

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

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

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

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

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

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

2. Huidige praktijk

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

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

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

3. **Reikwijdte van de regeling**

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

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

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

4. **Effectiviteit en misbruikgevoeligheid**

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

- 4.5 In de overgrote meerderheid van de gevallen zijn de over te dragen activa voor een belangrijk deel belast met zakelijke zekerheidsrechten of in eigendom van een derde. Pand- en hypotheekhouders, verhuurders en eigendom voorbehoudende schuldeisers (de “zekerheidsschuldeisers”) kunnen in beginsel hun rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is. Het is om die reden onvermijdelijk dat deze zekerheidsschuldeisers betrokken worden bij de voorbereidingen van een doorstart. Wanneer een schuldenaar in financiële nood verkeert is de zekerheidsschuldeiser (meestal een bank) onvermijdelijk nauw betrokken bij een activatransactie.
- 4.6 Dit doet af aan de legitimatie van het voorontwerp (stilte als voorwaarde voor continuïteit en waardebehoud). Daar komt nog bij dat het belang van deze zekerheidsschuldeisers anders is dan dat van de schuldeisers zonder zekerheidsrecht. Het belang van de zekerheidsschuldeisers is vanzelfsprekend vooral dat de waarde van hun zekerheden of eigendommen wordt gemaximaliseerd en gerealiseerd, zodat zij zelf zoveel en zo snel mogelijk zullen worden voldaan. Het is om deze redenen onaannemelijk dat met het voorontwerp de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden gediend.
- 4.7 Hierboven werd al gewezen op het gevaar dat de schuldenaar een “doorstart” van de onderneming in faillissement misbruikt als een middel om relatief goedkoop van te dure duurovereenkomsten af te komen¹. Te denken valt daarbij vooral aan arbeidsovereenkomsten en huurovereenkomsten. In die gevallen staat het belang van de schuldenaar (die vaak een relatie met de koper heeft) voorop en kunnen de rechten van de gezamenlijke schuldeisers en in ieder geval van werknemers en (bijvoorbeeld) verhuurders ernstig worden geschonden.
- 4.8 Daar waar het voorontwerp beoogt om de schuldenaar in exclusiviteit, maar met betrokkenheid van een beoogd curator, een doorstart voor te bereiden, wordt de kat op het spek gebonden.
- 4.9 Het voorontwerp kent twee voorzieningen om misbruik door de schuldenaar (en de koper) tegen te gaan. De eerste is de aanwijzing van een beoogd curator wiens taak het is om te waken voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.
- 4.10 De taak van een beoogd bewindvoerder is een andere, en het is niet duidelijk of diens taak eigenlijk hetzelfde inhoudt in de pre-pack-fase als die van de beoogd curator.
- 4.11 De andere voorziening is dat de schuldenaar bij het verzoek aan de rechtbank aannemelijk moet maken dat het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers is gediend, of belangen van maatschappelijke aard - zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers - gebaat zijn (vgl. artikel 363 lid 1).
- 4.12 Ten aanzien van de eerstgenoemde voorziening: de beoogd curator zal niet in staat zijn om op adequate wijze het belang van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen. De beoogd curator heeft geen enkele bevoegdheid en kan informatie niet afdwingen van de schuldenaar. Omdat de beoogd curator een “stille curator” is, kan hij de schuldeisers niet om informatie of om hun mening vragen - daartoe is hij ook niet bevoegd. Andersom kunnen de schuldeisers ook geen vragen stellen of aanwijzingen geven aan de beoogd curator om hun belangen adequaat te doen

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

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

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

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

5. Overgang van een onderneming en arbeidsovereenkomsten

- 5.1 De overdracht van een onderneming in faillissement is als "koude" doorstart van de onderneming in zwang is geraakt in het eind van de jaren '80 van de vorige eeuw. Het EHvJ besliste in 1985 dat (behoudens een "opt-in" door Lidstaten) de Richtlijn EG 77/187 niet van toepassing was bij faillissementen². Daarop heeft de Hoge Raad in 1987 beslist dat het oude artikel 1639aa BW niet van toepassing was in faillissement³. Hiermee werd de deur opengezet naar de "koude" doorstart. Een "koude" doorstart is een vóór het faillissement door de schuldenaar (en zekerheidsschuldeisers) voorbereide activatransactie waarbij zo spoedig mogelijk ná het uitspreken van het faillissement de curator de arbeidsovereenkomsten - zonder schadeloosstelling - beëindigt en de onderneming aan een in het voortraject geselecteerde gegadigde (net als bij de "pre-pack" vaak een nieuwe entiteit waarin de (aandeelhouder van de) schuldenaar mede participeert) verkoopt en overdraagt. De koper biedt vrijwel tegelijkertijd aan een selectie uit de door de curator ontslagen werknemers nieuwe arbeidsovereenkomsten aan.
- 5.2 Het is tegen die achtergrond dat het faillissement steeds meer wordt gebruikt om noodlijdende ondernemingen snel, eenvoudig en tegen lage kosten, te "bevrijden" van de lasten van een teveel aan personeel en van een onevenwichtige of ongezonde samenstelling van de personeelspopulatie. Deze praktijk stuitte op bezwaren, omdat misbruik werd gevreesd en gesignaleerd. Van misbruik is sprake wanneer - kort samengevat - de (aandeelhouder van de) schuldenaar wel alternatieven heeft om zijn onderneming te reorganiseren, maar een bedrijfsmatige keuze maakt om het faillissement hoofdzakelijk te gebruiken om zijn personeelsbestand te saneren zonder afvloeiingskosten te betalen. In verband daarmee is in 2002 een antimisbruik bepaling in de wet opgenomen (artikel 13a Fw)⁴

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

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

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

die overigens in de praktijk niet effectief blijkt te zijn.

- 5.3 De vraag is of de Richtlijn buiten toepassing blijft bij een doorstart die is voorbereid op de wijze als in het voorontwerp is voorzien. Een overgang van een onderneming in het kader van een *“faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie⁵”* is uitgezonderd van toepassing van de Richtlijn. Onder “overgang van een onderneming” wordt verstaan *“de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt”* (artikel 1.1 onder b Richtlijn). In artikel 6:662 BW wordt onder de overgang van een onderneming verstaan *“de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of splitsing van een economische eenheid die haar identiteit behoudt”*.
- 5.4 In het voorontwerp is voorzien dat de beoogd curator een bindende verklaring zal kunnen afleggen waarin hij verklaart onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat hij na de faillietverklaring de onderneming zal vervreemden op voet van artikel 101 Fw. Een dergelijke verklaring is - ook volgens de MvT - niet anders te duiden dan als een verklaring dat de curator de onderneming verkoopt op de bedongen voorwaarden behoudens interventie van buitenaf. De overeenkomst waarbij de onderneming van de schuldenaar wordt verkocht komt aldus materieel tot stand vóór het faillissement. Na het openen van het faillissement rest nog slechts het “tekenen bij het kruisje” door de curator. De rechter-commissaris heeft naar moet worden aangenomen zijn toestemming al vóór het faillissement gegeven, en deze goedkeuring wordt na het faillissement nog slechts geformaliseerd. Met deze gang van zaken wordt het formele toezicht tijdens het eigenlijke faillissement voor wat betreft de verkoop en overdracht van de onderneming vrijwel geheel uitgehold. Het is denkbaar en goed verdedigbaar dat, wanneer het zwaartepunt van en het toezicht op de transactie zozeer vóór het faillissement is gelegen als bij de “pre-pack” het geval is, de rechter tot de conclusie komt dat in dat geval de Richtlijn wel degelijk van toepassing is⁶. In de literatuur is er voorts voor gewaarschuwd dat ook het nadrukkelijke continuïteitsstreven dat bij de pre-pack voorop staat tot gevolg kan hebben dat de Richtlijn van toepassing is⁷. Die waarschuwing is terecht, en al helemaal wanneer de continuïteit van de aan de doorstartende onderneming verbonden werkgelegenheid als belang is aangevoerd bij het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator.
- 5.5 Zo beschouwd roept het voorontwerp op dit punt onzekerheid op, welke onzekerheid een sterk belemmerende factor zal zijn. Kopers zullen zeker willen weten of zij wel of geen personeel van rechtswege in dienst krijgen c.q. of zij wel of niet hoofdelijk aansprakelijk worden voor de door de schuldenaar onbetaald gelaten schulden aan het personeel. Krijgen zij die zekerheid niet, dan zal ofwel in het geheel geen doorstart plaatsvinden ofwel een doorstart tegen een prijs waarin deze onzekerheid is verdisconteerd.
- 5.6 Ook het personeel wordt met een onzekere situatie geconfronteerd. Indien het personeel aanspraak maakt op de Loongarantieregeling zal het geconfronteerd kunnen worden met het antwoord dat het zijn geld moet halen bij de koper van de

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

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

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

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

onderneming.

6. **Rechtsbescherming**

- 6.1 In de MvT wordt opgemerkt dat de schuldeisers de bevoegdheid hebben om bezwaar tegen de doorstart te maken op grond van artikel 69 Fw. Volgt daaruit dat de weg van het derdenverzet tegen het faillissement (artikel 10 Fw) is uitgesloten?
- 6.2 De rechtbank dient op een aangifte of aanvraag tot een faillissement ambtshalve te onderzoeken of zij rechtsmacht heeft ten aanzien van de schuldenaar die aangifte van zijn faillissement doet. In het voorstel tot aanpassing van de Europese Insolventie Verordening (“EIV”⁸) is deze regel uitdrukkelijk opgenomen⁸. Ook dient zij ambtshalve vast te stellen of daadwerkelijk een faillissementstoestand bestaat. Wanneer de rechtbank op het enkele verzoek van de schuldenaar een beoogd curator aanwijst heeft zij op deze beoordeling in feite al een voorschot genomen⁹. Dit voorschot op die beoordeling kan de schijn wekken dat de rechtbank een verzet gebaseerd op het ontbreken van rechtsmacht of van een faillissementstoestand niet meer zonder vooringenomenheid kan behandelen.
- 6.3 Het faillissement behelst een verregaande ingreep in en beperking van de bevoegdheden en eigendomsrechten van de schuldenaar en van zijn schuldeisers, die een wettelijke basis móet hebben die een behoorlijke bescherming biedt aan de getroffen partijen. Aan de schuldeisers en aan andere belanghebbenden dient een behoorlijk gewaarborgde behoorlijke procesgang open te staan die voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM. Het is voor twijfel vatbaar of het voorontwerp aan die eis voldoet. Daarmee bestaat een risico, dat het faillissement dat is vooraf gegaan door de aanwijzing van een beoogd curator en met een door deze voorbereide doorstart niet erkend wordt in andere EU lidstaten (of daarbuiten) omdat het tot stand is gekomen op een wijze die strijdt met de openbare orde.

7. **Rechtsonzekerheid**

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

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

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

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

8. **Aanbevelingen en systematiek**

- 8.1 De Commissie meent dat het voorontwerp in zijn huidige vorm moet worden ontraden. Niettemin, voor het geval de wetgever een regeling als in het voorontwerp in de Faillissementswet zou willen opnemen, doet zij de volgende aanbevelingen.
- 8.2 Het voorontwerp houdt blijkens de MvT in dat de regeling een zelfstandige kaderregeling¹⁰ is, die niet verbonden is aan een aanvraag tot een faillissement (of surseance van betaling). De Commissie beveelt aan dat de benoeming van een beoogd curator wordt opgenomen in de wet als een voorlopige voorziening waarom kan worden verzocht nadat een aangifte tot faillietverklaring (of een aanvraag tot surseanceverlening) is ingediend en die voortduurt zolang de aanvraag in behandeling is. Deze systematiek wordt ook erkend in de EIV (zie preambule 16 EIV)
- 8.3 De mogelijkheid om een beoogd bewindvoerder te benoemen wordt niet gesteund door de doelen die met het voorontwerp worden beoogd; en worden ook niet gesteund door een vraag uit de praktijk. Sterker nog, de doelen die het voorontwerp beoogt te dienen zijn tegengesteld aan de doelen van de surseance van betaling. Het verdient aanbeveling om uitsluitend een beoogd curator aan te wijzen voorafgaand aan een faillissement en om deze beoogd curator bevoegdheden te geven die misbruik van het faillissement door de schuldenaar en de koper van diens onderneming) tegen gaan.
- 8.4 Bij de hierna volgende artikelsgewijze bespreking worden nadere aanbevelingen gedaan.

9. **Artikelsgewijs commentaar**

Artikel I

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

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

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

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

tot stand gekomen.

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

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

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

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

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

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

Artikel 363

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

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

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

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

Artikel 364

9.19 Dit artikel geeft geen aanleiding tot afzonderlijke inhoudelijke opmerkingen.

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

Artikel 365

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

Lid 1

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

Lid 2

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

Lid 2 onder a

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

Lid 2 onder b

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

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

Lid 2 onder c

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

Lid 3

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

Artikel 366

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

Artikel 367

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

21/01/2014