 'forumshopping', al dan niet door middel van voorafgaande zetelverplaatsing, zodat een verzoek aldaar meer kans van slagen heeft, het geen onwenselijk is.²⁰⁰ Hij verwijst hierbij naar de eerdere uitspraken van: de rechtbank 's-Hertogenbosch van 22 februari 2011, *JOR* 2011/375 en de latere uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 4 juli 2012, *JOR* 2013/26 m.nt. W.J.M. van Andel. Ook voor een informeel verzoek dreigt het zelfde risico, aldus Van Hees.²⁰¹ Fijntjes wijst hij erop dat de Minister van Veiligheid en Justitie inzake de Interventiewet er hier *wel* vanuit gaat dat voorafgaand aan een overdrachtsregeling, noodregeling of faillissement de Nederlandse Bank informeel contact heeft met de rechtbank zodat overdracht van (onderdelen) van de bank direct daarna kan plaatsvinden.²⁰²

Publicatie: 03-01-2013

Huydecoper geeft in het Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl 2013/5) een toelichting op zijn eerder ingenomen standpunt tijdens het seminar in april 2012.²⁰³ Er zijn geen onoverkomelijke bezwaren voor toepassing van de pre-pack naar zijn mening. Van belang is dat de toekomstige curator door de rechtbank wordt aangewezen en dat de bestuurders en andere betrokken, die van dit instrument gebruik wensen te maken, dit vooraf serieus dienen te onderzoeken. Laten zij dit na, dan zou dit een grond kunnen opleveren voor verwijt van plichtsverzuim. Er speelt voor succesvolle werking met de pre-pack een 'kip-en-ei probleem': de noodzakelijke vertrouwdeheid ontstaat pas door het toe te passen, terwijl deze vertrouwdeheid er eigenlijk al zou moeten zijn.

¹⁹⁹ Kooiman 2012.

²⁰⁰ Rb Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2013/63, m.nt. J.J. van Hees, onder 2.5.

²⁰¹ Rb Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2013/63, m.nt. J.J. van Hees, onder 2.6.

²⁰² Rb Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2013/63, m.nt. J.J. van Hees, onder 2.7.

²⁰³ Huydecoper 2013.

Publicatie: 03-01-2013

Koster (universitair docent ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam) komt met een variant op de pre-pack: de pre-pack plus. In het Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl 2013/7)²⁰⁴ licht hij toe dat zodra de pre-pack tot stand komt in faillissement, de activatransactie middels een juridische splitsing zou kunnen worden uitgevoerd. Hiervoor is echter wel op een aantal punten een wetwijziging nodig van art. 2:334t BW.

Publicatie: Februari 2013

Loesberg (senior rechter van de rechtbank Oost-Brabant) meldt in het Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtspraktijk,²⁰⁵ dat de pre-pack naar zijn mening mogelijk en wenselijk is. Hij wijst wel op een aantal risico's bij toepassing. Het risico is aanwezig naar dat er maar een beperkt aantal bieders is waardoor er geen optimale prijs tot stand komt. Bovendien dient de toekomstige curator ervoor te waken geen verlengstuk van de schuldenaar te worden, maar het gezamenlijk schuldeisersbelang voor ogen te houden. Hij dient zijn rol onafhankelijk te vervullen en op de achtergrond te blijven, maar het proces wel kritisch te volgen, aldus Loesberg.

Publicatie: 18-04-2013

RESOR organiseert samen met de Radbouduniversiteit Nijmegen het congres 'EYES ON INSOLVENCY'. Hier worden o.a. de voorstellen tot herziening van de Faillissementswet gepresenteerd, nieuwe ontwikkelingen op het gebied van insolventierecht toegelicht. Hier komt eveneens de pre-pack ter sprake. In bredere context wordt het idee gelanceerd om de invloed van 'creditors out of the money' te beperken en in lijn te brengen met de economische werkelijkheid.²⁰⁶

Van Hees (RESOR) pleit ervoor om alleen direct belanghebbenden ('creditors in the money') invloed te laten uitoefenen. Dit zou het leegbloeden van de boedel voorkomen doordat 'creditors out of the money' vaak voor onnodige vertraging in de afwikkeling zorgen.²⁰⁷ Ook het Ministerie van Veiligheid en Justitie is vertegenwoordigd (o.a. door wetgevingsjurist Emile Schmieman, - tevens verbonden als onderzoeker en docent aan de Radbouduniversiteit Nijmegen bij het Van der Heijden Instituut - die aangeeft dat er politiek weinig draagvlak is voor al te 'hemelbestormende vernieuwingen').²⁰⁸ Tollenaar bedankt het Ministerie van Veiligheid en Justitie middels een brief voor hun aanwezigheid en presenteert daarin de uitkomsten van het congres: een stevige 'wensenlijst' in relatie tot het wetgevingsprogramma Herijking faillissementswet.²⁰⁹ Daarnaast zijn bestuursleden van de Recofa aanwezig (o.a. Boerma en Melissen) en diverse rechtbanken zijn vertegenwoordigd (Neijt o.a. vanuit rechtbank Oost-Brabant).²¹⁰

²⁰⁴ Koster 2013.

²⁰⁵ Loesberg 2013

²⁰⁶ Kentie & Kloet 2013, zie hiervoor betoog van Struycken (Advocatenkantoor Nauta Dutilh en Universiteit Utrecht) en Van Riel (RBS).

²⁰⁷ Van Hees 2013, p. 5.

²⁰⁸ Kentie & Kloet 2013.

²⁰⁹ <http://www.eyesoninsolvency.nl/wp-content/uploads/2013/06/Brief-Ministerie-Veiligheid.pdf>

²¹⁰ <http://www.eyesoninsolvency.nl/deelnemers/>

Publicatie: 14-06-2013

In het **Financieele Dagblad** van 14 juni verschijnen twee artikelen²¹¹ waaruit blijkt dat inmiddels acht rechtbanken met de pre-pack als instrument experimenteren. Arrondissementen Midden-Nederland en Limburg werken niet mee. Louis Deterink (Deterink advocaten en notarissen) verwacht dat de populariteit van de pre-pack nu snel toeneemt.

Publicatie: 26-06-2013

De Minister van Veiligheid en Justitie laat in een brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer²¹² weten hoe de voortgang is van het wetgevingsprogramma Herijking faillissementswet en geeft aan dat middels een wetsvoorstel voorgesteld wordt om de pre-pack een wettelijke grondslag te geven. Dit in het belang van de rechtszekerheid.

Publicatie: Juli 2013

In het blad **ArbeidsRecht** verschijnen een drietal artikelen waarin vanuit arbeidsrechtelijk perspectief de pre-pack wordt benaderd.

Van der Pijl²¹³ wijst op het mogelijk risico van opvolgend werkgeverschap na doorstart, waarbij sprake is van behoud van werkgelegenheid. Daarnaast wijst hij op mogelijke strijdigheid met de Europese Richtlijn aangaande overgang van ondernemingen (art 5). De pre-pack zou vooral gericht zou zijn op continuïteit van de onderneming waardoor liquidatie niet het eerste uitgangspunt is. Hierdoor zouden de verplichtingen bij overgang van ondernemingen wel van toepassing kunnen zijn bij de pre-pack. Ten aanzien van medezeggenschap van medewerkers merkt Van der Pijl op dat er een mogelijke adviesplicht van de OR ligt op grond van art 25 lid 1 aanhef en onder b en c en e WOR. Daarbij is er op grond van de gewijzigde Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO) bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij meer dan 20 medewerkers een overlegplicht met werknemers-vertegenwoordigers. Niet naleving van deze plicht levert vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst op onder art 7 lid 1 WMCO.

Boot²¹⁴ wijst op het gemak waarmee een faillissement wordt uitgesproken en beperkte toetsing en concludeert dat misbruik wel snel op de loer ligt. Bij de pre-pack werkt het faillissementsrecht als uitlaatklep voor een te star ontslagrecht. Met opvolgend werkgeverschap wordt nog iets van bescherming teruggeven.

Zaal²¹⁵ betoogt dat bij eigen aanvraag tot faillissement er ondanks de huidige lijn in de rechtspraak een adviesplicht zou liggen van de OR op grond van art 25 lid 1 aanhef onder e WOR. Daarnaast kunnen vakbonden

²¹¹ Eikelenboom, Kooiman & Verbeek 2013 (1 en 2).

²¹² www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/06/28/wetgevingsprogramma-herijking-faillissementsrecht.html

²¹³ Van der Pijl 2013.

²¹⁴ Boot 2013.

²¹⁵ Zaal 2013.

een enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer opstarten (art 2:347 BW) door aan te tonen dat zijn leden werkzaam waren in de onderneming van de failliete rechtspersoon op het moment dat het beleid van de onderneming ter discussie staat. Zo kan bijvoorbeeld getwijfeld worden aan voldoende aandacht voor behoud personeel, of onevenredige verhouding tussen opbrengstmaximalisatie en behoud personeel. Zij wijst tevens op de overlegplicht van de WMCO en de vernietigbaarheid van de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator bij nalaten. Inzake de pre-pack pleit zij daarom voor vroegtijdige raadpleging van de OR onder geheimhouding op grond van art. 25 lid 1 aanhef en onder e en n WOR. De toekomstige curator is naar haar mening te zien als een 'deskundige' in de zin van art. 25 lid 1 aanhef en onder n WOR.

Schaink²¹⁶ geeft aan wat de mogelijkheden voor een werknemer zijn indien deze misbruik van faillissementsrecht vermoedt door de 'pick and choose' systematiek. Verzet ex art. 10 FW kan tot vernietiging van het faillissement leiden. Onder gebruikmaking van art. 13 a FW heeft dit tot gevolg dat de arbeidsovereenkomst door de curator opgezegd is zonder opzegvergunning, waardoor een ontslag vernietigbaar is. Op deze wijze zou alsnog overgang veilig te stellen zijn. Lastig is alleen dat de onderneming geen financiële middelen heeft om loonbetaling door te laten lopen, waardoor dit feitelijk geen oplossing biedt. De optie van kennelijk onredelijk ontslag/onregelmatig ontslag levert het zelfde resultaat op als 'de kip al kaal' is. Is via verzet misbruik van faillissementsrecht vastgesteld, dan kan dit een opstap zijn voor onrechtmatige daadactie jegens de bestuurder of moedermaatschappij (hierbij ligt de lat hoger door de vereisten van doorbraakaansprakelijkheid). De route van directe schadevordering tegen werkgever op grond van onrechtmatige daad is slechts een concurrente vordering en biedt weinig soelaas. De laatste optie is een vergoeding voor ontslag door curator aangeboden op voorwaarde dat verzet tegen faillissement wordt ingetrokken. Deze vergoeding is preferente boedelvordering zo besliste de rechtbank in hoger beroep nadat R-C geweigerd had.²¹⁷ Naar mening van Schaink was deze weigering van de R-C terecht, omdat het recht tot vergoeding zijn oorsprong vond in de onrechtmatig geachte faillissementsaanvraag. Dit is een pre-faillissementsgebeurtenis die slechts een vordering ter verificatie zou moeten opleveren.

Publicatie: September 2013

In het Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk (FIP) wordt in een tweetal artikelen over de rol van de 'stille bewindvoerder'(lees: toekomstige curator) gesproken. Er bestaat nog onduidelijkheid over de rolvulling en **Jongepier & Hoogenboezem**²¹⁸ bepleiten een beperkte rol voor de 'stille bewindvoerder', namelijk het inwerken en informeren van de te benoemen curator - wat in de huidige rechtspraktijk al gebruikelijk is - en het zich uitlaten over de geoorlooftheid van een vooraf te plannen activatransactie na faillietverklaring (de pre-pack). Herstel van verhoudingen tussen schuldenaar en andere betrokkenen, in de zin van het geven van advies en het begeleiden van de schuldenaar zoals ingevuld bij de 'Gerechtigd Insolventieadviseur' ex art. 361 d Voorstel Faillissementswet van de Commissie INSOLAD, zou naar mening van de beide auteurs niet voor de 'stille

²¹⁶ Schaink 2013.

²¹⁷ Rb. Arnhem 16 februari 2004, *JOR* 2004/209, m. nt. E. Loesberg.

²¹⁸ Jongepier & Hoogenboezem 2013.

bewindvoerder' moeten gelden. Evenmin zou deze zich over de liquiditeitsprognose moeten uitlaten, omdat de 'stille bewindvoerder' niet in de hand heeft wanneer het faillissement wordt uitgesproken. De beperkte rol en duur van aanwijzing voorkomen tevens dat er te hoge verwachting gekoesterd worden ten aanzien van de 'stille bewindvoerder'. Criterium voor benoeming zou criterium van faillissement moeten zijn in kader van de voorbereiding van verkoop van levensvatbaar deel uit faillissement. Zodra pre-pack gereed is wordt immers tot faillissement overgegaan.

Jongepier & Hoogenboezem wijzen vervolgens op een aantal knelpunten. Een lastig aspect is aansprakelijkheid van het bestuur. Vanaf het moment van aanwijzing van de 'stille bewindvoerder' is er sprake van de wetenschap dat verplichtingen aangegaan na aanwijzing vermoedelijk niet kunnen worden nagekomen. Het levert een Beklamel-situatie op. Betalingsgaranties zijn dan noodzakelijk. Een tweede knelpunt is dat de bank na aanwijzing van 'stille bewindvoerder' op grond van art. 54 FW niet meer bevoegd is te verrekenen. De bank is immers vanaf dat moment niet langer te goeder trouw, tenzij er sprake is van stille verpanding van vorderingen op debiteuren aan de bank. Tot slot kan de 'stille bewindvoerder' - al dan niet door dreiging van het teruggeven van zijn functie - het verkoopproces beïnvloeden en streven naar opbrengst maximalisatie. De vraag is tot hoever hij dit middel kan en mag inzetten om dit doel te bereiken. Voor aansprakelijkheid geldt de aangepaste Maclou-norm: hij behoort te handelen zoals in redelijkheid verwacht mag worden van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende 'stille bewindvoerder'. Jongepier & Hoogenboezem concluderen dat de ontwikkeling van 'best practice rules' en het creëren van draagvlak toepassing van de 'rules' belangrijk is bij de invulling van de rol van de 'stille bewindvoerder'.

Tollenaar²¹⁹ schetst de recente ontwikkelingen ten aanzien van de pre-pack en noemt - zonder volledig te zijn - 15 inmiddels voltrokken pre-packprocedures op. Hij geeft aan dat evaluaties hebben plaatsgevonden in de rechtbank Amsterdam en de rechtbank Den Bosch ten aanzien van toepassingen. Ook vermeldt hij dat er media aandacht is die overwegend positief is, (diverse artikelen in FD, TV NOS journaal en 13 juli 2013 en EenVandaag 17 juli). De rechtbank Den Haag heeft inmiddels een circulaire opgesteld (op 14 augustus), en vermeldt tot slot dat er gewerkt wordt aan een wetsvoorstel. INSOLAD zelf heeft inmiddels een werkgroep opgericht die zich bezig gaat houden met 'best practice rules' voor 'stille bewindvoering' en zal dit najaar de regels aan haar leden voorleggen. Tollenaar en Neijt maken van deze groep deel uit evenals Jongepier.

Tollenaar meldt dat de pre-pack slechts geschikt is voor gevallen waarin bedrijfsonderdelen op zichzelf levensvatbaar zijn. Hij ziet de rol van 'stille bewindvoerder' ruimer dan Jongepier en Hoogenboezem. Centraal staat bij de rolvervulling het vergroten van de rechtszekerheid over toelaatbaarheid van transacties in het zicht van een faillissement, de voorspelbaarheid van het handelen van de curator na faillissement, en het treffen van voorbereidingen om een faillissement effectiever/snelser te kunnen afwerken. Hij benadrukt de lijdelijke rol - 'fly on the wall' - maar kan ook actievere rol aannemen. De 'stille bewindvoerder' observeert in het belang van

²¹⁹ Tollenaar 2013 (1)

schuldeisers, hij is geen adviseur, geen toezichhouder of vertegenwoordiger van de vennootschap. Hij is onafhankelijk, beweegt onder geheimhouding en legt achteraf verantwoording af aan schuldeisers. Het bestuur kan hem vooraf polsen over voor te nemen handelingen en over het treffen van mogelijke voorbereidingen voor na faillissement.

'Stille bewindvoering' moet er op gericht zijn dat ondernemers worden gestimuleerd om tijdig wettelijke hulp te zoeken wanneer betalingsonmacht dreigt. Het proces moet omkeerbaar zijn en er moet geen vrees zijn dat bestuurder de controle over zijn eigen lot verliest. Wel moeten aansprakelijkheidsrisico's voor de 'stille bewindvoerder beperkt blijven. Tollenaar vindt dat de aansprakelijkheidsleer van 'nalaten bij beoordeling' meer aansluiting biedt dan de aangepaste Maclou-norm.

"Aansprakelijkheid geldt alleen dan wanneer hij als beoordelaar de ernst van het gevaar dat de situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zulks behoudens het bestaan van bijzondere verplichtingen tot zorg en oplettendheid zoals deze kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet", aldus HR 22 nov 1974, NJ 1974, 149, r.o. 5 (Broodbezorger arrest).

Tollenaar pleit ervoor om de beoordeling of 'stille bewindvoering' opportuun is of niet, voor een belangrijk deel aan de 'stille bewindvoerder' zelf over te laten, als een tweede toets. Eerste toets rechtbank is immers papieren toets en biedt minder inzicht, dan persoonlijke aanwezigheid en toetsing ter plaatse. Criterium voor aanwijzing zou surseance van betaling moeten zijn in ogen van Tollenaar, dit biedt meer flexibiliteit en ruimte voor tijdsgevoel betrokkenheid. Tollenaar maakt onderscheidt tussen publieke en commerciële activiteiten. Bij publieke activiteiten zal maatschappelijk belang voorop moeten staan, bij commerciële activiteiten opbrengst-maximalisatie, behoud van werkgelegenheid is bijgevolg van het in standhouden van levensvatbare activiteiten. Zijn activiteiten niet levensvatbaar, dan kan de 'stille bewindvoerder' deze voortzetten en met geleidelijke afbouw opbrengst maximaliseren.

De 'stille bewindvoerder' zal niet-bindende indicaties aan het bestuur kunnen geven over de voorgenomen activatransactie. Inschatting is van voldoende risico-dempende waarde. Inzake prijsvorming geldt opbrengst-maximalisatie: zolang meer kopers een hogere opbrengst genereren dan na faillissement het geval zal zijn, mag hij hierop aansturen. Meer kopers aantrekken kan via 'corporate finance adviseurs' die uit een 'long list' een 'short list' opstellen en onder geheimhouding kopers uitnodigen een bod uit te brengen. In het Verenigd Koninkrijk is het mogelijk om een geanonimiseerd profiel van de te verkopen onderneming op te stellen en dit op een 'site' te plaatsen. Voldoet dit profiel aan een wensenpakket dat een koper aangegeven heeft, dan ontvangt hij een 'teaser'. Bij verdere belangstelling volgt geheimhoudingsplicht en wordt contact gelegd.

Voor de beoordeling van de levensvatbaarheid door de 'stille bewindvoerder' geldt de prijs als belangrijke indicatie. Ligt deze boven de liquidatiewaarde, dan zal de markt de onderneming als levensvatbaar beschouwen. Gevaar: probeer 'stille bewindvoerder' niet in te zetten voor gevallen waarvoor hij niet geschikt is, potentie gaat anders verloren. Maak zijn taken en bevoegdheden niet te omvangrijk.

Tideman²²⁰ plaatst kritische kanttekeningen bij de pre-pack. Hij haalt Loesberg aan door te wijzen op het feit dat met een pre-pack het risico aanwezig is dat niet de beste prijs tot stand komt. Ook wijst hij naar Huydecoper die aangeeft dat er een prijsdalend effect optreedt indien de prijs ten goede komt aan kosten van het sterfhuis. Hij verbaast zich tevens over het feit dat de pre-pack het ongeclausuleerd voordeel van de twijfel wordt gegeven in Nederland, gezien de ervaringen in het Verenigd Koninkrijk. In de transportsector, industrie, en bouw wordt geklaagd over concurrentievervalsingen en het feit dat de curator te doorstartgericht zou zijn. De curator is er niet voor de schuldenaar, maar voor het gezamenlijk schuldeisersbelang (en dient een eventueel prevalerend maatschappelijk belang daarbij in ogenschouw te nemen).

Tideman waarschuwt voor te ruimhartige toepassing van de pre-pack. Geen pre-pack 'misbruiken' door voorkoken van een snelle doorstart met een voorkeurskandidaat. De toekomstige curator dient ervoor te waken dat hij zich niet in de positie manoeuvreert dat hij gebonden is aan voltrekking van de doorstart en niet meer onbevooroordeeld kan handelen. Tideman pleit in dit opzicht voor een tweede curator die na de voorbereidingen de transactie alsnog dient goed te keuren alvorens de R-C hierover zijn toestemming verleent. De Pre-pack is geen wondermiddel, soms is het gewoon beter in na faillissement in alle openheid naar een doorstart-kandidaat te zoeken.

Publicatie: September 2013

Van Zanten²²¹ toont zich in een artikel in ArbeidsRecht een voorstander van de pre-pack en gaat in op de arbeidsrechtelijke bedenkingen die geuit zijn. Hij wijst er op dat bij toepassing van de pre-pack een aantal rechtbanken een brief aan de aanvrager en de te benoemen curator meegeven met een duidelijk kader dat dient te worden gehanteerd bij toepassing. Centraal staat dat er sprake moet zijn van opbrengstmaximalisatie, het gezamenlijk schuldeisersbelang, het laten informeren en informeren van de toekomstige curator, het controleren of het onderhandelingsresultaat het best haalbare resultaat is, en het bieden van de zekerheid dat dit na faillissement geëffectueerd kan worden. Verantwoording van de pre-pack vindt plaats in het openbaar faillissementsverslag.

In de huidige praktijk wordt er door rechtbanken verschillend gedacht over de kosten van de toekomstige curator. Oost Brabant ziet de gemaakte kosten als boedelkosten indien faillissement volgt, maar dit heeft geen wettelijke grondslag, Amsterdam geeft aan dat de schuldenaar deze dient te voldoen door een voorschot te voldoen en een

²²⁰ Tideman 2013.

²²¹ Van Zanten 2013.

budget ter beschikking te stellen aan de toekomstige curator. Van Zanten geeft de voorkeur aan wettelijke regeling die voorziet in een boedelkostenregeling.

Inzake het buitensluiten van marktwerking stelt Van Zanten dat juist in de aanloop naar een faillissement hiervan geen sprake is. De voorbereiding is zorgvuldiger en gericht mede door de aanwezigheid van de toekomstige curator die van alle informatie wordt voorzien op basis van de gestelde voorwaarde van de rechtbank. Hierdoor wordt een doorstart mogelijk die anders na faillissement niet had kunnen plaatsvinden vanwege tijdsgebrek en de negatieve gevolgen van het faillissement, waardoor bedrijfsvoortzetting niet mogelijk meer is.

Van strijdigheid met de Europese Richtlijn zoals Van der Pijl dit aankaart kan naar zijn mening geen sprake zijn, nu de pre-pack juist gericht is op faillissement en op zichzelf een vorm van liquidatie is. Daarbij bestrijdt hij de bedenkingen die er zijn met betrekking tot het feit dat de OR niet wordt betrokken bij de pre-pack en wijst op het risico van het lekken van informatie, de wetsgeschiedenis die helder aangeeft dat er geen adviesplicht ligt bij een faillissement ex art. 25 WOR en verwijst naar de uitspraak van de rechtbank Den Bosch van 9 april 1980, NJ 1980/546). In deze uitspraak wijst de rechtbank erop dat adviesrecht tot gevolg zou hebben dat de Ondernemingskamer zich over een eigen aangifte tot faillissement zou moeten uitspreken hetgeen voorbehouden is aan de rechtbank.

Van Zanten geeft aan dat met betrokkenheid van de toekomstige curator en een toekomstige R-C de activatransactie zorgvuldiger wordt voorbereidt dan bij een gewone onderhandse transactie waarbij onafhankelijk toezicht ontbreekt. Met de pre-pack verandert een faillissement van een paardenmiddel in een herstructureringsinstrument. Met daarbij tot gevolg dat faillissementen zorgvuldiger worden gestart. Het niet serieus onderzoeken van de mogelijkheid van een pre-pack zou zelfs voor bestuurders tot een plichtsverzuim kunnen leiden en verwijst hiermee naar Huydecoper.²²²

Publicatie: 17 oktober 2013

In het **Financieele Dagblad** van 17 oktober wordt een heel katern gewijd aan de pre-pack.²²³ De werking van de pre-pack wordt toegelicht, er wordt daarbij gewezen op de populariteit ervan. Tollenaar geeft daarbij de voordelen aan van de toepassing. Zowel INSOLAD als TMA (de vereniging van turnaroundmanagers) hebben een aantal pre-pack themabijeenkomsten gehouden die goed bezocht waren. Vrakking pleit voor het aanstellen van twee toekomstige curatoren waarvan er één een meer uitvoerende functie zou moeten krijgen en zich bezig gaat houden met de beoordeling van de levensvatbaarheid en de financiële gang van zaken binnen de onderneming. Deze kan ook bij de onderhandelingen betrokken zijn. Dit zou een interim-directeur kunnen zijn (Vrakking zit in een adviesraad van een bureau voor interim-management). De rechtbank Rotterdam werkt met de aanwijzing van twee toekomstige curatoren en wordt er gewerkt aan de hand van een tiental criteria bij toepassing van een pre-pack.

²²² Huydecoper 2013, § 2, laatste al.

²²³ Eikelenboom & Verbeek 2013 (1)

Zo moet bijvoorbeeld meerwaarde bij toepassing aannemelijk zijn. Er moet maatschappelijke relevantie zijn. De administratie moet deugdelijk zijn bekeken, Er moet worden nagegaan of er een bank bij betrokken is en of er overname-kandidaten zijn.

BDO Consultants start een onderzoek naar het effect van de inzet van de toekomstige curator (de pre-pack) op de waarde van de levensvatbare bedrijfsonderdelen.²²⁴ Dit onderzoek vindt plaats in samenwerking met de Radboud Universiteit Nijmegen. Vijftig recente faillissementen worden onder de loep genomen waarvan 15 pre-pack toepassingen. Eind dit jaar worden de eerste bevindingen verwacht van het onderzoek.

Er wordt kort stilgestaan bij de recente pre-pack toepassing van Marlies Dekkers. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de pre-pack toepassing bij de doorstart van de Schoenenreus, waar gedupeerden een stichting hebben opgericht omdat zij twijfels hebben bij de rechtmatigheid van het handelen van de toekomstige curator. Ook zal de aansprakelijkheid van het bestuur worden onderzocht. Het is vooral de 'koude' sanering van het personeel die veel vraagtekens oproept. Advocaat Linssen stelt dat het ontslagrecht opzij is geschoven en dat een serieuze partij door de toekomstige curator terzijde is geschoven zonder aanleiding. Vakbonden de Unie en FNV Bondgenoten plaatsen eveneens hun vraagtekens of alles wel eerlijk is verlopen.

Eikelenboom²²⁵ wijst er op dat er nog vragen liggen en dat er een wens bestaat naar een wettelijke regeling die deze vragen kan beantwoorden. Zo ligt er onduidelijkheid over de rol van de toekomstige curator en in wiens belang deze dient te handelen, het vergoeden van zijn kosten, en of de toekomstige curator wel een advocaat moet zijn.

Publicatie: 22 oktober 2013

Het Voorontwerp WCO I wordt gepubliceerd door het Ministerie van Justitie en Veiligheid en ter consultatie voorgelegd.²²⁶ Doel van dit wetsvoorstel is een gestructureerde en doelmatige afwikkeling van faillissementen na te streven en een wettelijk kader te bieden voor de voorbereiding van een activatransactie uit faillissement waarbij levensvatbare bedrijfsonderdelen ten behoeve van een doorstart worden verkocht aan een derde. Uit het Voorontwerp WCO I valt op te maken dat de pre-pack zowel in de aanloop naar een faillissement als in de aanloop naar een voorlopige verlening van surseance van betaling mogelijk wordt. Er wordt een nieuwe titel na art. 362 FW toegevoegd onder de benaming: 'Buiten faillissement en surseance van betaling' en een eerste afdeling aangebracht onder de benaming: 'Aanwijzing van een beoogd curator of een beoogd bewindvoerder en een beoogd rechter-commissaris'. De pre-pack is alleen toe te passen bij rechtspersonen en natuurlijke personen die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen.

²²⁴ Verbeek 2013.

²²⁵ Eikelenboom 2013.

²²⁶ <http://www.rijksoverheid.nl/regering/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/10/22/wetsvoorstel-coninuiteit-ondernemingen-i.html>
<http://www.rijksoverheid.nl/regering/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/10/22/memoried-van-toelichting.html>

De aanwijzing van de beoogd curator en bewindvoerder wordt geregeld onder artikel 363 Voorontwerp WCO I waarin de voorwaarden waaraan een verzoek moet voldoen - wil de rechtbank tot aanwijzing overgaan - , genoemd zijn (lid 1). De verzoekschriftprocedure wordt toegelicht (lid 2 en 5) en er wordt aangegeven dat de rechtbank aan de aanwijzing een termijn kan stellen die kan worden verlengd (lid 4). Een nieuw artikel 14 a Voorontwerp WCO I geeft aan dat in geval van een faillietverklaring dezelfde beoogd curator en de beoogd R-C als curator respectievelijk R-C worden benoemd, tenzij er gewichtige redenen zijn om een andere curator of een andere R-C aan te stellen. Voor de surseanceverlening wordt voor de bewindvoerder hierin voorzien door toevoeging van een tweede lid aan art. 215 FW en een tweede lid toegevoegd aan art. 223a FW voor de R-C.

Voorts is de ontheffing van de beoogd bewindvoerder en de beoogd curator geregeld in artikel 364 (leden 1 en 2 nieuw) en de plicht tot verslaglegging direct na ontheffing aan de beoogd curator of beoogd bewindvoerder opgelegd (lid 3). Publicatie van dit 'eindverslag' is pas mogelijk na faillietverklaring of verlening van surseance van betaling (lid 3).

Als uitgangspunt voor het handelen van de beoogd curator en beoogd bewindvoerder wordt steeds de taak van de curator respectievelijk de bewindvoerder genomen (artikel 365 Voorontwerp WCO I). De onafhankelijkheid ten opzichte van de schuldeisers en de schuldenaar wordt benadrukt. Onder lid 2 wordt een niet limitatieve opsomming gegeven van de verklaringen die de beoogd curator respectievelijk de beoogd bewindvoerder kan afleggen op verzoek van de schuldenaar. Het gaat bijvoorbeeld om een verklaring: dat voorgenomen rechtshandelingen bij voortzetting van zijn bedrijfsvoering voor faillissement niet vernietigd zullen worden op grond van artt. 42-47 FW (lid 2 aanhef en onder a) ; onder welke voorwaarden de curator na een faillissement goederen zal vervreemden (lid 2 aanhef en onder b) en welke voorbereidingen getroffen zouden kunnen worden om de afwikkeling van een faillissement te bespoedigen (lid 2 aanhef en onder c). De schuldenaar dient hiertoe de benodigde informatie aan de beoogd curator of beoogd bewindvoerder te verschaffen (lid 3).

Inzake de kosten van de beoogd curator of beoogd bewindvoerder geldt dat de schuldenaar deze dient te voldoen (artikel 366 Voorontwerp WCO I). De beoogd curator of beoogd bewindvoerder kan hiertoe zekerheid bedingen (lid 2). Indien de schuldenaar failliet wordt verklaard, worden de nog niet voldane kosten als algemene faillissementskosten aangemerkt (lid 3).

Artikel 367 Voorontwerp WCO I regelt dat de aanwijzing van de toekomstige R-C. Uitgangspunt is dat deze tevens R-C in de faillissementsprocedure - dan wel R-C in de voorlopige verlening van surseance - wordt (lid 1). De beoogd R-C zal, indien gevraagd, door de beoogd curator of de beoogd bewindvoerder van zijn zienswijze doen blijken ten aanzien van de in artikel 364 lid 2 aanhef en onder a, b en c Voorontwerp WCO I bedoelde verklaringen, waardoor de rol van de beoogd R-C eveneens vorm heeft gekregen.

Bijlage 8.8. De pre-pack in het Verenigd Koninkrijk

8.8.1. Het ontstaan van de pre-pack

Met de aanpassing van de Enterprise Act in 2002, werd het in het Verenigd Koninkrijk mogelijk voor zekerheidsgerechtigden en de vennootschap om, indien voorzien wordt dat een onderneming dreigt af te stevenen op een faillissement en men de ondernemingsactiviteit graag wilde behouden, zelf een 'Insolvency Practitioner'²²⁷ als 'administrator' te benoemen. Hiervoor is geen tussenkomst van een rechter nodig. Dit is mogelijk omdat de 'administrator beschouwd wordt als een 'officer of the court'.²²⁸ Doordat hierdoor op voorhand de persoon bekend is bij de onderneming, bestaat de mogelijkheid de 'insolvency practitioner' bij de voorbereidingen van de activatransactie te betrekken voordat er sprake is van een formele benoeming als 'administrator'. Zo kan de insolvency practitioner in samenspraak met zekerheidsgerechtigden een concept koopovereenkomst met een koper uitonderhandelen en vrijwel direct met de start van de 'administration' (een insolventie-procedure waarbij het voortzetten van de onderneming als 'going concern' centraal staat)²²⁹ als formele 'administrator' deze conceptkoopovereenkomst ondertekenen.

Normaal gesproken schrijft de Enterprise Act 2002 hierbij voor dat de administrator bij een activatransactie een plan moet voorleggen aan de crediteuren van de onderneming. In de crediteurenvergadering stemmen zij dan over dit plan.²³⁰ Omdat de administrator snel en flexibel moet kunnen handelen, en met deze verkoop een beter resultaat verkregen moet worden voor schuldeisers dan bij een 'winding up' - ook wel 'liquidation' procedure genoemd - (een faillissementsprocedure waarbij de beëindiging van de onderneming centraal staat), heeft de rechter op 8 november 1999 in de zaak *Re T & D Industries Plc.* bepaald dat deze stemming in de crediteurenvergadering niet langer nodig is.²³¹ De Enterprise Act 2002, Schedule 16, Schedule B1 to Insolvency Act 1986, par. 52, sub-par. (1) voorziet hier nu in.²³² Ook de oorspronkelijke toestemming van de rechter voor de verkoop voorafgaande aan de crediteurenvergadering is niet langer vereist.²³³ De beoordeling van transactie ligt hiermee volledig bij de 'administrator'. Indien er achteraf bezwaren rijzen tegen de activatransactie door niet-betrokken schuldeisers, kan dit ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd. Dit is slechts een marginale toets:

²²⁷ Een Insolvency Practitioner moet een accountant of advocaat zijn die het 'Joint Insolvency Examination Board (JIEB) examination' met goed gevolg moet hebben afgelegd en via een 'recognised professional body' (RPB) of via de Department for Business, Innovation and Skills (BIS) voor Engeland of Wales of via de Department for Enterprise and Investment voor Noord-Ierland (DETI), een licentie heeft verkregen. Om voor deze licentie in aanmerking te komen moet aan een aantal jaren praktijkervaring voldaan zijn en een specifiek aantal uren op diverse insolventie onderdelen aan werkervaring zijn opgedaan. http://www.r3.org.uk/media/documents/publications/professional/Making_a_Career_Brochure_V2.pdf

²²⁸ Enterprise Act 2002, Schedule 16, Schedule B1 to Insolvency Act 1986, par. 5. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/40/schedule/16>

²²⁹ Enterprise Act 2002, Schedule 16, Schedule B1 to Insolvency Act 1986, par. 3, sub par (1). (Bron: voetnoot 227)

²³⁰ Enterprise Act 2002, Schedule 16, Schedule B1 to Insolvency Act 1986, par. 51. (Bron: voetnoot 227)

²³¹ *T & D Industries Plc.*, Re [1999] EWHC 302 (Ch) (08 November 1999), 'conclusion'. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/1999/302.html>

²³² Enterprise Act 2002, Schedule 16, Schedule B1 to Insolvency Act 1986, par. 52. (Bron: voetnoot 227)

²³³ *Transbus International Ltd.*, Re [2004] EWHC 932 (Ch) (27 april 2004), onder punt 12, 13 en 14. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2004/932.html>

zolang er geen sprake is van 'acting improperly', is er voor de rechter geen aanleiding tot bemoeienis met het dagelijks handelen van de 'administrator' in de 'administration' procedure.²³⁴ Zo ontpopte de pre-pack zich in het Verenigd Koninkrijk tot een succesvol herstructureringsinstrument.

8.8.2. De problemen bij de pre-pack in het Verenigd Koninkrijk

Bij de toepassing van een pre-pack dient de 'insolvency practitioner' zich te houden aan 'best practice' richtlijnen (Statement of Insolvency Practice 16; kortweg SIP 16 genoemd).²³⁵ Deze richtlijnen zien er op toe dat het proces zorgvuldig verloopt door aan te geven op welke punten verantwoording aan niet-betrokken crediteuren moet worden afgelegd na de activatransactie. De Insolvency Service heeft tot taak er op toe te zien dat 'insolvency practitioners' zich houden aan de gestelde richtlijnen.²³⁶ In de Engelse insolventie-praktijk blijkt het desondanks uiterst lastig het vermoeden van misbruik weg te poetsen.²³⁷ Doordat een groot deel van de crediteuren van de insolvente onderneming niet betrokken worden bij de voorbereidingen van de pre-pack, en pas na faillissement geïnformeerd worden over deze inmiddels voltrokken verkoop, ontstaat al snel de gedachte van misbruik. Schulden van de insolvente onderneming kunnen op deze wijze al gauw worden omzeild door de ondernemingsactiviteit aan de oorspronkelijke eigenaren (bestuur/management/aandeelhouders) te verkopen, de overgenomen activiteit onder te brengen in een nieuwe entiteit en de oude achter te laten met de schulden. Niet-betrokken schuldeisers blijven met lege handen achter, terwijl zekerheidsgerechtigden bediend worden. Niet zelden zijn de financiële problemen veroorzaakt door deze zelfde eigenaren. Een dergelijke voortgezette onderneming wordt wel een 'phoenix company' genoemd.²³⁸ In het Verenigd Koninkrijk wordt dit fenomeen bovendien als marktverstoring ervaren door concurrerende ondernemingen.²³⁹ Daarbij leidt dit tot aanzienlijke schade bij schuldeisers.

Dit 'phoenix syndroom' is niet nieuw in het Verenigd Koninkrijk en is al langer dan een eeuw de nachtmerrie van schuldenaars, zo blijkt uit rechtspraak.²⁴⁰ In het Verenigd Koninkrijk is deze problematiek van herhalende

²³⁴ Lehman Brothers International (Europe), Re [2008] EWHC 2869 (Ch) (24 November 2008), onder punt 48. <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2008/2869.html>

²³⁵ Statement of Insolvency Practice 16 (hier wordt de versie aangehouden die vanaf 1 november 2013 geldt), [http://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16_-_Version_2_\(effective_from_1_November_2013\).pdf](http://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16_-_Version_2_(effective_from_1_November_2013).pdf)

²³⁶ De Insolvency Service maakt deel uit van het 'Department for Business, Innovation and Skills' in het Verenigd Koninkrijk. De dienst beheert insolventieprocedures, doet onderzoek naar de werking ervan, adviseert overheid en publiek omtrent insolventies en houdt zich bezig met insolventiewetgeving en regulering. Zij beheert en reguleert tevens de beroepsgroep van insolventiespecialisten, www.bis.gov.uk/Insolvency/About-us.

²³⁷ www.credittoday.co.uk/article/13982/online-news/pre-packs

²³⁸ 'Pre-packs' and SIP 16' (een evaluatierapport van de toepassing van de pre-pack in Engeland 10 maart 2010), 'What are the advantages of pre-packs?', p.2., www.r3.org.uk (zoek op: 'Technical Library', vul in bij search: 'monitoring SIP 16', klik op: 'Pre-packs and SIP 16'.)

²³⁹ Zo blijkt dit uit de Insolvency for Creditors Conference 2012. <http://www.credittoday.co.uk/article/13982/online-news/pre-packs>

²⁴⁰ High Court 26 juli 2001, [2002] BCC 760, [2001] All ER (D) 375 (*Official Receiver v. Zwirn Re Windows West Ltd*). Zie ook: House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, *The Insolvency Service: Sixth Report of Session 2012-13*,

doorstarts op ludieke wijze door de rechter van het High Court tijdens een uitspraak in 2001 beschreven, door te verwijzen naar een stuk songtekst van een operette die in de 19^e eeuw dit ‘phoenix-syndrome’ bezong.²⁴¹ Ik zal de lezer dit citaat niet willen onthouden dat Mr. Gabriel Moss QC aanhaalde:

“Honest creditors have been plagued by the phenomenon of phoenix companies for over 100 years. The position was eloquently satirized in the 19th century in Utopia Ltd, a Gilbert and Sullivan operetta which contains the following:

*“ You merely file a winding-up petition,
and start another company at once!
Though a Rothschild you may be
In your own capacity,
As a Company you’ve come to utter sorrow –
But the liquidators say “never mind – you needn’t pay”,
So you start another Company tomorrow!”²⁴²*

Het achterliggende probleem is dat op deze wijze de handelsnaam, goodwill en andere intellectuele eigendomsrechten zonder vergoeding of met een niet-marktconforme - te lage- vergoeding overgaan naar de nieuwe entiteit.²⁴³ Het feit dat niet-betrokken schuldeisers hiermee pas achteraf worden geconfronteerd, voedt het wantrouwen ten aanzien van de handelswijze. Daarbij komt dat er veelal sprake is van verkoop aan het bestaande management. Het is ditzelfde management dat de ‘insolvency practitioner’ benadert en hem betaalt voor zijn advies, waardoor niet-betrokken crediteuren al snel hun twijfels hebben over de objectiviteit van de ‘insolvency practitioner’.

Nu is het niet zo dat de ‘insolvency practitioner’ alle vrijheid in handelen heeft. Hij conformeert zich om zich te houden aan de SIP 16. Bij incorrecte handelswijze kan hij disciplinaire maatregelen tegemoet zien van de RPB, waar hij zijn licentie heeft verkregen. Als ‘administrator’ is hij een ‘officer of the Court’ en staat onder toezicht van ‘the Court’. Crediteuren kunnen zich tot ‘the Court’ wenden om schadevergoeding te vorderen of kunnen verzoeken de betwiste handeling terug te draaien.²⁴⁴ Daarnaast is er de mogelijkheid om te verzoeken een

List of printed evidence, bijdrage van professor Mark Watson-Gandy, Ev 88. Zie ook <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmbis/writev/insolv/is11.htm>

²⁴¹ Deze uitspraak is aangehaald door professor Mark Watson-Gandy, wiens bijdrage opgenomen is in de ‘List of printed evidence’ die gekoppeld is aan het rapport dat ‘the House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee’ als onderzoekscommissie publiceerde naar aanleiding van het onderzoek dat ingesteld is naar het functioneren van de Insolvency Service, waarbij de problematiek rondom de pre-pack eveneens ter sprake kwam. (Bron: voetnoot 239)

²⁴² Deze songtekst is afkomstig uit: W.S. Gilbert, *Complete Operas*, Dorset Press 1932, p. 622.

²⁴³ House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, *The Insolvency Service: Sixth Report of Session 2012-13*, List of printed evidence, bijdrage van professor Mark Watson-Gandy, Ev 88-89. (Bron: voetnoot 239)

²⁴⁴ Zie bijvoorbeeld section 212 Insolvency Act 1986, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/part/IV/chapter/X/crossheading/penalisation-of-directors-and-officers> ; Enterprise Act 2002, Schedule 16, Schedule B1 to Insolvency Act 1986, par. 75 (1), (3), (4). (Bron: voetnoot 227)

genomen besluit te herroepen.²⁴⁵ De bestuurder die zich schuldig maakt aan 'phoenixism' riskeert een bestuursverbod.²⁴⁶ Is er sprake van een 'liquidation', dan ligt er voor vijf jaar een verbod voor de bestuurder op het hergebruik van de actuele- of handelsnaam.²⁴⁷ Desondanks kunnen deze maatregelen het 'phoenix syndrome' onvoldoende bestrijden.²⁴⁸ Repressief beleid kan het wantrouwen blijkbaar niet (voldoende) wegnemen. Dit wordt mede verklaard door het feit dat men het gevoel heeft dat de beroepsgroep te weinig zelfregulerend kan optreden.

8.8.3. De aanpak van de problematiek in het Verenigd Koninkrijk

Zo wordt op 30 November 2011 aangekondigd dat de 'the House of Commons Business, Innovation and Skills Committee een onderzoek gaat instellen naar de activiteiten van de Insolvency Service. Onderdeel van het onderzoek vormt de praktijk rondom pre-pack administrations waarbij het in het bijzonder draait om 'issues of transparency and their link to 'phoenix' companies'.²⁴⁹ Er worden begin 2012 twee 'oral evidence sessions' gehouden met vertegenwoordigers van de RPB's en de Inspecteur Generaal - tevens Chief Executive - van de Insolvency Service. Blijkens een 'Ministerial Statement' van 26 januari 2012 lijkt het er op dat het hierbij blijft. De bezwaren van de pre-pack toepassing zouden zich vooral op kleine ondernemingen richten, en nieuwe wetgevende controle zou niet opwegen tegen de belangen bij deregulering.²⁵⁰ Maar in mei 2012 wordt de Inspecteur Generaal tevens Chief Executive van de Insolvency Service vervangen, en wordt in oktober 2012 een opvolgende 'evidence session' gehouden met de nieuwe baas van de Insolvency Service. Men is benieuwd naar zijn visie op de strategie van de Insolvency Service.

Het publieke wantrouwen inzake pre-packs houdt echter aan. Men plaatst vraagtekens bij de kracht die de Insolvency Service heeft als regulator van de beroepsgroep van 'insolvency practitioners' en bij de vervulling van haar taak als adviesorgaan naar de 'Department of Business, Innovation and Skills' toe. Dit doet de 'House of Commons Business, Innovation and Skills Committee' besluiten het onderzoek alsnog in te stellen. Op 6 februari 2013 wordt het onderzoek gepubliceerd en wordt geadviseerd aan de Insolvency Service om toezicht op de toepassing van SIP 16 te verscherpen: in geval van 'non-compliance' naar de 'insolvency practitioner' persoonlijk feedback te geven en strengere straffen (hogere boete) op te leggen. Ook de criteria waarop de SIP 16 rapportages van 'insolvency practitioners' worden beoordeeld dienen daarbij vooraf kenbaar te worden gemaakt.²⁵¹

²⁴⁵ Zie bijvoorbeeld sections 108 (2), 112, 303 Insolvency Act 1986, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents> ; Enterprise Act 2002, Schedule 16, Schedule B1 to Insolvency Act 1986, par. 74 (1), (3), (4). (Bron: voetnoot 227)

²⁴⁶ Section 6 Company Directors Disqualification Act 1986. Dit verbod kan afhankelijk van de ernst van de handelingen twee jaar tot maximaal 15 jaar bedragen: zie Section 6 (4). <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/46/contents>

²⁴⁷ Section 216(3) Insolvency Act 1986. (Bron: voetnoot 243)

²⁴⁸ Zo blijkt uit House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, *The Insolvency Service: Sixth Report of Session 2012-13*, List of printed evidence, bijdrage van professor Mark Watson-Gandy, Ev 88-90. (Bron: voetnoot 239)

²⁴⁹ <http://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/business-innovation-and-skills/news/the-insolvency-service--call-for-evidence/>

²⁵⁰ <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201212/cmhansrd/cm120126/wmstext/120126m001.htm>

²⁵¹ House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, *The Insolvency Service: Sixth Report of Session 2012-13*, Penalties for non-compliance, p. 25 onder nummer 80 en 81. (Bron: voetnoot 239)

Daarnaast wordt er gewezen op het belang om met een klachtenregeling komen waar men met alle klachten terecht kan, zodat er aan de versnippering in klachtenregelingen een einde komt.²⁵² Deze klachtenregeling dient publiek gemaakt te worden. Het beloningssysteem van de 'insolvency practitioner' zal onder de aandacht van 'the public' moeten worden gebracht en 'unsecured creditors' moeten worden aangemoedigd om deel te nemen aan crediteurencommissies.²⁵³ Tot slot wordt geadviseerd om de SIP 16 richtlijnen zelf strikter te formuleren.

Naar aanleiding van de uitkomsten van dit onderzoek wordt op 23 april 2013 in een rapportage de reactie van de regering helder: de aanbevelingen worden overgenomen. De SIP 16 zal worden herzien en toezicht op naleving zal worden verscherpt.²⁵⁴ Zij treden in werking op 1 november 2013.²⁵⁵ Ook zal de Insolvency Service moeten werken aan algemeen geldend sanctiebeleid dat publiekelijk toegankelijk zal zijn. Op deze wijze wordt voor niet-betrokken crediteuren inzichtelijk hoe een klachtenprocedure zal gaan verlopen en wat de mogelijke disciplinaire maatregelen kunnen zijn, mocht er sprake zijn van non-compliance.²⁵⁶ Daar waar het aanvankelijk ging om een handleiding tot het handhaven van een uniforme handelswijze voor 'insolvency practitioners' en de richtlijnen geen 'definitive statements of the law' zijn,²⁵⁷ gaat het nu om de strikte verplichting om de SIP 16 na te komen en dit ook aan te tonen; men dient de beroepsgroep en de eigen functie niet in diskrediet te brengen; 'non-compliance' leidt tot het opleggen van sancties. Onder hoofdstuk 4 komt fasegewijs aan bod welke SIP 16 bepalingen in Nederland van belang zijn.

8.8.4. Wat kan Nederland hiervan leren?

Deze recente ontwikkelingen zijn vanuit Nederland gevolgd. Dat een deel van het wantrouwen ten aanzien van de pre-pack voortkomt uit het vermoeden dat de 'insolvency practitioner' te veel de belangen van de onderneming nastreeft, en te weinig oog heeft voor de belangen van de schuldeisers, vormt voor Nederland aanleiding om de rol van de toekomstige curator goed te definiëren. INSOLAD heeft een werkgroep gevormd die zich bezig houdt met het opstellen van 'best practices rules' voor de 'stille bewindvoerder' met als doel deze dit najaar aan haar leden voor te leggen.²⁵⁸ Deze 'best practice rules' zullen nader invulling beogen te geven aan het in het Voorontwerp WCO I gegeven kader van de taken en bevoegdheden van de beoogde curator (en van de boogde bewindvoerder). Over de wijze waarop de toekomstige curator zijn rol dient te vervullen en het gedrag dat hij dient

²⁵² House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, *The Insolvency Service: Sixth Report of Session 2012-13*, Conclusions and recommendations, p. 38, onder nummers 13, 14. (Bron: voetnoot 239)

²⁵³ House of Commons, Business, Innovation and Skills Committee, *The Insolvency Service: Sixth Report of Session 2012-13*, Conclusions and recommendations, p. 38, onder nummers 15, 16. (Bron: voetnoot 239)

²⁵⁴ The Insolvency Service: Government Reponse to the Committee's Sixth Report of Session 2012-13, p. 9 onder nummer 58. <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmbis/1115/1115.pdf>

²⁵⁵ [http://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16_-_Version_2_\(effective_from_1_November_2013\).pdf](http://www.r3.org.uk/media/documents/technical_library/SIPS/SIP_16_-_Version_2_(effective_from_1_November_2013).pdf)

²⁵⁶ The Insolvency Service: Government Reponse to the Committee's Sixth Report of Session 2012-13, p. 9 onder nummer 59. (Bron: voetnoot 253)

²⁵⁷ Statement of Insolvency Practice 16, § 'Introduction'. (Bron: voetnoot 22, resp. voetnoot 234 en 254)

²⁵⁸ Tollenaar 2013 (1), p. 203. Zie ook Jongepier & Hoogenboezem 2013, p. 201.

te vertonen, zal de (vernieuwde) SIP 16 weinig aanknopingspunten kunnen bieden.²⁵⁹ Dit heeft er mee te maken dat de SIP 16 zich met name richt op het zorgvuldig verlopen van het pre-pack-proces door aandacht te schenken aan de wijze van verantwoording naar niet-betrokken schuldeisers. Omdat in Nederland de rechtbank de regie heeft bij een pre-packprocedure, zal de Recofa - die aangegeven heeft richtlijnen te zullen ontwikkelen die zich richten op het procesverloop van de voorgestelde wettelijke regeling²⁶⁰ - wel goed gebruik kunnen maken van de vernieuwde SIP 16.

De Nederlandse 'best practice rules' die INSOLAD voorstaat zullen vermoedelijk aansluiten bij de in artikel 2 lid 1 genoemde gedragingen van het Reglement Toetsingscommissie INSOLAD.²⁶¹ Het gaat er dan om of de toekomstige curator voldoende integriteit, objectiviteit, onafhankelijkheid, zorgvuldigheid, vakkundigheid, doelmatigheid en respect jegens betrokkenen heeft getoond in zijn rol als toekomstige curator. Deze 'rules' hebben een gedragsmatig karakter en krijgen voor de buitenwereld pas betekenis wanneer deze voor alle toekomstige curatoren (en bewindvoerders) gelden, deze op voorhand openbaar zijn, er toezicht op naleving van deze gedragscode geregeld is, en er een klachtenregeling ligt. Dit betekent dat de te ontwerpen 'best practice rules' ook buiten INSOLAD dienen te gelden.²⁶²

Wat nu als een toekomstige curator zich niet aan de 'best practice rules' houdt bij de voorbereidingen van de pre-pack? Nederland kent een nogal onoverzichtelijk systeem voor klachten.²⁶³ De aard van de klacht bepaalt namelijk waar de klacht kan worden neergelegd en hoe de procedure verloopt. Wij beschikken niet over een uniform systeem waar klachten met betrekking tot het handelen van een toekomstige curator kunnen worden neergelegd. Het Reglement van de INSOLAD Toetsingscommissie illustreert dit:²⁶⁴ Deze commissie biedt het bestuur van INSOLAD slechts de mogelijkheid om in te grijpen bij gedragingen van haar leden, voor zover deze schadelijk voor de vereniging zouden zijn. Dat ingrijpen beperkt zich tot anonieme publicatie van de uitspraak van deze commissie en heeft slechts tot doel bij te dragen aan de ontwikkeling van de kwaliteit van de praktijkuitoefening van haar leden. Van het opleggen van sancties en het eventueel instellen van een actie gericht op aansprakelijkheid-stelling is geen sprake. Het moet bovendien gaan om een handeling van de curator die niet elders aan de orde is gesteld en niet elders voor te leggen is,²⁶⁵ waarmee de toetsingscommissie INSOLAD eigenlijk een 'last resort' is. Voor de toezicht op naleving van de 'best practice rules' van de toekomstige curator is de INSOLAD toetsingscommissie

²⁵⁹ Onder hoofdstuk 4 zal fasegewijs aan bod komen welke SIP 16 bepalingen in Nederland van belang kunnen zijn.

²⁶⁰ MvT Voorontwerp WCO I, § 3, p.5, laatste al. (Bron: voetnoot 4)

²⁶¹ <http://static.basenet.nl/cms/105928/website/Toetsingsreglement.pdf>

²⁶² Niet alle door de rechtbank aangewezen (toekomstige) curatoren en bewindvoerders zijn aangesloten bij INSOLAD. Zie Wessels 2013, onder punt 4.

²⁶³ Dulack 2011, p. 329.

²⁶⁴ MvT Reglement Toetsingscommissie INSOLAD, inleiding, p.1;
http://static.basenet.nl/cms/105928/website/Toetsingsreglement_toelichting.pdf

²⁶⁵ MvT Reglement Toetsingscommissie INSOLAD, inleiding, p.2. (Bron: voetnoot 263)

derhalve niet het geschikte instituut. Er wordt in de eerste plaats verwezen naar het toezicht dat de R-C houdt op grond van art. 64 FW.²⁶⁶

In de praktijk zal de klacht van niet-betrokkenen bij de pre-pack zich vooral richten op de voor hen ogenschijnlijke nadelige gevolgen van de activatransactie of de activatransactie zelf. Doordat deze bezwaren zich richten op handelingen verricht na faillietverklaring, vallen deze handelingen onder het bereik van art 64 FW. Het is in dat geval de R-C die op grond van art. 64 FW -middels toetsing in volle omvang- nagaat of de curator zich houdt aan de grenzen van de wet, of deze handelt in het belang van de boedel en of hij zijn taak behoorlijk vervult. “*De middelen van invloed, die hem ten dienste staan, zijn raadgevingen, opmerkingen, berispingen, des noodig toepassing van art.73*”, aldus de MvT van art. 64 FW.²⁶⁷ De R-C kan instructies of opdrachten aan de curator geven en kan in het uiterste geval de curator ontslaan. Schuldeisers kunnen via de weg van art. 69 FW de R-C bij verzoekschrift vragen de curator een bevel te geven tot het verrichten van een handeling of een handeling juist na te laten waardoor repressief toezicht plaatsvindt.

Gaat het specifiek om klachten met betrekking tot de ‘best practice rules’ geldend voor de toekomstige curator bij een pre-pack, dan vallen deze buiten het bereik van art. 64 FW en art. 69 FW omdat deze handelingen verricht zijn in de pre-faillissementsfase. Van toezicht door de R-C is in deze fase (nog) geen sprake. Het Voorontwerp WCO I voorziet evenmin in een toetsing op het handelen van de toekomstige curator. Wel kan de toekomstige curator de R-C polsen over de voorgenomen activatransactie die hij na faillissement in gang wil zetten, waardoor de R-C middels raadgevingen en opmerkingen zijn zienswijze kan voorleggen. Indirect is er in dat geval sprake van ‘toezicht’ in de vorm van feedback.

De toelichting van de Toetsingscommissie INSOLAD geeft aan dat naast art. 64 FW handelingen of nalaten te handelen van de curator ook getoetst kan worden aan de tuchtrechtelijke regeling in de Advocatenwet.²⁶⁸ Rechtspraak van het Hof van Discipline, als hoogste tuchtrechtelijke instantie, geeft aan dat het dan moet gaan om een klacht die gericht is op een dusdanig handelen of nalaten van de advocaat, dat daardoor het vertrouwen in de advocatuur is geschaad. Dit geldt evenzeer indien een advocaat optreedt in een andere hoedanigheid,²⁶⁹ zoals de (toekomstige) curator. De klacht dient betrekking te hebben op de integriteit. Het gaat dan bijvoorbeeld om: financiële onbetrouwbaarheid, ernstige nalatigheid in het afleggen van rekening en verantwoording, het niet nakomen van afspraken, zich onnodig grievend uitlaten over personen, het niet beantwoorden van brieven, belangenverstengeling of persoonlijke betrokkenheid en niet terugtreden als deze schijn gewekt is.²⁷⁰ Afhankelijk

²⁶⁶ MvT Reglement Toetsingscommissie INSOLAD, inleiding, p.2. (Bron: voetnoot 263)

²⁶⁷ Kortmann & Faber 1994, p. 2.

²⁶⁸ MvT Reglement Toetsingscommissie INSOLAD, inleiding, p.2; (Bron: voetnoot 263)

<http://maxius.nl/advocatenwet/afdeling3/paragraaf4> , Artikel 46 e.v. Advocatenwet.

²⁶⁹ Hof van Discipline, 10 januari 2011, nr. 5636 (YA1400), r.o. 5.1; Hof van Discipline 10 januari 2011, nr. 5637 (YA1399), ro. 5.1. Zie ook Dulack 2011, p. 324; en Raad van Discipline 10 april 2012, zaak 12-073Alk (YA2593), ro. 4.1.

²⁷⁰ Aerts 2007.

van de inhoud van de overtreden gedragscode kan dus een tuchtrechtelijke klacht soelaas bieden. De procedure heeft wel eens waar zijn tijd nodig,²⁷¹ maar sancties zijn mogelijk op grond van artikel 48 lid 2 Advocatenwet (waarschuwing, berisping, schorsing voor uitoefening van de praktijk voor maximaal een jaar, schrapping van het tableau).

De vraag is echter of met de bredere inzetbaarheid van curatoren (en bewindvoerders) de Advocatenwet nog wel voldoende aansluiting biedt. Er is immers geen sprake van een cliëntrelatie. De toekomstige curator heeft geen dienstverleningsverplichtingen noch bevoegdheden zoals een advocaat deze heeft. Sterker nog, het is zelfs niet wenselijk dat hij als toekomstig curator in rechte optreedt voor degenen in wiens belang hij dient te handelen (de gezamenlijk schuldeisers). Als hier aanleiding toe zou zijn dient hij zijn functie neer te leggen.²⁷² Wat al direct de vraag oproept of deze, voor een advocaat nogal merkwaardige werkhouding, er niet toe leidt dat er geen sprake meer is van enige relatie tot de advocatuur.

Geconcludeerd kan worden dat het huidige zelfregulerend vermogen van INSOLAD tekortschiet. De Advocatenwet biedt evenmin een goede aansluiting voor het gedrag van de toekomstige curator. Een wettelijke grondslag voor toezicht op naleving van 'best practice rules' door de R-C of rechtbank ontbreekt, noch is op andere wijze hierin voorzien. Een eigen beroeps-, gedrags-, en tuchtrecht met een onafhankelijke instantie die hierop toeziet lijkt - mede gezien de uitbreiding in werkterrein en in het belang van effectieve rechtswegen - in toenemende mate wenselijk. Wessels pleitte al in 2002 voor een eigen beroeps-, gedrags- en tuchtrecht voor curatoren. Hij stelde voor dit vorm te geven in een toezichthoudende commissie van onafhankelijke personen, en herhaalt zijn voorstel in 2013. Hij wijst daarbij met name naar de internationale ontwikkelingen op dit terrein.²⁷³ Ook Vriesendorp pleit in 2005 voor meer transparantie en zelfregulering van de beroepsgroep en stelt voor om een eigen tuchtrecht op te zetten waarbij de goede elementen van het advocatentuchtrecht over te nemen.²⁷⁴ Een dergelijk tuchtrecht dient dan wel de *hele* beroepsgroep te betreffen, en niet slechts de INSOLAD-leden. Daarbij kan tevens het advies van Wessels gevolgd worden, door aansluiting te zoeken bij de internationale ontwikkelingen.

²⁷¹ Artikelen 46 d e.v. Advocatenwet. Na poging tot bemiddeling volgt procedure bij Raad van Discipline met hoger beroepsmogelijkheid bij het Hof van Discipline.

²⁷² Hierover volgt meer onder § 4.1.1, 'De overeenkomst', p. 39.

²⁷³ Wessels 2013, onder punt 4.

²⁷⁴ Vriesendorp 2005.