



Amsterdam, 20 januari 2014

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

verzending uitsluitend per email

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

Geachte Mevrouw,

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

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

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

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



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

Namens de Nederlandse Vereniging van Leasemaatschappijen - NVL

Hoogachtend,

Mr. H. Veerbeek
Vz. Juridische Commissie NVL

P.-J. Bentein
Secretaris

Contact:



08D



02/04/2014 10:15 003

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

Datum
28 januari 2014

Uw kenmerk
438067

Onderwerp
Advies op het wetsontwerp voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I

Geachte heer Opstelten,

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

Strekking wetsvoorstel

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

Advisering

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

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

Rechtsmiddelen

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

Transparantie

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

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

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

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

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



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

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

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

Publicatieplicht

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

Artikelsgewijs

Artikel 363

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

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



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

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

Artikel 364

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

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

Artikel 365

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



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

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

Artikel 366

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

Namens de Nederlandse Vereniging voor rechtspraak,
De Wetenschappelijke Commissie

M.E. de Meljer
voorzitter





NEDERLANDSE
VERENIGING
VOOR RECHTSPRAAK

02 / 04

PostNL

€1,12

Afz. 2500 EH 20303



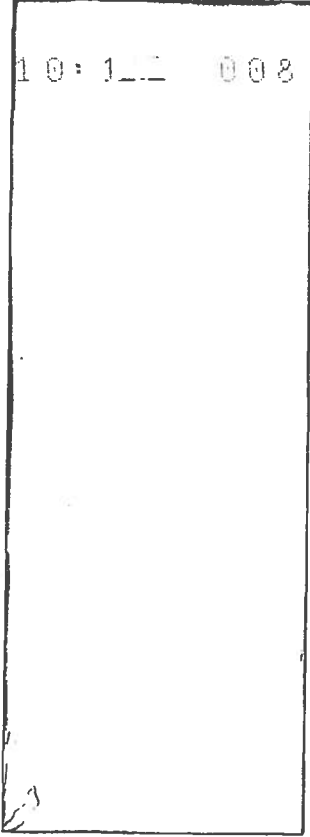
NEDERLAND

31.01.14

NetSet FR 905120

4

1 0 : 1 1 0 0 8



Gezien scan: kamer
(V&J)

03 Feb. 2013

FM Haaglanden

03 Feb. 2014

GDEFP 2500DEH301

Postbus 30315, 2500 GH Den Haag

Openbaar Ministerie



College van Procureurs-Generaal

Voorzitter

Postbus 20305 2500 EH Den Haag

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

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

11/22/2013 14:53 020

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

Afdeling Wet- en Regelgeving

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

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

Geachte heer Opstelten,

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

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

Hoogachtend,
Het College van procureurs-generaal



H.J. Bolhaar

Openbaar Ministerie

College van procureurs-generaal
parket-generaal



141 PostNL
141 Port Betaald
141 Port Payé
141 Pays-Bas

1413

1413

021

Gezien scankamer
V5J

22 NOV. 2013

FM Haaglanden

22 NOV. 2013

Ontvangen

GD1PF 25DDDEH3D1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Internetconsultatie Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I

Openbare publicatie

Het wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I vanuit arbeidsrechtelijk perspectief

Door: Universiteit van Amsterdam, vakgroep arbeidsrecht

Auteurs: P. Huffman, J. van der Pijl en I. Zaal¹

Inleiding

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

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

Nadere beschouwing roept echter nadrukkelijk ook vragen op. Allereerst stippen wij de vraag aan of een soepele doorstart zich wel altijd verdraagt met eerlijke concurrentie. Met name in krimpende markten (grafische industrie, bouw) kan het door andere marktdeelnemers als onrechtvaardig worden ervaren dat concurrenten zich op goedkope wijze van schulden, huur- en arbeidsovereenkomsten ontdoen, terwijl die ondernemers zelf kosten noch moeite hebben gespaard om wel volledig aan hun verplichtingen te kunnen blijven voldoen. Wij verwijzen in dit kader naar de zgn. opruimfunctie die het faillissement (ook) kenmerkt: als een ondernemer niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen is zijn rol vooralsnog uitgespeeld, terwijl de concurrenten die er wel in slagen het hoofd boven water te houden verder mogen gaan, zonder nog last te hebben van de verdwenen concurrent. Wij werken dit betrekkelijk algemene bezwaar nu echter verder niet uit³, maar zoomen in op de vraag hoe het wetsvoorstel vanuit het Europese en Nederlandse arbeidsrecht moet worden gezien.

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

² Toelichting op het wetsvoorstel op de website van de overheid: www.internetconsultatie.nl.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De toepasselijkheid van de Richtlijn Overgang van Onderneming

⁷ Zie bijvoorbeeld de openbare faillissementsverslagen van de curatoren in de faillissementen van Schoenenreus, Opinion Group, Pellikaan Uitgeverijen, Ruwaard van Putten Ziekenhuis, Marlies Dekkers, Ciccolella.

⁸ Het Financieele Dagblad van 17 oktober 2013 (artikel: Gedupeerden in actie)

⁹ HvJ EU 7 februari 1985, NJ 1985,900 (Abels).

¹⁰ Ingevoerd per 1 juli 2002.

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

Richtlijn 2001/23/EG¹¹ (hierna: de Richtlijn) is de derde sociaal klassieke richtlijn en onderdeel van het Sociaal Actie Programma (hierna: SAP) van 1974-76.¹² Het SAP werd opgesteld naar aanleiding van verontwaardiging over een reorganisatie bij Akzo - een Nederlands-Duits concern - waarbij besloten werd tot ontslag van 5.000 werknemers in het land waar de kosten daarvoor het laagst waren. Het SAP moest de Europese Gemeenschap een 'sociaal gezicht' te geven door middel van richtlijnen die minimumnormen bevatten om herstructureringen te faciliteren. De richtlijnen waren nadrukkelijk niet bedoeld om de beleidsvrijheid van ondernemingen te beperken met betrekking tot het herstructureren en het ontslaan van werknemers.¹³ In plaats daarvan zijn ze gericht op het reguleren van de sociale gevolgen en het verzachten van de effecten van herstructureringen en collectieve ontslagen.

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

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

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

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

¹⁴ Preambule Richtlijn 2001/23/EG, punt 3.

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

In de eerste versie van de Richtlijn¹⁶ was geen bepaling opgenomen met betrekking tot de toepasselijkheid van de bepalingen uit de Richtlijn in insolventie. Het Hof van Justitie (hierna: het Hof) leek na enige jaren een einde te maken aan de onduidelijkheid over de toepasselijkheid van de Richtlijn bij insolventieprocedures. In het *Abels*-arrest¹⁷ werd bepaald dat de Richtlijn niet van toepassing was bij de overgang van een onderneming die zich in een faillissementsprocedure bevindt. Daarbij werd overwogen dat de toepasselijkheid van de Richtlijn in een insolventieprocedure zowel een goed als een schadelijk effect heeft op de belangen van de werknemers die zij poogt te beschermen. De toepasselijkheid van de richtlijn in een insolventieprocedure kan immers een potentiële koper weerhouden van een eventuele overname. Dat zou ertoe leiden dat de onderneming die zich in een insolventieprocedure bevindt alsnog geliquideerd moet worden waardoor alle arbeidsplaatsen verloren gaan.¹⁸ Een dergelijk risico van een tegen de sociale doelstellingen van het Verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en arbeidsomstandigheden van de werknemers valt derhalve niet uit te sluiten. Daaruit vloeit, volgens het Hof, voort dat de richtlijn de lidstaten er niet toe verplicht de bepalingen daaruit ook van toepassing te verklaren op een overgang van een onderneming die plaatsvindt in het kader van een faillissement, dat gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie.¹⁹

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

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

¹⁶ Richtlijn 77/187/EG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassingen van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* 1977 L 061.

¹⁷ HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900.

¹⁸ R.o. 21.

¹⁹ R.o. 23.

²⁰ R.o. 28-30.

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

²² HvJ EG 7 december 1995, *NJ* 1996, 743.

²³ HvJ EG 12 maart 1998, *JAR* 1998, 100.

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

²⁵ HvJ EG 12 november 1998, C-399/96.

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

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

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

Kijkend naar het wetsvoorstel (waarmee de huidige praktijk een wettelijke basis wordt gegeven), is de mogelijkheid tot aanwijzing van een beoogd curator er – mede – op gericht om de doorstart van op zichzelf levensvatbare gedeelten van de onderneming na faillissement te bespoedigen.³⁰ Ook dient een schuldenaar aannemelijk te maken dat het aanwijzen van een beoogd curator mede in het belang is van de continuïteit van de gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers.³¹ De voortzetting van de onderneming is misschien niet het hoofddoel, maar – getuige ook de titel van het wetsvoorstel³² – zeker niet onbelangrijk bij het aanwijzen van een beoogd curator. Dit past ook in de Europese ontwikkelingen waar de nadruk op 'rescue' van ondernemingen ligt.³³ Bij het 'gewone' faillissement blijkt uit de volledige wetsgeschiedenis dat het oorspronkelijk doel de liquidatie van de onderneming in

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

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

²⁸*Stb.* 2012, 241.

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

³⁰Concept MvT, p. 1-2.

³¹Art. 363 lid 1 van het voorontwerp.

³²Wet *continuïteit* ondernemingen I.

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

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

Mogelijkheden voor de wetgever

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Medezeggenschap

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

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

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

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

⁴¹ Toelichting p. 2.

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

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

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

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

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

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

3)

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

⁴² Toelichting p. 4.

⁴³ Toelichting p. 7 en 8.

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

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

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

WMCO

Wij wijzen voorts ook op de werking van de Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO).⁴⁶ De verplichtingen uit hoofde van deze wet hebben betrekking op situaties waarin – kort gezegd – de arbeidsovereenkomst van 20 of meer werknemers worden beëindigd. In pre-packsituaties is dit op het eerste oog vaak het geval. Het gaat in de regel om grotere ondernemingen (al was het maar omdat de financiering van een beoogd curator op voorhand de nodige financiële middelen vergt, hetgeen naar onze inschatting bij de gemiddelde MKB-onderneming, die in financiële problemen is komen te verkeren een serieus obstakel is) waarbij het gangbaar is dat de curator – zoals eerder gememoreerd - ervoor kiest om eerst het volledige personeelsbestand te ontslaan, om de doorstarter vervolgens nieuwe arbeidsovereenkomsten met werknemers naar keuze aan te kunnen laten gaan. De schaduwzijde (vanuit de doorstarter geredeneerd) van deze insteek is dat het vrijwel steeds om een ontslag van meer dan 20 werknemers zal gaan. Niet valt in te zien waarom de Wet Melding Collectief Ontslag niet op deze situaties van toepassing zou zijn, hetgeen betekent dat er een verplichting rust om overleg aan te gaan met de werknemersvertegenwoordigers. Als aan hem een goed en redelijk plan wordt voorgelegd met waarborgen voor de werkgelegenheid en afspraken over selectie van personeel, kunnen zij snel instemmen met de pre-pack. Uiteraard geldt niet de maand wachttijd die buiten faillissement geldt omdat de toestemming van het UWV voor de opzegging niet noodzakelijk is bij faillissement (aldus artikel 6 lid 2, aanhef en sub c BBA 1945). Schaink⁴⁷ oordeelt dat het niet de bedoeling van de werkgever is geweest om de overlegverplichting tijdens faillissement te laten gelden. Wij delen dat standpunt niet. De wetgever heeft op verschillende plaatsen in de WMCO een uitzondering opgenomen voor faillissementssituaties, maar uitdrukkelijk niet ten aanzien van de overlegverplichting. Wij menen dan ook dat deze verplichting zonder meer geldt. Het belang ervan is bovendien sinds de per 1 maart 2012 ingevoerde wetswijziging sterk

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

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

⁴⁷ P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventie*, Kluwer 2012, p. 28.

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

Conclusie en aanbevelingen

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

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

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

⁴⁸ I. Zaal, De reikwijdte van medezeggenschap, Kluwer 2014, p.251.

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

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



0 BD



02/10/2014

de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

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

Directie Strategie en
Ontwikkeling

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

T (088) 36 10000
F (088) 36 10022
www.rechtspraak.nl

09:33

066

datum 5 februari 2014

contactpersoon

e-mail

telefoonnummer

ons kenmerk UIT 7726/S&O/CF

uw kenmerk 438067

onderwerp Advies wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I

Geachte heer Opstelten,

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

Het wetsvoorstel

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

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

Het wetsvoorstel maakt deel uit van het programma Herijking Faillissementsrecht¹ en is onderdeel van de tweede pijler: versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven, dat erop gericht is onnodige faillissementen te voorkomen.²

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

² Kamerstukken II, 2012-2013, 33 695, nr. 1.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

02/10/2014

09:34

067

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

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad als volgt.³

Advies

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

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

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

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

1.1 Transparantie

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

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

02/10/2014

09:34

068

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

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

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

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

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

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

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

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

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

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

02/10/2014

09:34

069

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

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

3. Artikel I, Onderdeel F

3.1 Aanwijzing beoogd curator of beoogd bewindvoerder (artikel 363)

3.1.1 Artikel 363 lid 1 en lid 2

3.1.1.1 Financiële toestand verzoeker

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

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

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

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

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

02/10/2014

09:34

070

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

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

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

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

3.1.1.2 Het verzoek van de schuldenaar, vragen van de rechtbank

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

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

3.1.2 Artikel 363 lid 3

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

02/10/2014

09:34

0711

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

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

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

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

3.1.3 Artikel 363 lid 4

3.1.3.1 Toepasselijkheid voor natuurlijke personen

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

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

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

3.1.3.2 Samenloop Wet Continuïteit Ondernemingen I en Wet Continuïteit Ondernemingen II

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

02/10/2014

09:34

07

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

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

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

3.1.4 Artikel 363 lid 5

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

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

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

3.2.1 Artikel 364 lid 1

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

02/10/2014

09:34

073

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

3.2.2 Artikel 364 lid 3

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

3.2.2.1 Belang van verantwoording door stille curator

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

3.2.2.2 Tijdstip verslaglegging

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

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

3.2.2.3 Vorm en inhoud

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

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

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

02/10/2014

09:34

04

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

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

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

3.3.1 Rol beoogd curator

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

3.3.2 Artikel 365 lid 2

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

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

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

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

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

02/10/2014 09:34 075

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.3 Artikel 365 lid 3

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

02/10/2014

09:34

076

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

verklaringen⁵.

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

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

3.4.1 Artikel 366 lid 1 en lid 2

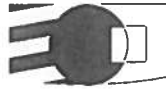
In de huidige tekst komt naar het oordeel van de Raad onvoldoende naar voren dat de schuldenaar een verzoeker is die een beoogd curator wenst, en dus nog niet verkeert in de toestand dat hij is opgehouden te betalen. Immers, wanneer hij in de toestand zou verkeren dat hij is opgehouden te betalen, dient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

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

3.4.2 Artikel 366 lid 3

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

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

02/10/2014 09:34 077

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

3.5 De beoogd rechter-commissaris (artikel 367)

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

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

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

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

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

Artikel 367 lid 2

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

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

4. Voorstel tot wijziging volgorde artikelen

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

02/10/2014

09:34

078

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

Werklast

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

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

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

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



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

02/10/2014

09:34

079

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

Tot slot

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

Hoogachtend,

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

Beperking exposure voor nieuwe schuldeisers

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

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

Maatschappelijk belang als zelfstandige grondslag

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

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

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

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

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

Licht aan het eind van de tunnel?

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

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



VNO-NCW



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

Briefnummer
14/10.037/J1a

Den Haag
21 januari 2014

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

Telefoonnummer

E-mail

Excellentie,

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

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

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

Risico's van de voorgestelde regeling

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

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

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

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

011212014
 10013110
 011212014
 10013110
 011212014
 10013110
 011212014
 10013110

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

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

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

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

“b) belangen van maatschappelijke aard, zoals de openbare orde en veiligheid, de continuïteit van de door de schuldenaar gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid substantieel gebaat is of zijn bij de aanwijzing, en de aanwijzing niet leidt tot een ernstige verstoring van de concurrentieverhoudingen.”

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

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

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

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

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

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

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

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

Ten slotte

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

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

Hoogachtend,



Drs. C. Oudshoorn
Directeur Beleid



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

Datum 20 januari 2014
Referentie BR2088

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

Geachte heer Opstelten,

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

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

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

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

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

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

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

Hoogachtend,

Chris Buijink
Voorzitter

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

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

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

Samenvatting

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

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

Andere aspecten zijn:

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

1. macro economische betekenis en aantallen pre-packs

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

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



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

2. voordelen

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

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

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

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

3. nadelen en risico van misbruik

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



Een van de nadelen die is genoemd is het ontbreken van een openbaar biedingsproces op de activa¹. Evenwel ook bij de tot dusverre gehanteerde praktijk van de voorbereide doorstart of een doorstart na het faillissement is geen sprake van een openbaar biedingsproces. In met name de grotere dossiers zal er voor faillissement meestal al een zogenoemd 'distressed' M&A proces hebben plaatsgevonden. Als dit goed en professioneel is uitgevoerd, voegt een openbaar biedingsproces tijdens faillissement niets meer toe. De beoogd curator kan zich hierover een oordeel vormen als hij inzage hij inzage heeft in het (verloop en de uitkomst van het) biedingsproces.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. verzoek schuldenaar (artikel 363 Voorontwerp)

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

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

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

Hoewel voor een eigen aangifte van faillissement een opdracht van de AVA nodig is³, meent de NVB dat het bestuur zelfstandig en vanuit de eigen verantwoordelijkheid (dus zonder opdracht van de AVA) moet kunnen beslissen omtrent een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Dit standpunt wordt ingegeven door het feit dat de schuldenaar bij het verzoek aannemelijk moet maken dat (kort gezegd) met de aanwijzing de belangen van schuldeisers en/of maatschappelijke belangen zijn gediend. In dit kader zal het bestuur noodgedwongen een keus tussen de belangen van de betrokken stakeholders moeten maken. Daarbij is de aandeelhouder meestal 'out of the money'. Als een aandeelhouder dan niet bereid of in staat is de financiële positie van de vennootschap te versterken, dan is zijn belang niet meer relevant voor de afweging of al dan niet een aanvraag moet worden ingediend. Moet de AVA toestemming of opdracht geven, dan kan de AVA een pre-pack simpelweg voorkomen door die toestemming niet te verlenen. Het resultaat daarvan is waarschijnlijk dat het bestuur vanwege de 'Beklamel-norm'⁴ direct surseance van betaling zal (moeten) aanvragen. De belangen van de andere stakeholders zijn daar vaak niet mee gediend. Voorkomen moet worden dat een AVA haar benodigde toestemming als 'nuisance value' kan gebruiken c.q. misbruiken.

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

³ Zie artikel 2:246 BW voor de BV

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Hieronder illustreert de NVB met een voorbeeld het belang van een wettelijke regeling m.b.t. artikel 54 Fw: De voorraden vallen meestal onder het pandrecht van de financier. Indien verpande voorraden door de schuldenaar worden verkocht zonder dat er sprake is van uitoefening van het pandrecht door de financier, dan zal de financier geen bijzondere verhaalpositie hebben ten aanzien van de direct gerealiseerde verkoopopbrengst⁵, tenzij er bij de verkoop eerst een vordering is ontstaan die aan de financier verpand is. In beginsel zal de financier niet verpande verkoopopbrengsten die vóór de faillissementsdatum worden gerealiseerd en die in de rekening courant van de cliënt worden bijgeschreven kunnen verrekenen met hetgeen de financier van de cliënt te vorderen heeft. Daarvoor moet de financier wel te goeder trouw zijn in de zin van artikel 54 Fw. In de fase tussen de aanwijzing van een beoogd curator en het uitspreken van het faillissement is er op basis van bepaalde jurisprudentie discussie mogelijk over de vraag of de financier nog wel te goeder trouw is in de zin van artikel 54 Fw en zich derhalve nog wel op verrekening kan beroepen. Voor de continuïteit van de onderneming en beoogde doorstart is het van belang, dat de onderneming in de fase tussen de aanwijzing van de beoogd curator en het uitspreken van het faillissement door kan draaien. Dat kan in zijn algemeenheid alleen als in de pre-pack fase er geen andere regels gelden dan daarvoor. Op het moment dat de bank wetenschap heeft van een pre-pack en als gevolg daarvan moet vrezen dat hij het risico loopt ontvangen bedragen niet meer te kunnen verrekenen en ze later aan de curator moet afstaan, is de financier niet bereid haar rol als financier in de pre-pack periode te continueren. Als een financier van een (retail-)onderneming op voormelde wijze het risico loopt met lege handen te komen staan, betekent dit in zijn algemeenheid dat een financier de financiering opzegt en over zal gaan tot executie van haar zekerheden. Naar de mening van de NVB ligt het voor de hand dat de beoogd curator hierover kan verklaren jegens de financier. Het is noodzakelijk dat zo'n verklaring een wettelijke basis krijgt opdat de financier op een dergelijke verklaring kan vertrouwen en niet beducht hoeft te zijn dat de verklaring ter discussie wordt gesteld door de (opvolgend) curator en de (opvolgend) rechter-commissaris. Als de financier dergelijke zekerheid niet krijgt, zullen financiers zich genoodzaakt zien maatregelen te nemen om te voorkomen dat hun positie tijdens de pre-pack periode niet verslechtert.

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

