

Vergaderjaar 2015–2016

34 218

Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voorzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I)

Nr. 6

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 15 februari 2016

Met veel belangstelling heb ik kennisgenomen van de opmerkingen en vragen van de leden van de fracties van de VVD, de PvdA, de SP, het CDA en de PVV. Graag ga ik in deze nota in op de gestelde vragen en de gemaakte opmerkingen. Daarbij zal ik in deze nota zoveel mogelijk aansluiten bij de in het verslag gekozen paragraafindeling. Omdat ik de vragen van verschillende fracties betreffende eenzelfde aspect van de voorgestelde regeling voor de overzichtelijkheid gezamenlijk zal beantwoorden, kan dit er echter in een aantal gevallen toe leiden dat het antwoord op vragen in een andere paragraaf dan in het verslag terechtkomen. Wanneer dit het geval is, heb ik in een voetnoot aangegeven waar de desbetreffende vraag in het verslag terug te vinden is.

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

Alvorens ik overga tot de beantwoording van de gestelde vragen, breng ik graag eerst kort in herinnering wat met het voorliggende wetsvoorstel wordt beoogd.

Doel van het wetsvoorstel is om een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te bieden voor een in de praktijk ontwikkelde methode (ook wel aangeduid als de «*pre-pack*») waarbij de rechtbank kort voor een verwachte faillietverklaring van een onderneming op verzoek van het bestuur al aanwijst wie in geval van faillissement tot curator zal worden benoemd. Doel van deze aanwijzing is om het faillissement onder toezicht van de beoogd curator alvast in stilte voor te bereiden, zodat de curator bij de aanvang van het faillissement goed beslagen ten ijs kan komen en direct in staat is de noodzakelijke maatregelen te nemen. Indien hiermee voorkomen kan worden dat de onderneming na de faillietverklaring abrupt stilvalt en de schade die uit het faillissement voortvloeit onnodig verder oploopt, is er sprake van meerwaarde van de aanwijzing van een beoogd curator. Hetzelfde geldt wanneer hiermee de kans kan worden vergroot dat bedrijfsactiviteiten van de failliete onderneming door middel

van een doorstart voortgezet kunnen worden en dat daarbij een hogere boedelopbrengst kan worden gerealiseerd en meer werkgelegenheid behouden kan blijven. Onderzoek heeft uitgewezen dat schuldeisers, werknemers en anderen betrokkenen, in dergelijke gevallen veel baat kunnen hebben bij toepassing van de «*pre-pack methode*», omdat hiermee de schade die zij als gevolg van het faillissement lijden kan worden beperkt.¹

Met de voorgestelde wettelijke regeling wordt in de eerste plaats bereikt dat de «*pre-pack*» methode in alle arrondissementen beschikbaar komt en dat voor de toepassing daarvan dezelfde uitgangspunten gelden. De regeling brengt ook verschillende verbeteringen ten opzichte van de bestaande «*pre-pack*» methode en komt daarmee tegemoet aan de zorgen die in de praktijk en in de literatuur zijn geuit ten aanzien van de aanwijzing van een beoogd curator. Deze zorgen komen er in hoofdzaak op neer dat de voorbereiding van een doorstart uit faillissement, bij gebrek aan transparantie en in geval van misbruik van de regeling door de schuldenaar, uiteindelijk toch niet de belangen dient van de betrokkenen bij het faillissement, in het bijzonder die van de schuldeisers en de werknemers. In reactie hierop wordt in de voorgestelde regeling meer duidelijkheid gegeven over de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voordat een schuldenaar toegang kan krijgen tot een stille voorbereidingsfase. Verder wordt met de regeling duidelijk vastgelegd wat in de stille voorbereidingsfase de rol is van de beoogd curator, welke middelen hem ter beschikking staan, wat de verhouding is tussen de beoogd curator en de rechtbank en wat de rol is van de beoogd rechter-commissaris. De regeling verstevigt ook de positie van schuldeisers en van werknemers in het voorbereidingstraject en in de eerste fase van het faillissement. Zo voorziet de regeling onder meer in de mogelijkheid dat de rechtbank ter bescherming van de belangen van de werknemers, aan de aanwijzing van een beoogd curator bepaalde voorwaarden verbindt. Daarbij moet vooral gedacht worden aan de voorwaarde dat de ondernemingsraad (OR) of de personeelsvertegenwoordiging en de vakbonden actief betrokken worden bij overleg over de eventuele doorstart van bedrijfsactiviteiten. Ook is bepaald dat de voormalig beoogd curator binnen zeven dagen na de beëindiging van het voorbereidingstraject hiervan verslag moet uitbrengen. Volgt inderdaad een faillissement dan wordt dit verslag bij de griffie ter inzage gelegd, zodat de schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen spoedig kennis kunnen nemen van datgene wat zich kort voor de faillietverklaring heeft voorgedaan. Verder kan de rechtbank bij een op een stille voorbereidingsfase volgende faillietverklaring een voorlopige commissie van schuldeisers instellen waarin dan onder meer een vertegenwoordiger van de werknemers zitting zal hebben. Deze commissie heeft tot taak de curator in het kader van zijn taakuitoefening van advies te dienen. Dit kan bijvoorbeeld een advies zijn over een doorstart. Ten slotte is van belang dat de voorgestelde regeling enkele nieuwe maatregelen bevat op basis waarvan bestuurders die de regeling oneigenlijk hebben gebruikt of een poging daartoe hebben gedaan, aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de daarmee verband houdende schade. Na inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod zal aan deze personen ook een bestuursverbod kunnen worden opgelegd.²

De WCO I voorziet in een kaderregeling die ruimte biedt voor nadere invulling door de praktijk. De Vereniging Insolventierecht Advocaten (Insolad), heeft al praktijkregels opgesteld voor de beoogd curator (hierna:

¹ Zie de in paragraaf 2.3 van de memorie van toelichting aangeduide onderzoeken van J.R. Hurenkamp en van de Radboud Universiteit in samenwerking met BDO Consultants.

² Kamerstukken I, 34 011.

Insolad-praktijkregels).³ Daarin wordt de taakuitoefening van de beoogd curator verder uitgewerkt. In de consultatie over het voorontwerp heeft de Raad voor de rechtspraak aangekondigd dat het landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling (de Recofa) – die nu al periodiek de *«Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling»* vaststelt – ook richtlijnen zal ontwikkelen voor de wijze waarop bij de rechtbanken omgegaan zal worden met de stille voorbereidingsfase.

De leden van de PvdA-fractie merken op dat zij zich kunnen vinden in de doelstelling van het wetsvoorstel om de bestaande *«pre-pack-praktijk»* wettelijk te verankeren, maar dat de toepassing van die praktijk hen eerder ook aanleiding gaf om door middel van schriftelijke vragen zorgen te uiten over de gevolgen van een *«pre-pack»* voor het personeel van de failliete onderneming. Daarom zal het wetsvoorstel door deze leden vooral worden beoordeeld aan de hand van de vraag of en in hoeverre de voorgestelde regeling mogelijkheden biedt om te voorkomen dat een in stilte voorbereid faillissement misbruikt kan worden als een middel om op goedkope wijze van personeel af te komen of om de arbeidsvoorwaarden van het personeel te verslechteren. Ook de leden van de CDA-fractie vragen zich af of de stille voorbereidingsfase niet juist fraudeleus gedrag en oneigenlijke handelingen van bestuurders of feitelijk leidinggevenden uitlokt.

Het faillissement van een onderneming heeft in de regel een grote impact op de werknemers van die onderneming. De werknemers verliezen door het faillissement veelal immers hun baan. Ik ben het daarom volledig eens met de leden van de PvdA-fractie dat het van belang is om in faillissementssituaties nauwlettend aandacht te besteden aan de belangen van werknemers. Overigens kan een faillissement ook voor andere betrokkenen aanzienlijke schade meebrengen. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan de leveranciers van de failliete onderneming en aan de bij de onderneming werkzame freelancers. Voor deze betrokkenen geldt dat zij hun openstaande vorderingen doorgaans niet meer betaald krijgen. Door het faillissement raken zij bovendien een klant kwijt. Verder kunnen bijvoorbeeld afnemers van de failliete onderneming grote problemen ondervinden als de leveringen plotseling gestaakt worden. Het wetgevingsprogramma *«herijking van het faillissementsrecht»* richt zich in de tweede pijler (versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven) daarom in de eerste plaats op maatregelen die ondernemers stimuleren om in geval van dreigende betalingsonmacht tijdig hulp te zoeken en op maatregelen waardoor ondernemingen met een te zware schuldenlast hun schulden kunnen reduceren om zo een faillissement te voorkomen. Zo beoogt de Wet continuïteit ondernemingen II (WCO II), die nu in voorbereiding is, het eenvoudiger te maken om met schuldeisers een schuldsaneringsakkoord te sluiten.⁴

Een faillissement kan echter niet in alle gevallen voorkomen worden. In de gevallen waarin een faillissement niet kan worden afgewend, is het van belang om de schade voor de betrokkenen zoveel mogelijk te beperken. Het is met dat doel dat het bij grote en complexe faillissementen al lange tijd gebruik is dat de toekomstig curator in de aanloop van de faillietverklaring alvast de gelegenheid wordt gegeven om zich in te lezen en zich voor te bereiden op de taak die in het verschiet ligt.⁵ De *«pre-pack*

³ Zie de «Praktijkregels beoogd curator» van Insolad, te vinden op <http://www.insolad.nl/publicaties.html>.

⁴ Een voorontwerp van het wetsvoorstel is te vinden op: <https://www.internetconsultatie.nl/wco2>.

⁵ Mr. A.J. Tekstra, «De energiemarkt en insolventie», *FIP* 2015/59. Mr. Tekstra noemt in zijn publicatie onder meer de faillissementen van vliegtuigbouwer Fokker en vrachtautofabrikant DAF.

praktijk» die in de afgelopen jaren tot ontwikkeling is gekomen, bouwt hierop voort.

Uit de in de memorie van toelichting genoemde onderzoeken blijkt dat schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen om verschillende redenen baat hebben bij de «*pre-pack praktijk*».⁶ In de eerste plaats kan een zorgvuldige voorbereiding van een aanstaand faillissement ertoe leiden dat de schade die uit het faillissement voortvloeit, kan worden beperkt, bijvoorbeeld doordat de opbrengst en het behoud van werkgelegenheid bij een doorstart van bedrijfsactiviteiten uit dat faillissement kan worden geoptimaliseerd. Daarnaast – en dat is gezien de door leden van de verschillende fracties geuite zorgen over misbruik van bijzonder belang – menen (beoogd) curatoren, (beoogd) rechters-commissarissen en advocaten van schuldenaren die eerder betrokken zijn geweest bij een «*pre-pack*», dat het risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht juist kleiner is bij een doorstart die door het bestuur onder het toezien van de beoogd curator wordt voorbereid, dan bij een reguliere doorstart uit faillissement.⁷ De stille voorbereidingsfase biedt de beoogd curator de gelegenheid om die doorstart al voor de faillietverklaring kritisch te toetsen en om te onderzoeken of er eventueel nog alternatieve doorstartscenario's zijn. Dit kan hij doen in relatieve stilte. De beoogd curator heeft nog niet te maken met de negatieve publiciteit die doorgaans volgt op een faillietverklaring en die leidt tot waardeverlies. Hierdoor is de tijdsdruk om tot een transactie met een koper/doorstarter te komen ook minder groot. Bovendien zal de beoogd curator bij aanvang van zijn werkzaamheden direct kunnen beschikken over de informatie die hij nodig heeft om zijn toets te kunnen verrichten. Dit laatste komt doordat het bestuur bij een verzoek aan de rechtbank om een beoogd curator aan te wijzen, de nodige stukken zal moeten overleggen. Hieruit moet blijken dat er een reële kans is dat een faillietverklaring aanstaande is, dat geprobeerd is het faillissement af te wenden, maar dat de mogelijkheden daartoe lijken te zijn uitgeput en dat het van belang is het faillissement voor te bereiden. De rechtbanken die de «*pre-pack methode*» al toepassen, zijn in dat opzicht in de loop van de tijd steeds strengere eisen gaan stellen. Om aan die eisen te kunnen voldoen, moet de schuldenaar al flink wat voorwerk hebben verricht, zoals het laten verrichten van taxaties en het (laten) doen van marktonderzoek.⁸ Wordt er een poging gedaan om het faillissement oneigenlijk te gebruiken – het faillissement wordt bijvoorbeeld niet aangevraagd omdat de schuldenlast onhoudbaar is geworden, maar als middel om op goedkope wijze van personeel af te komen of de arbeidsvoorwaarden te verslechteren – dan zal de beoogd curator dit aan de hand van deze informatie sneller kunnen ontdekken. Hij zal een faillissement dan nog kunnen verhinderen door de rechtbank te verzoeken de aanwijzing in te trekken (artikel 366, eerste lid). Daarbij zal de beoogd curator zijn bevindingen naar voren brengen, zodat de rechtbank die over een eventuele faillissementsaanvraag zal moeten oordelen, hierover tijdig is geïnformeerd.

Dat ervaringsdeskundigen menen dat het risico op misbruik van het faillissementsrecht kleiner is in de gevallen waarin er een doorstart tot stand komt met gebruikmaking van de «*pre-pack methode*», neemt niet weg dat dit risico serieus is bezien. In de voorgestelde regeling is daarom voorzien in verschillende maatregelen om het risico op oneigenlijk gebruik van de «*pre-pack methode*» verder in te dammen. Zo zal er

⁶ Zie de in paragraaf 2.3 van de memorie van toelichting aangeduide onderzoeken van J.R. Hurenkamp en van de Radboud Universiteit in samenwerking met BDO Consultants. (of: zie noot 1).

⁷ J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk; Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Amersfoort: Celsus juridische uitgeverij 2014, p. 105–106.

⁸ J.C.A.T. Frima, «WCO I – de positie van de R-C en de rechtbank», *TvI* 2015/36, onder 2.1.

slechts sprake kunnen zijn van een aanwijzing van een beoogd curator en daarmee een stille voorbereidingsfase wanneer voldaan is aan een aantal strenge toelatingscriteria. De schuldenaar zal aannemelijk moeten maken dat er een reële kans is dat een faillietverklaring aanstaande is en dat voorbereiding van het faillissement in het concrete geval duidelijk meerwaarde heeft voor de schuldeisers, de werknemers en andere betrokkenen (artikel 363, eerste lid). Ook is bepaald dat de rechtbank voorwaarden kan verbinden aan de aanwijzing van een beoogd curator. Daarmee kan zij de positie van de beoogd curator versterken (artikel 363, vierde lid). De rechtbank zou bijvoorbeeld als voorwaarde kunnen stellen dat de schuldenaar ermee in zal moeten stemmen dat externe deskundigen worden ingeschakeld die de beoogd curator kunnen ondersteunen bij het in kaart brengen van de situatie waarin de onderneming zich bevindt en bij de toetsing van een doorstart die door het bestuur is voorbereid. Verder wordt het eenvoudiger gemaakt voor de curator om bestuurders die de stille voorbereidingsfase oneigenlijk hebben gebruikt of hebben willen gebruiken, aansprakelijk te stellen voor de daaruit voortvloeiende schade. Aan dergelijke bestuurders kan nadat de Wet civielrechtelijk bestuursverbod⁹ in werking is getreden, ook een civielrechtelijk bestuursverbod worden opgelegd (artikelen II en III).

De leden van de PvdA-factie wijzen op het lopende (vervolg)onderzoek naar de positie van werknemers in en rondom faillissement. Deze leden vragen of de uitkomsten van dit onderzoek ook relevant zijn in het kader van dit wetsvoorstel en zo ja, in welke zin, alsmede waarom dat dan niet noopt tot het stilleggen van het wetgevingstraject. Voor het geval dat de resultaten van het onderzoek daarvoor niet van belang zouden zijn, vragen de leden hierop een nadere toelichting. Het bedoelde onderzoek dat is uitgezet door het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) en het voorliggende wetsvoorstel staan los van elkaar. Het WODC-onderzoek betreft een uitgebreide analyse van een aantal concrete situaties in het recente verleden waarbij sprake was van ondernemingen in financiële moeilijkheden. Doel van het WODC-onderzoek is meer inzicht te krijgen in de rol die de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in en rondom faillissement in de praktijk speelt. De WCO I heeft een veel beperkter bereik; het omvat slechts een regeling voor de aanwijzing van een beoogd curator die kort voor de faillietverklaring zou kunnen plaatsvinden, mits aan de daarvoor geldende strenge toelatingscriteria is voldaan. Het wetsvoorstel brengt geen wijzigingen in de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in en rondom faillissement. Wel wordt meer nadruk gelegd op de behartiging van de belangen van werknemers in de stille voorbereidingsfase, onder meer doordat in artikel 363, vierde lid, expliciet is bepaald dat de rechtbank zich bij de aanwijzing van een beoogd curator de vraag zal moeten stellen of het nodig is om ter behartiging van de belangen van de werknemers specifieke voorwaarden te stellen. Het WODC onderzoek richt zich nu juist in het bijzonder op de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in en rondom faillissement. Bovendien bestrijkt dit onderzoek het brede gebied dat begint op het moment waarop een onderneming in de financiële problemen dreigt te raken en kan eindigen met een faillissement. Dit is ook precies het gebied dat wordt bestreken door de Wet continuïteit ondernemingen III (WCO III). Daarom ligt het in de rede dat de resultaten van het WODC-onderzoek worden meegenomen in het wetgevingstraject betreffende dat wetsvoorstel. In de voortgangsbrieven van 7 juli en 18 december 2015 is meegedeeld dat de uitkomsten van het onderzoek kunnen worden betrokken bij de voorbereiding van de WCO III.¹⁰

⁹ Kamerstukken I, 34 011.

¹⁰ Kamerstukken II 2014/15, 33 695, nr. 8 en Kamerstukken II 2015/16, 33 695, nr. 10.

Om bovengenoemde redenen is het niet nodig om het wetgevingstraject betreffende de WCO I aan te houden tot de resultaten van het WODC-onderzoek beschikbaar zijn en er over die uitkomsten debat heeft plaatsgevonden. De belangen van de partijen die door het faillissement worden geraakt – waaronder de werknemers – zouden hier bovendien niet mee gediend zijn. Met het voorliggende wetsvoorstel doe ik de toezegging gestand die de voormalig Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie heeft gedaan tijdens het mondelinge vragenuurtje in de Tweede Kamer van 18 juni 2013.¹¹ Evenals de Kamerleden die destijds bij het vragenuurtje aan het woord waren, meen ik dat de introductie van een wettelijke grondslag voor de «*pre-pack praktijk*» urgentie heeft. Zoals ik hierboven reeds uiteen heb gezet, wijst de bestaande «*pre-pack praktijk*» uit dat het zeer gunstig kan zijn voor schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen, wanneer het faillissement onder het toezicht van de beoogd curator wordt voorbereid. Daarom is het van belang dat er een wettelijke regeling komt die ervoor zorgt dat de aanwijzing van een beoogd curator ook mogelijk wordt in de arrondissementen waar de «*pre-pack methode*» nu nog niet wordt toegepast omdat daarvoor een wettelijke grondslag ontbreekt. Met de voorgestelde regeling wordt bovendien de ruimte benut die er is om verbeteringen aan te brengen in de bestaande «*pre-pack praktijk*». Schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen zijn er dus bij gebaat wanneer de voorgestelde regeling spoedig tot stand komt.

2. Doel van het wetsvoorstel

De pre-pack praktijk

De leden van de fracties van de VVD, de SP en het CDA vragen naar de reden waarom drie rechtbanken de «*pre-pack praktijk*» thans niet toepassen. Ook vragen zij of te verwachten is dat deze rechtbanken die praktijk na invoering van de voorgestelde wettelijke regeling wél zullen toepassen. De leden van de CDA-fractie hebben ook verzocht om aan te geven of de argumenten die ten aanzien van de stille bewindvoering zijn aangevoerd vanuit de rechtbanken die de genoemde praktijk nu niet toepassen, zijn meegewogen in onderhavig wetsvoorstel, en zo ja, op welke wijze dit is terug te zien.

Op dit moment bestaat er in de Faillissementswet geen uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor de aanwijzing van een beoogd curator. Voor drie rechtbanken is dit de reden waarom zij besloten hebben om verzoeken tot aanwijzing van een beoogd curator niet in behandeling te nemen. Na de inwerkingtreding van de wettelijke regeling zoals die thans wordt voorgesteld, zullen deze rechtbanken in voorkomende gevallen wel tot een dergelijke aanwijzing overgaan; dit uiteraard mits voldaan is aan de daartoe gestelde strenge toelatingscriteria. Nu de Faillissementswet de aanwijzing van een beoogd curator ook niet uitsluit, nemen de andere rechtbanken verzoeken daartoe wel al in behandeling. Bij de aanvang van de consultatiefase is een voorontwerp van dit wetsvoorstel toegezonden aan de Raad voor de rechtspraak. Bij het advies dat de Raad vervolgens over dat voorontwerp heeft uitgebracht, waren rechters van alle elf arrondissementen betrokken. Daarmee hebben dus ook de rechtbanken die thans nog geen verzoeken tot aanwijzing van een beoogd curator inwilligen, suggesties aangedragen voor de formulering van de voorgestelde regeling. In de memorie van toelichting is in de artikelsgewijze toelichting beschreven hoe het advies van de Raad voor de rechtspraak verwerkt is in het wetsvoorstel.

De leden van de fracties van de VVD en de SP vragen of het wetsvoorstel inzake de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, welk wetsvoorstel reeds

¹¹ Handelingen II 2012/13, nr. 96, item 5, p. 8–9.

door de Tweede Kamer is aangenomen, voldoende is toegespitst op de situatie dat bestuurders of feitelijk leidinggevendenden de stille voorbereidingsfase oneigenlijk hebben gebruikt of hebben willen gebruiken, en of die wet voldoende handvatten biedt om wanbestuur door bestuurders of feitelijk leidinggevendenden in die fase of bij de uitvoering van een «pre-pack» aan te pakken.

Het bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod is bedoeld om te voorkomen dat malafide bestuurders hun ongewenste activiteiten na faillissement via een andere vennootschap kunnen voortzetten.¹² Daartoe wordt als sanctie gesteld dat iemand, tenzij de rechter anders bepaalt, gedurende maximaal vijf jaar geen bestuurder of commissaris bij een vennootschap kan zijn.

Wanneer een bestuurder tijdens de stille voorbereidingsfase zijn taken onbehoorlijk vervult – hiervan zou bijvoorbeeld sprake zijn wanneer hij in die fase transacties verricht waarmee hij de gezamenlijke schuldeisers benadeelt (een faillissementspauliana ingevolge artikel 42 Fw) – dan voorziet genoemd wetsvoorstel reeds in de mogelijkheid tot oplegging van een bestuursverbod. Zoals ik in de nota naar aanleiding van het verslag bij dit wetsvoorstel heb aangegeven in reactie op vragen van leden van de SP-fractie, meen ik «dat er ook goede redenen voor de oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod kunnen zijn, als een bestuurder op basis van een bewust onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken aanstuurt op een zogenaamde pre-pack».¹³ Ik heb daarbij aangekondigd dat het voorliggende wetsvoorstel zou voorzien in een regeling die is toegespitst op het voorkomen van misbruik van de stille voorbereidingsfase. De betreffende regeling is te vinden in artikel III. Artikel III bepaalt, samengevat, dat als de Wet civielrechtelijk bestuursverbod wet wordt, aan de regeling van het bestuursverbod in artikel 106a lid 1 Fw wordt toegevoegd dat een bestuursverbod ook kan worden opgelegd als blijkt dat de bestuurder of de feitelijk leidinggevende bij zijn verzoek om de aanwijzing van een beoogd curator onjuiste informatie heeft verschaft over de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement met het oogmerk om het voorbereidingstraject op oneigenlijke gronden te gebruiken. De regeling biedt daarmee de mogelijkheid om oneigenlijk gebruik van de stille voorbereidingsfase, en pogingen daartoe, door middel van een bestuursverbod aan te pakken.

De leden van de SP-fractie wijzen erop dat de stille voorbereidingsfase in beginsel twee weken duurt en vragen zich af of dit lang genoeg is om een bestuursverbod te effectueren en een nieuwe tijdelijke bestuurder aan te stellen. Zij wijzen in dat verband op de situatie waarin het ROC Leiden zich bevond voordat het gered werd van een faillissement; de financiële problemen van het ROC Leiden zouden aldus deze leden het gevolg zijn van wanbestuur. Zij vragen of het in een dergelijk geval ook mogelijk zal zijn om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen. Deze leden vragen om een reactie op de stelling dat in dergelijke gevallen een toekomstig faillissement zoveel mogelijk moet worden voorkomen en dat dit alleen mogelijk is als de mensen die eerder verantwoordelijk waren voor de gemaakte fouten, niet meer het feitelijk bestuur vormen. De aanwijzing van de beoogd curator en daarmee de stille voorbereidingsfase duren in de regel inderdaad slechts enkele weken. Bedoeling is dat in die weken onder toezicht oog van de beoogd curator het naar verwachting aanstaande faillissement en, indien aan de orde, een doorstart van bedrijfsactiviteiten worden voorbereid. De stille voorbereidingsfase dient er niet toe om een bestuurder die zijn taak niet goed vervult te vervangen om op die manier een financieel debacle te voorkomen. Wanneer sprake is van een aanwijzing van een beoogd

¹² Kamerstukken I, 34 011.

¹³ Kamerstukken II 2014/15, 34 011, nr. 6, p. 2.

curator is het daarvoor al te laat. De financiële problemen die al dan niet zijn veroorzaakt door slecht bestuur, zijn dan immers al zo groot dat het faillissement naar verwachting aanstaande is. De korte tijd die nog rest tot aan de faillietverklaring dient volledig in het teken te staan van het beperken van de schade die uit het faillissement voortvloeit. Dan is het in de regel beter dat de bestuurders, die de onderneming immers het beste kennen, blijven zitten en dat zij de voorbereidingen treffen die nodig zijn. De beoogd curator kijkt met een kritische blik mee en spreekt het bestuur aan wanneer het voorbereidingstraject een wending lijkt te nemen waardoor de belangen die hij behartigt in het gedrang lijken te komen. Na de faillietverklaring kan de voormalig beoogd curator, die dan inmiddels curator is in het faillissement (hierna: faillissementscurator), bezien of er inderdaad sprake is geweest van onbehoorlijk bestuur. Is dit het geval, dan kan hij de bestuurders aansprakelijk stellen voor de schade die als gevolg van dit handelen is ontstaan (vgl. artikelen 2:138 of 2:248 BW). Na inwerkingtreding van de Wet civielrechtelijk bestuursverbod kan de beoogd curator de rechter ook verzoeken de betreffende personen een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen, waarmee kan worden voorkomen dat malafide bestuurders hun ongewenste activiteiten na faillissement via een andere vennootschap kunnen voortzetten. Voor de mogelijkheid om een bestuurder, van wie wordt gesteld dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan wanbestuur, als het ware per direct (ongeacht of er sprake is van een faillissements situatie) aan de zijlijn te plaatsen, kan op een eerder tijdstip een beroep worden gedaan op de enquêteprocedure bij de Ondernemingskamer (artikel 2:344 e.v. BW). In die procedure kan een onderzoek worden bevolen indien blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid of juiste gang van zaken te twifelen. Daarbij kan de Ondernemingskamer zo nodig een bestuurder schorsen en in zijn plaats tijdelijk een andere bestuurder benoemen als onmiddellijke voorziening.

De leden van de SP-fractie merken op dat zij hebben gelezen dat uit het onderzoek van mr. J.R. Hurenkamp naar de «*pre-pack praktijk*» is gebleken dat in zevenendertig gevallen sprake is geweest van een succesvol flitsfaillissement. Deze leden vragen hoeveel procent van de aanwezige werkgelegenheid in de betreffende gevallen gemiddeld behouden kon blijven. De leden van de PvdA-fractie vragen zich af hoe dat percentage zich verhoudt tot het behoud van werkgelegenheid bij doorstarts die niet al voor de faillietverklaring waren voorbereid.

Mr. Hurenkamp heeft voor zijn onderzoek achtenveertig faillissementen onderzocht waarbij sprake was van toepassing van de bestaande «*pre-pack praktijk*». In zeventig van die gevallen was sprake van een doorstart. Bij deze doorstarts waren in totaal ruim 9.000 werknemers betrokken, waarvan 64% in dienst is getreden bij de doorstarter en daarmee door de doorstart dus hun baan hebben kunnen behouden. Een ander onderzoek is enkele jaren geleden verricht door mr. Luttikhuis in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek.¹⁴ Dit onderzoek betrof alle in 2004 beëindigde faillissementen van bedrijven en instellingen. De onderzoekers concludeerden dat van de 4167 faillissementen die in 2004 werden beëindigd, in 262 gevallen sprake was geweest van een gehele of gedeeltelijke doorstart van de onderneming. Daarbij ging het om een reguliere doorstart uit faillissement. In 21 van de 262 gevallen betrof de doorstart een bedrijf zonder werknemers. Bij de overige 241 ondernemingen waren in totaal 5.363 werknemers in dienst, waarvan 2.971 werknemers (55,4%) hun baan door de doorstart hebben kunnen behouden. Bij de door mr. Hurenkamp onderzochte gevallen waarin met

¹⁴ A.P.K. Luttikhuis i.s.m. CBS, «Faillissementsrecht in cijfers: maatschappelijke belangen en misbruik van faillissement gerelativeerd», *Tv*/2006/3.

gebruikmaking van de «*pre-pack methode*» een doorstart uit faillissement werd gerealiseerd, was dit 64%. Dit laatste percentage is dus ongeveer 9% hoger.

De leden van de SP-fractie vragen op welke manier in de genoemde zevendertig gevallen waarin sprake was van een succesvolle doorstart, werd omgegaan met de belangen van klanten en consumenten. Deze leden merken op dat zij gelezen hebben dat de beoogd curator de belangen van de schuldeisers behartigt en zij vragen zich af welke positie consumenten hierbij innemen. Daarbij verwijzen zij naar het faillissement van Neckermann waar tijdens de stille voorbereidingsfase nog koopovereenkomsten zijn gesloten met consumenten; na de faillietverklaring konden de consumenten de betreffende producten niet meer geleverd krijgen en konden zij ook hun geld niet meer geheel terugvorderen. De leden van de SP-fractie vragen hoe in de toekomst voorkomen kan worden dat consumenten op deze manier gedupeerd worden. Na inwerkingtreding van artikel 363, eerste lid, zal als één van de toelatingscriteria gelden dat een verzoek om aanwijzing van een beoogd curator slechts zal kunnen worden toegewezen als er voldoende middelen aanwezig zijn om tijdens de stille voorbereidingsfase de lopende betalingsverplichtingen die in die fase opeisbaar worden en nieuwe schulden die in die fase ontstaan te kunnen voldoen.¹⁵ Hieronder vallen ook de verplichtingen jegens consumenten. Naar ik begrepen heb wordt er in de bestaande «*pre-pack praktijk*» inmiddels ook al op toegezien dat er tijdens de stille voorbereidingsfase nog voldoende financiële middelen beschikbaar zijn. In de Insolad-praktijkregels is in regel 4.1 opgenomen: «*De beoogd curator bevordert dat de schuldenaar nagaat of deze over voldoende middelen of financiering beschikt om de bedrijfsvoering voort te kunnen zetten zonder derden (waaronder de fiscus) schade te berokkenen.*». Voorts wil ik u in dit verband wijzen op de manier waarop in het faillissement van de Ardenberg Groep, bekend van diverse schoenenwinkelformules, is omgegaan met de belangen van consumenten. In de stille voorbereidingsfase werd er op instigatie van de beoogd curator in voorzien dat de bestellingen die consumenten in die fase nog deden bij de webwinkels allemaal zouden kunnen worden afgeleverd. Ook zorgde hij ervoor dat consumenten die tijdens de stille voorbereidingsfase of na de faillietverklaring aangaven gebruik te willen maken van hun recht om een online gedane aankoop te retourneren (d.w.z. ontbinding ingevolge artikel 6:230a BW), het aankoopbedrag terugkregen. De consumenten zijn hierover enkele dagen na de faillietverklaring geïnformeerd door middel van een mededeling op de websites van de bij het faillissement betrokken webwinkels.¹⁶

De leden van de SP-fractie vragen de regering hoe in de voorgestelde regeling ruimte wordt geboden voor een marktverkenning in de stille voorbereidingsfase zodat situaties waarin sprake is van «*handjeklap*» zoveel mogelijk worden voorkomen, en hoe potentiële kopers van de «*stille fase*» op de hoogte worden gebracht.

Het door de leden van de SP-fractie beschreven «*handjeklap*»-scenario – waarbij er in de stille voorbereidingsfase een doorstart wordt voorbereid die uiteindelijk toch niet de belangen dient van de betrokkenen bij het faillissement, in het bijzonder die van de schuldeisers en de werknemers – wordt in de eerste plaats reeds voorkomen door de strenge toelatingscriteria. De rechtbank zal een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator slechts toewijzen wanneer een scenario waarin het faillissement van de onderneming in stilte wordt voorbereid in de desbetreffende specifieke

¹⁵ Zie voor een nadere toelichting pag. 43 en 44 van de memorie van toelichting.

¹⁶ Zie de mededeling die ook is gepubliceerd op <http://www.cms-dsb.com/ardenberg>.

situatie voor betrokkenen een dusdanige meerwaarde heeft dat dit te verkiezen is boven het scenario van een regulier (onvoorbereid) faillissement. In die laatste situatie is er na de faillietverklaring meer ruimte voor betrokkenen om invloed uit te oefenen op de totstandkoming van een eventuele doorstart, maar is er eveneens het risico dat de hectiek van het faillissement een negatieve invloed heeft op het succes van een eventuele doorstart en daarmee op het behoud van de waarde van de bedrijfsonderdelen en van de daarin aanwezige werkgelegenheid (artikel 363, eerste lid). Er is sprake van meerwaarde wanneer de voorbereiding ertoe leidt dat de schade die uit het faillissement voortvloeit voor de schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen kan worden beperkt, bijvoorbeeld doordat de opbrengst en het behoud van werkgelegenheid bij een doorstart van bedrijfsactiviteiten aanmerkelijk kan worden verhoogd. De rechtbank zal bij de behandeling van het aanwijzingsverzoek summierlijk toetsen of aan dit toelatingscriterium is voldaan. Het is onwaarschijnlijk dat het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator deze toets zal kunnen doorstaan wanneer het bestuur zich bij de voorbereiding van het naar verwachting aanstaande faillissement volledig richt op een doorstartscenario met één specifieke partij en bij haar aanwijzingsverzoek geen stukken aanlevert waaruit blijkt dat er een gedegen marktverkenning heeft plaatsgevonden, waarbij ook is gekeken naar mogelijkheden voor een doorstart met andere partijen. Voorts geldt op basis van artikel 364, eerste lid, dat wanneer de rechtbank overgaat tot een aanwijzing, de beoogd curator bij de voorbereiding van het faillissement wordt betrokken *«ter verwezenlijking van de meerwaarde»* en dat hij bij het voorbereidingstraject de belangen dient te behartigen van de gezamenlijke schuldeisers. Dit betekent dat de beoogd curator na zijn aanstelling zal moeten verifiëren of de door het bestuur gepretendeerde meerwaarde van een stille voorbereidingsfase ook daadwerkelijk bestaat. Hij zal daartoe het voorbereidingstraject dat door het bestuur in gang is gezet en het voorstel voor de doorstart dat daaruit is voortgekomen, kritisch moeten toetsen. In dat kader zal de beoogd curator ook moeten onderzoeken of er eventueel nog alternatieve doorstartscenario's zijn.¹⁷ In de eerder genoemde Insolad-praktijkregels is in dit verband het volgende opgenomen: *«In het kader van de voorbereiding van een doorstart beoordeelt de beoogd curator of de schuldenaar voldoende inspanning (heeft) verricht om de hoogst mogelijke opbrengst te realiseren. De beoogd curator dient zich er daarbij van te vergewissen dat de schuldenaar behoorlijke marktverkenning uitvoert of recent heeft uitgevoerd en voldoende inspanning verricht of heeft verricht om alle serieuze potentiële gegadigden te bereiken, waaronder (met inachtneming van de vereiste betrouwbaarheid) concurrenten. De schuldenaar dient in beginsel te worden aangezet tot het inwinnen van een recent en onafhankelijk waarderingsrapport omtrent de onderneming en/of haar belangrijkste samenstellende delen. De beoogd curator dient zich ervan te vergewissen dat de schuldenaar streeft naar concurrentie tussen alle serieuze gegadigden in het kader van een deugdelijk biedproces, waarbij alle serieuze gegadigden (waaronder concurrenten), voldoende tijd en gelegenheid krijgen of hebben gehad om onderzoek naar de over te nemen onderdelen te doen en daarop een bod uit te brengen. Waar de schuldenaar dat wenst, kan de beoogd curator daarbij feitelijk assisteren.»*¹⁸

Het is mogelijk dat de beoogd curator constateert dat de informatie die door het bestuur bij zijn aanwijzingsverzoek is overgelegd, onvoldoende is om deze kritische toets te verrichten. Hij zou bijvoorbeeld tot de conclusie kunnen komen dat een nadere marktverkenning dient plaats te vinden, om

¹⁷ Zie in dit kader paragraaf 3.3.2 van de memorie van toelichting.

¹⁸ Zie regel 5.2 van de «Praktijkregels beoogd curator» van Insolad, te vinden op <http://www.insolad.nl/publicaties.html>.

te kunnen uitsluiten dat er geen geïnteresseerde partijen over het hoofd zijn gezien. De schuldenaar dient hieraan dan zijn medewerking te verlenen (artikel 364, vierde lid). Doet hij dit niet, dan zal de beoogd curator vanwege het feit dat hij onvoldoende in staat wordt gesteld om zijn taken te vervullen, zeer waarschijnlijk de rechtbank vragen om hem van die taken te ontheffen en de stille voorbereidingsfase te beëindigen. Ook de rechter-commissaris kan een dergelijk verzoek indienen (artikel 366, eerste lid). Het door de leden van de SP-fractie geschetste «handjeklap»-scenario is daarmee ook automatisch van de baan. De kans dat de curator en de rechter-commissaris na de faillietverklaring alsnog spoorlags akkoord gaan met een door het bestuur voorbereide doorstart, lijkt dan immers uitgesloten.

Tijdens de stille voorbereidingsfase die vooraf ging aan het eerder genoemde faillissement van de Ardenberg Groep werd een onafhankelijke adviesorganisatie op het terrein van fusies en overnames ingeschakeld die een marktverkenning heeft uitgevoerd en een daarop volgend biedingstraject heeft begeleid. In het eerste faillissementsverslag van de curator is vermeld dat de betreffende adviesorganisatie een door het bestuur van de Ardenberg Groep samengestelde lijst van vijftientig potentieel geïnteresseerde partijen heeft ontvangen. De adviesorganisatie heeft deze lijst op basis van haar eigen expertise aangevuld. Vervolgens zijn er zeventien partijen door de adviesorganisatie benaderd. Drie partijen toonde daadwerkelijk interesse en kregen na ondertekening van een geheimhoudingsverklaring een informatiepakket toegezonden met daarin dezelfde informatie op basis waarvan een bod was gedaan door een potentiële koper waarmee de Ardenberg Groep al in gesprek was. De biedingen die deze drie partijen naar aanleiding daarvan uitbrachten, kwamen echter niet in de buurt van het bod dat was gedaan door de partij waarmee het bestuur reeds in gesprek was en dat bij aanvang van de stille voorbereidingsfase aan de beoogd curator was voorgelegd.¹⁹ Met goedvinden van de beoogd curator kon nu de rest van de stille voorbereidingsfase worden besteed aan de verdere voorbereiding van een doorstart met die partij.

Een ander voorbeeld betreft het faillissement van Huishoudelijke Hulp Pantein/Nivent B.V. Tijdens de stille voorbereidingsfase die in dit geval enkele weken duurde werd met behulp van een corporate finance adviseur ook eerst een uitgebreide marktverkenning uitgevoerd en vervolgens een biedingstraject georganiseerd. In het verslag dat de (voormalig beoogd) curator na afloop van de stille voorbereidingsfase uitbracht, is beschreven hoe in totaal 173 partijen werden benaderd en 36 partijen daadwerkelijk interesse toonden. Uiteindelijk tekenden 28 partijen de geheimhoudingsverklaring, waarna zij werden geïnformeerd over de onderneming. Vervolgens hebben 13 partijen toegang gekregen tot verdere informatie die was opgenomen in een (digitale) dataroom. In het verslag noemt de (voormalig beoogd) curator zes partijen die overgingen tot een concrete bieding en legt hij uit waarom het bod van één van die partijen eruit sprong en deze uiteindelijk de partij was waarmee verder is onderhandeld.²⁰

De leden van de SP-fractie vragen of de regering de mening deelt dat er extra voorzichtigheid is geboden wanneer de doorstart plaatsvindt met een gelieerde partij – bijvoorbeeld vanwege de schijn van misbruik of belangenverstrengeling – en zo ja, welke mogelijkheden de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris hebben om deze schijn te

¹⁹ Zie het verslag van de stille voorbereidingsfase d.d. 22 juli 2015 en het eerste openbare faillissementsverslag d.d. 31 augustus 2015. Beide documenten zijn gepubliceerd op <http://www.cms-dsb.com/ardenberg>.

²⁰ Zie voor meer informatie het verslag van de (voormalig beoogd) curator: <http://www.turnaroundadvocaten.nl/upload/20150114.verslag.1a.publicatie.pdf>.

voorkomen of weg te nemen. Indien die mogelijkheden er niet zijn, vragen deze leden wat daarvoor de reden is.

Met de SP-fractie ben ik het eens dat extra voorzichtigheid geboden is wanneer er sprake is van een doorstart uit faillissement met een gelieerde partij. In de Insolad-praktijkregels is de volgende bepaling opgenomen:

«Bij de voorbereiding van een verkoop aan een aan de schuldenaar gerelateerde partij dient de beoogd curator extra voorzichtigheid te betrachten.»²¹ Hieruit maak ik op dat in de bestaande «pre-pack praktijk» reeds sprake is van meer behoedzaamheid ten aanzien van doorstarts met een gelieerde partij.

Om de schijn van misbruik of belangenverstremming weg te nemen, dient het voorbereidingstraject dat leidt tot de doorstart altijd te voldoen aan de volgende randvoorwaarden. Er dient een gedegen marktverkenning plaats te vinden en het streven moet zijn dat ook andere potentiële kopers binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding een reële gelegenheid hebben om hun interesse te tonen en een bieding te doen. Pas wanneer blijkt dat de gelieerde partij het beste bod heeft gedaan, zou een doorstart met die partij verder moeten kunnen worden voorbereid. Bij die verdere voorbereiding dienen steeds de belangen van de schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen voorop te blijven staan. Verder is van belang dat na afloop van het voorbereidingstraject zo spoedig mogelijk openheid van zaken wordt gegeven richting de betrokkenen over de wijze waarop de doorstart tot stand is gekomen. Wanneer aan het faillissement een stille voorbereidingsfase voorafgaat, is er meer ruimte voor de beoogd curator om erop toe te zien dat een doorstart voldoet aan deze randvoorwaarden. Doordat de beoogd curator straks binnen zeven dagen na beëindiging van die fase verslag zal moeten uitbrengen van zijn bevindingen, zullen de schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen bovendien veel sneller en uitvoeriger over het voorbereidingstraject worden geïnformeerd (artikel 366, derde en vierde lid).

Uit het eerder genoemde onderzoek van mr. Hurenkamp blijkt dat er naast het stellen van bovengenoemde randvoorwaarden nog andere mogelijkheden zijn om schijn van misbruik of belangenverstremming tegen te gaan. Bij de achtenveertig onderzochte faillissementen was in vijftien gevallen sprake van een doorstart met een gelieerde partij. In drie van die gevallen kwam de faillissementscurator een opschortende of ontbindende voorwaarde overeen met de gelieerde partij waarmee tijdens de stille voorbereidingsfase was gesproken over een doorstart. Die voorwaarde bestond eruit dat expliciet werd bepaald dat als de curator na de faillietverklaring een aantrekkelijker bod zou krijgen, de voorbereide verkoop/doorstart geen gestand zou worden gedaan.²² Om andere geïnteresseerde partijen de gelegenheid te geven een aantrekkelijker bod te doen werd na de faillietverklaring van de voorbereide doorstart eerst een publieke aankondiging gedaan, waarna gegadigden voor een doorstart een termijn gegund werd waarbinnen zij zich alsnog konden melden. Door het stellen van een dergelijke voorwaarde bestaat het risico dat de hectiek van het faillissement alsnog enige invloed zou kunnen hebben op het succes van de doorstart en daarmee op het behoud van de waarde van de bedrijfsonderdelen en van de daarin aanwezige werkgelegenheid. Toch kan het stellen van deze voorwaarde in het geval van een voorbereide doorstart met een gelieerde partij vanwege de genoemde schijn van misbruik of belangenverstremming gerechtvaardigd zijn. In de voorgestelde regeling is bepaald dat de rechtbank aan de aanwijzing van de beoogd curator of aan de verlenging van die aanwijzing voorwaarden

²¹ Zie regel 5.4 van de «Praktijkregels beoogd curator» van Insolad, te vinden op <http://www.insolad.nl/publicaties.html>.

²² Zie Niopal B.V. (F.13/14/317), Dankers Glas- en Schilderwerken B.V. (F.01/13/972) en Yaper B.V. (F.13/13/677).

kan verbinden indien zij dit nodig oordeelt ter verwezenlijking van het met de stille voorbereidingsfase beoogde doel. In de memorie van toelichting heb ik daarbij als voorbeeld genoemd dat de rechtbank reeds bij de aanwijzing zou kunnen bepalen dat wanneer er uit de stille voorbereidingsfase een voorstel voor een doorstart voortkomt met een gelieerde partij, daarvan na de faillietverklaring in ieder geval eerst een publieke vooraankondiging dient te worden gedaan en dat betrokkenen de gelegenheid dienen te krijgen om nog op de voorbereide doorstart te reageren. Zelfs als ook dan alleen de gelieerde partij in beeld blijft, zouden de reacties van betrokkenen toch nog kunnen leiden tot een heronderhandeling over de voorwaarden waaronder de doorstart plaatsvindt en tot een beter eindresultaat. Het zou daarbij onder meer kunnen gaan om hoeveel en welke werknemers bij de doorstart een nieuwe baan aangeboden krijgen en tegen welke arbeidsvoorwaarden of om de aankoopprijs die door de gelieerde partij dient te worden betaald voor de bedrijfsonderdelen waarmee hij een doorstart wil maken.

De leden van de SP-fractie vragen welke middelen de beoogd curator heeft als hij er tijdens de stille voorbereidingsfase achter komt dat door het handelen en/of nalaten van de schuldenaar (of dit nu bewust of onbewust is) het bedrijf afstevent op een faillissement, en of die middelen hem in staat stellen om het faillissement te voorkomen. Deze leden stellen in dit kader ook de vraag waarom er niet voor gekozen is om de beoogd curator meer de rol van een bewindvoerder toe te kennen. Vooropgesteld moet worden dat het voorliggende wetsvoorstel geen nieuwe insolventieprocedure introduceert, maar voorziet in een uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor de aanwijzing van een beoogd curator in de aanloop naar een faillietverklaring. De aanwijzing van de beoogd curator heeft niet als doel om de onderneming alsnog van een faillissement te behoeden. Dit is wel het doel van één van de andere twee wetsvoorstellen die binnen de tweede pijler van wetgevingsprogramma «*herijking van het faillissementsrecht*» wordt voorbereid. Dit betreft het eerder genoemde wetsvoorstel betreffende de WCO II dat het eenvoudiger moet maken voor ondernemingen om met schuldeisers een schuldsaneringsakkoord te sluiten. De mogelijkheid van een aanwijzing van een beoogd curator komt in beeld wanneer een faillietverklaring naar verwachting niet meer af te wenden is. Doel is – kort gezegd – het faillissement onder het toezien van de beoogd curator voor te bereiden om de daaruit voortvloeiende schade voor de betrokkenen zoveel mogelijk te beperken. Artikel 363, eerste lid, omvat strenge toelatingscriteria waaraan beantwoord zal moeten zijn, wil de rechtbank over kunnen gaan tot een aanwijzing van een beoogd curator. Deze toelatingscriteria leiden ertoe dat het bestuur bij zijn aanwijzingsverzoek de nodige stukken zal moeten overleggen waaruit blijkt dat er een reële kans is dat een faillietverklaring aanstaande is, dat geprobeerd is het faillissement af te wenden, maar dat de mogelijkheden daartoe zijn uitgeput en dat het van belang is het faillissement voor te bereiden. Om hieraan te kunnen voldoen zal het bestuur zich met behulp van adviseurs grondig moeten voorbereiden. Gelet hierop is de kans zeer klein dat het bestuur mogelijkheden over het hoofd ziet om een faillissement nog af te kunnen wenden. Blijft over de mogelijkheid dat het bestuur in een specifiek geval aanstuurt op een faillietverklaring – bijvoorbeeld om via het faillissement op goedkope wijze van personeel af te komen – en de mogelijkheden om een faillissement af te wenden bewust links laat liggen. Dan vormt de toets van het aanwijzingsverzoek door de rechtbank op basis van de genoemde strenge toelatingscriteria een eerste mogelijkheid om een dergelijk geval van misbruik van faillissementsrecht uit te filteren. Verder heb ik eerder beschreven dat de stille voorbereidingsfase de beoogd curator de gelegenheid biedt om dergelijk misbruik tijdig te ontdekken. Hij kan tijdens de stille voorbereidingsfase ook op signalen van misbruik worden

geattendeerd door personen die bij die fase worden betrokken, zoals de werknemers, al dan niet vertegenwoordigd door de OR. Dat de beoogd curator in de bestaande «pre-pack praktijk» al acht slaat op mogelijk misbruik blijkt uit de Insolad-praktijkregels waarin de volgende regel is opgenomen: «De beoogd curator waakt ervoor dat de bevoegdheid aangifte tot faillietverklaring te doen, wordt misbruikt om af te komen van de verplichtingen tegenover werknemers.»²³ De beoogd curator zal een faillissement in een dergelijke situatie alsnog kunnen verhinderen door de rechtbank die hem heeft aangewezen – en die ook over een eventuele faillissementsaanvraag zal moeten oordelen – te verzoeken de aanwijzing in te trekken en de rechtbank daarbij over zijn bevindingen te informeren (artikel 366, eerste lid). Ook dit blijkt iets waar in de bestaande «pre-pack praktijk» al zo over wordt gedacht. De Insolad-praktijkregels omvatten eveneens de volgende regel: «De beoogd curator kan, de schuldenaar gehoord hebbende, zijn functie neerleggen indien: [...] (e) hij ervan overtuigd raakt dat de bevoegdheid aangifte tot faillietverklaring te doen, wordt misbruikt om af te komen van verplichtingen tegenover werknemers.»²⁴

Overigens mag verwacht worden dat het bestuur het zelden zover laat komen. Als de onderneming door het tekortschieten van de bestuurders afstevent op een faillissement, hangt de bestuurders namelijk persoonlijke aansprakelijkheid boven het hoofd (artikelen 2:138 lid 1 en 2:248 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek). In het faillissement is het de voormalig beoogd curator – die dan inmiddels faillissementscurator is – die onderzoek doet naar de oorzaken van het faillissement en naar eventuele aansprakelijkheid van bestuurders voor het boedeltekort.

De aanwijzing van een beoogd curator brengt, zoals de leden van de SP-fractie in hun vragen terecht opmerken, geen verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheden van het bestuur van de onderneming. Aan de beoogd curator is ook niet de rol van bewindvoerder toegekend. Deze keuze is om de volgende redenen gemaakt. In de eerste plaats wordt hiermee voorkomen dat het bestuur zich zou laten weerhouden van de indiening van een aanwijzingsverzoek om de reden dat toewijzing van dat verzoek zou leiden tot een inperking van haar bevoegdheden. Daarnaast zou het – zeker bij ondernemingen met meer omvangrijke en complexe bedrijfsactiviteiten – niet reëel zijn om van de beoogd curator te verlangen dat hij zich, naast zijn (controle)werkzaamheden in het kader van de voorbereiding van het faillissement en een eventuele doorstart, ook bemoeit met de dagelijkse bedrijfsvoering. In de voorgestelde regeling wordt de verantwoordelijkheid voor het beleid en voor het handelen van de onderneming daarom volledig bij het bestuur gelaten. Dat betekent uiteraard niet dat de beoogd curator moet zwijgen als hij signaleert dat het bestuur zijn taak niet naar behoren vervult. Het past in zijn taak als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dat hij in dat geval aan het bestuur te kennen geeft op welke punten de koers naar zijn opvatting gewijzigd zou moeten worden.

De leden van de SP-fractie merken op gelezen te hebben dat in de praktijk een termijn van twee weken toereikend wordt beschouwd voor een beoogd curator om de nodige voorbereidingen te treffen. Deze leden menen dat het antwoord op de vraag hoeveel tijd nodig is, ook zal afhangen van de grootte van een bedrijf, en zij vragen zich af of het in dat opzicht uiteindelijk niet wenselijker is om een rechter per geval te laten beoordelen hoeveel tijd benodigd is, en zo niet, wat daarvoor dan de redenen zijn.

²³ Zie regel 5.7 van de «Praktijkregels beoogd curator» van Insolad, te vinden op <http://www.insolad.nl/publicaties.html>.

²⁴ Zie regel 8.1 van de «Praktijkregels beoogd curator» van Insolad, te vinden op <http://www.insolad.nl/publicaties.html>.

De leden van de SP-fractie merken terecht op dat het afhankelijk is van de omstandigheden hoeveel tijd er in een bepaald geval nodig is voor de voorbereiding van het faillissement. Het wetsvoorstel houdt daar rekening mee. In artikel 363, derde lid, is bepaald dat de rechtbank aan de aanwijzing van een beoogd curator een termijn stelt. Deze is in eerste instantie *ten hoogste* twee weken. De stille voorbereidingsfase kan daarna nog verlengd met een door de rechtbank vast te stellen nieuwe termijn verlengd worden. De stille voorbereidingsfase kan in de praktijk echter niet oneindig voortduren. Verlenging van de termijn kan namelijk alleen plaatsvinden wanneer nog steeds wordt voldaan aan de toelatingscriteria op basis waarvan de rechtbank heeft besloten tot de aanwijzing van een beoogd curator over te gaan. Dat wil zeggen dat de aanwijzing nog steeds meerwaarde moet hebben en dat er nog voldoende middelen aanwezig moeten zijn om tijdens de stille voorbereidingsfase de lopende betalingsverplichtingen die in die fase opeisbaar worden en nieuwe schulden die in die fase ontstaan te kunnen voldoen.

De leden van de CDA-fractie vragen of er ook gevallen bekend zijn waarin (achteraf) door betrokken partijen en/of de media is gewezen op de nadelen van een «*pre-pack constructie*». In het bijzonder vragen zij of de in de memorie van toelichting genoemde voorbeelden (Heiploeg, Harens Smid, Schoenenreus, Marlies Dekkers, Ruwaard van Putten Ziekenhuis, Estro) aanleiding hebben gegeven tot gerechtelijke procedures (door bijvoorbeeld ex-werknemers) en zo ja, wat daarvan de achtergrond was en wat de uitkomsten hiervan zijn geweest, dan wel wat de stand van zaken is ten aanzien van deze procedures. Zij vragen in het bijzonder of de doorstart van het kinderopvangbedrijf Estro succesvol is geweest. Ten aanzien van de bestaande «*pre-pack praktijk*» zijn bedenkingen geuit onder meer vanwege het ontbreken van een wettelijke regeling, alsmede het gebrek aan transparantie en marktwerking in de stille voorbereidingsfase. In enkele gevallen waarin met behulp van die praktijk een doorstart uit faillissement werd voorbereid, is expliciet de vraag opgeworpen of daarbij belangen van de schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen wel voldoende in aanmerking waren genomen. Zoals ik in de inleiding heb opgemerkt wordt met de voorgestelde regeling de ruimte benut die er is om verbeteringen aan te brengen in de bestaande «*pre-pack praktijk*» en wordt daarmee tegemoet gekomen aan deze bedenkingen.

Naar aanleiding van de doorstarts van de Groningse garnalenverwerker Heiploeg en van kinderopvangorganisatie Estro zijn de vakbonden (en in de laatste zaak enkele individuele werknemers) een rechtszaak gestart. Reden was dat na de faillietverklaring van deze ondernemingen alle werknemers hun baan verloren en de werknemers die vervolgens in dienst traden bij de doorstarter te maken kregen met voor hen minder gunstige arbeidsvoorwaarden. De vakbonden stelden in beide zaken – kort gezegd – dat de doorstart in strijd zou zijn met (het doel van) Richtlijn 2001/23/EG betreffende overgang van onderneming en de uit die richtlijn voortvloeiende implementatiewetgeving.²⁵ In de Heiploeg-zaak heeft de kantonrechter inmiddels uitspraak gedaan en geoordeeld dat de doorstart correct was verlopen. Dat daarbij misbruik van het faillissementsrecht zou zijn gemaakt door de doorstarter, was volgens de kantonrechter niet gebleken. Op de doorstart uit een faillissement zijn de arbeidsrechtelijke bepalingen die gelden bij een gewone overgang van een onderneming niet van toepassing. De richtlijn gaat daarvan uit. De werknemers die in het faillissement van Heiploeg waren ontslagen hadden daarom geen recht op behoud van hun baan bij de doorstarter en de werknemers die in

²⁵ Richtlijn 2001/23/EG 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.

dienst traden bij de doorstarter hadden geen recht op behoud van de arbeidsvoorwaarden die zij voor de faillietverklaring van Heiploeg hadden bij hun oude werkgever.²⁶ De vakbonden zijn tegen deze uitspraak in beroep gegaan bij het gerechtshof. Deze procedure loopt nog. Hetzelfde geldt voor de procedure in eerste aanleg in de Estro-zaak, waarin de vakbonden en enkele individuele werknemers een soortgelijke vordering hebben ingesteld. Bij brief van 4 september 2014 heeft mijn voorganger, mede namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, schriftelijke vragen beantwoord die waren gesteld door de leden Heerma en Oskam van uw Kamer over de doorstart van Estro. Ook heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid per brief van 22 oktober 2014 mede namens mijn voorganger vragen beantwoord die waren gesteld door het lid Siderius van uw Kamer over de doorstart uit faillissement van kinderopvangbedrijf Triodus. De leden van de CDA-fractie vroegen mij eveneens om mijn reactie op de gang van zaken bij de doorstart van Estro en van Triodus. In reactie hierop verwijs ik korthedshalve naar die beantwoording.²⁷

Naar aanleiding van de doorstart van het concern Schoenenreus is door de Stichting Investigating Pre-Pack (opgericht door oud-werknemers) om een voorlopig getuigenverhoor verzocht. Achtergrond van dit verzoek is dat de stichting voornemens is een procedure te starten tegen de doorstarter. De stichting meent dat de doorstarter onrechtmatig heeft gehandeld jegens derden, waaronder ex-werknemers en schuldeisers van het failliete Schoenenreusconcern. Het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor is gedeeltelijk toegewezen.²⁸

Tot slot is naar aanleiding van de doorstart van het Ruwaard van Putten Ziekenhuis door twee oogartsen een procedure ingesteld tegen de doorstarter. In deze procedure draaide het om de vraag of de toelatingsovereenkomst tussen het failliete ziekenhuis en de twee oogartsen – op grond waarvan deze twee laatsten als medisch specialist waren toegelaten tot het ziekenhuis om voor eigen rekening en risico de oogheelkundige praktijk uit te oefenen – bij de doorstart was overgegaan op de doorstarter. De oogartsen stelden dat dit het geval was. De rechtbank wees deze claim van de twee oogartsen echter af.²⁹

3. Korte beschrijving van de inhoud van de regeling

Procedurevoorschriften

De leden van de CDA-fractie vragen of ook is overwogen om andere partijen dan de schuldenaar – zoals schuldeisers en werknemers – in de gelegenheid te stellen de rechtbank te verzoeken om een beoogd curator aan te wijzen, en wat de voor- en nadelen van zo'n bevoegdheid van derden zouden zijn. Zij vragen voorts of het niet vreemd is dat schuldeisers wel een verzoek kunnen doen tot intrekking van de aanwijzing, maar niet kunnen verzoeken om de aanwijzing zelf.

Er is inderdaad overwogen om ook derden de bevoegdheid te geven om te verzoeken om aanwijzing van een beoogd curator. Uiteindelijk is echter besloten om deze bevoegdheid niet aan derden toe te kennen. Een dergelijke bevoegdheid zou in de praktijk geen toegevoegde waarde hebben. Voor een succesvolle toepassing van de stille voorbereidingsfase is namelijk de volledige steun en medewerking van het bestuur vereist. Bovendien zal er slechts sprake kunnen zijn van een aanwijzing van een beoogd curator en daarmee een stille voorbereidingsfase wanneer voldaan is aan de eerder aangehaalde strenge toelatingscriteria. Om aan

²⁶ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

²⁷ Aanhangsel Handelingen II 2013/14, 2903; Aanhangsel Handelingen II 2014/15, 625.

²⁸ Rechtbank Oost-Brabant 16 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:785.

²⁹ Rechtbank Rotterdam 18 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1509.

die criteria te kunnen voldoen, moet voor de indiening van het aanwijzingsverzoek al flink wat werk – zoals het verrichten van taxaties en het (laten) doen van marktonderzoek – zijn verzet en ook daarbij is medewerking van het bestuur nodig. Ik ben het met de leden van de CDA-fractie eens dat schuldeisers en werknemers er groot belang bij kunnen hebben dat er gebruik wordt gemaakt van een stille voorbereidingsfase. Het verdient echter de voorkeur dat zij dan daarover in overleg treden met het bestuur. Overigens geldt ook dat wanneer meerdere partijen al op de hoogte zijn van het naar verwachting aanstaande faillissement van de schuldenaar, hierover dan al geen stilte meer bestaat en het niet heel waarschijnlijk is dat er nog meerwaarde is bij een aanwijzing van een beoogd curator.

Aan de schuldeisers en werknemers die betrokken zijn bij de stille voorbereidingsfase is wel de bevoegdheid toegekend om de rechtbank te verzoeken de aanwijzing van de beoogd curator in te trekken en daarmee de stille voorbereidingsfase te beëindigen (artikel 366, eerste lid). Deze bevoegdheid vormt onderdeel van de maatregelen die tot doel hebben om oneigenlijk gebruik van de stille voorbereidingsfase tegen te gaan. Mochten de betrokken schuldeisers aanleiding hebben om te veronderstellen dat toepassing van de stille voorbereidingsfase niet langer in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, dan ligt het in de rede dat zij zich met hun bezwaren in eerste instantie tot de beoogd curator wenden. Zo nodig kunnen zij de rechtbank verzoeken om de aanwijzing van de beoogd curator in te trekken.

De leden van de CDA-fractie vragen naar voorbeelden van situaties waarin een regulier faillissement meer in de rede ligt dan de indiening of toewijzing van een verzoek tot het aanwijzen van een beoogd curator. Of een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator moet worden toegewezen, dient de rechtbank te beoordelen aan de hand van de omstandigheden van het desbetreffende geval. Uitgangspunt daarbij is dat het verzoek moet voldoen aan de eerder beschreven strenge toelatingscriteria. Gelet hierop ligt een regulier faillissement in de rede in situaties waarin er bijvoorbeeld onvoldoende middelen aanwezig zijn om tijdens de stille voorbereidingsfase de lopende betalingsverplichtingen die in die fase opeisbaar worden en nieuwe schulden die in die fase ontstaan te kunnen voldoen. Verder is er geen aanleiding voor een aanwijzing van een beoogd curator wanneer er geen reële kans is op een doorstart van bedrijfsactiviteiten en er ook geen andere redenen zijn om aan te nemen dat met een stille voorbereidingsfase de schade bij schuldeisers, werknemers of andere betrokkenen zou kunnen worden beperkt.

De leden van de CDA-fractie verwijzen naar het in de consultatie door Bogaerts & Groenen gedane voorstel om bij het verzoekschrift onderscheid te maken tussen een «*lichte*» en een «*zware*» aanvraag. Deze leden horen graag of dit nuttig zou zijn.

In de aangeduide reactie in het kader van de consultatie maakt mr. Schalken van advocatenkantoor Bogaerts & Groenen onderscheid tussen – zoals hij dit noemt – een «*lichte*» aanvraag en een «*zware*» aanvraag. Bij een «*lichte*» aanvraag doelt mr. Schalken op de situatie waarin om de aanwijzing van een beoogd curator wordt verzocht om tijdens de stille voorbereidingsfase voorbereidingen te kunnen treffen – zoals het laten verrichten van een marktverkenning, het laten opmaken van (aanvullende) taxatierapporten en het opstellen van een verkoopbrochure – voor een op een doorstart gericht biedingstraject zodat dit traject direct ná de faillietverklaring van start kan gaan. Het faillissement van Verhagen Grafische Media B.V. is met gebruikmaking van de huidige «*pre-pack*

praktijk» op deze wijze voorbereid.³⁰ Met een «*zware*» aanvraag doelt mr. Schalken op gevallen waarin ook het biedingstraject tijdens de stille voorbereidingsfase plaatsvindt, zodat een eventuele doorstart spoedig na de faillietverklaring zou kunnen worden geëffectueerd. Het eerder genoemde faillissement van Heiploeg is een voorbeeld van een geval waarin deze variant van de stille voorbereidingsfase werd toegepast.³¹ Voor de duidelijkheid merk ik op dat ook voor deze variant geldt dat mocht de stille voorbereidingsfase uitmonden in een voorstel voor een doorstart, pas na de faillietverklaring door de curator wordt besloten of hij met dit voorstel kan instemmen en zijn medewerking kan verlenen aan de doorstart.

In het voorliggende wetsvoorstel wordt bepaald dat de schuldenaar bij zijn aanwijzingsverzoek aannemelijk moet maken dat de voorbereiding van het faillissement ten aanzien van zijn specifieke situatie meerwaarde heeft (artikel 363, eerste lid). Dit veronderstelt dat de schuldenaar de rechtbank laat weten wat hij precies met de stille voorbereidingsfase beoogt te bereiken. Daarmee geeft de schuldenaar in feite al aan of het gaat om een «*lichte*» of een «*zware*» aanvraag en is een wettelijke nadere invulling langs de lijn van het voorstel van Bogaerts & Groenen niet meer nodig.

De leden van de CDA-fractie ontvangen graag een reactie op de in de consultatie door CMS gemaakte opmerking dat onduidelijk is of het indienen van een verzoekschrift banken in de gelegenheid stelt om de kredietovereenkomst op te zeggen. Voorts verwijzen deze leden naar een door mr. Schreurs in de consultatie beschreven situatie waarbij de betrokken bank in de voorfase van het faillissement niet meer het bestuur van de schuldenaar als aanspreekpunt wilde hebben, maar uitsluitend nog de beoogd curator. Zij vragen of de regering dit gewenst acht en wat de risico's zijn van een dergelijke opstelling.

Een contractsbepaling die de kredietgever het recht geeft om een kredietovereenkomst op te zeggen wanneer de kredietnemer een verzoek indient tot aanwijzing van een beoogd curator, is naar ik meen niet goed te verenigen met het doel en de strekking van de voorgestelde wettelijke regeling. De stille voorbereidingsfase is bedoeld om het bestuur de gelegenheid te geven een aanstaand faillissement onder het toezien van de beoogd curator in stilte voor te bereiden om op die manier de schade bij de gezamenlijke schuldeisers zoveel mogelijk te beperken. Toewijzing van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator vindt alleen plaats wanneer er voldoende middelen aanwezig zijn om tijdens de stille voorbereidingsfase de lopende betalingsverplichtingen die in die fase opeisbaar worden en nieuwe schulden die in die fase ontstaan te kunnen voldoen. Hierbij past niet dat één van de schuldeisers op basis van voornoemde contractsbepaling in een positie zou kunnen komen waarmee deze het hele voorbereidingsproces op scherp zou kunnen stellen, terwijl hij geen risico loopt dat de lopende betalingsverplichtingen die in de stille voorbereidingsfase opeisbaar worden en nieuwe schulden die in die fase ontstaan niet kunnen worden voldaan. Overigens geldt dit niet alleen voor kredietverstrekkers, maar ook voor andere contractspartijen. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan leveranciers van goederen of diensten die essentieel zijn voor de voortzetting van de bedrijfsvoering tijdens de stille voorbereidingsfase. Aan de voorgestelde regeling wordt daarom door middel van een nota van wijziging een nieuw artikel 368

³⁰ Mr. J.R. Hurenkamp, «*De pre-pack in de praktijk*»; *Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*», Celsus juridische uitgeverij, Amersfoort, 2014, pagina 186.

³¹ Mr. J.R. Hurenkamp, «*De pre-pack in de praktijk*»; *Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*», Celsus juridische uitgeverij, Amersfoort, 2014, pagina's 213–216.

toegevoegd. Daarin is bepaald dat de indiening van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator en de toewijzing van zo een verzoek of een gebeurtenis die daarmee rechtstreeks verband houdt, geen grond opleveren voor:

- een wijziging van contractuele rechten of verplichtingen van of jegens de schuldenaar,
- de opschorting van de nakoming van een contractuele verplichting jegens de schuldenaar, of
- de ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst.

Op grond van deze bepaling kan dus bijvoorbeeld een bank een kredietovereenkomst met de schuldenaar niet opzeggen om de enkele reden dat er een beoogd curator is aangewezen. Een en ander neemt uiteraard niet weg dat er ten tijde van de indiening of de toewijzing van een aanwijzingsverzoek, andere gronden kunnen zijn op basis waarvan de kredietverstrekker bevoegd is om de kredietovereenkomst met de schuldenaar op te zeggen.

De door de leden van de CDA-fractie aangeduide situatie waarin de bank niet het bestuur van de schuldenaar maar uitsluitend de beoogd curator als aanspreekpunt wenst te hebben, is niet in lijn met voorgestelde regeling. Zoals eerder is opgemerkt wordt de positie van het bestuur door de aanwijzing van de beoogd curator namelijk niet gewijzigd. De verantwoordelijkheid voor het beleid en voor het handelen van de onderneming blijft volledig bij het bestuur. De beoogd curator krijgt niet de rol van bewindvoerder. De beoogd curator is bovendien geen functionaris van de onderneming en hij is om die reden bijvoorbeeld ook niet bevoegd om zonder toestemming van de schuldenaar informatie te verstrekken aan derden (zie artikel 364, vijfde lid).

De leden van de CDA-fractie verwijzen naar een eerdere bespreking in de commissie Financiën over de opstelling van banken jegens ondernemers in het kader van het bijzonder beheer van ondernemingen en vragen in verband hiermee om een nadere toelichting op de rol die banken kunnen hebben in de in het wetsvoorstel geregelde «*pre-pack praktijk*». Ook verzoeken zij de regering in te gaan op de wijze waarop banken in de Verenigde Staten omgaan met ondernemers die in faillissement dreigen te raken. Deze leden menen dat ondernemers daar langer bescherming wordt geboden tegen schuldeisers.

Wanneer een onderneming in financiële problemen raakt, loopt de bank het risico dat een verstrekte financiering uiteindelijk niet wordt terugbetaald. Het is daarom gebruikelijk dat de bank bij signalen van financiële problemen die ertoe kunnen leiden dat aflossingsbetalingen, rente en kosten niet tijdig zullen worden voldaan, in overleg treedt met het bestuur om samen te onderzoeken welke maatregelen er genomen kunnen worden om de problemen op te lossen. Dit contact loopt veelal via de bijzonder beheer afdeling van de bank. Zoals eerder is opgemerkt, is het niet altijd mogelijk om financiële problemen op te lossen en een faillissement af te wenden. De bestaande «*pre-pack praktijk*» laat zien dat wanneer dit het geval is en er een aanwijzing van een beoogd curator plaatsvindt, de bank in de regel nauw betrokken blijft in de stille voorbereidingsfase. Vaak is dit nodig voor een goede voorbereiding van het faillissement en een eventuele doorstart. Zo zal de onderneming tijdens de stille voorbereidingsfase gebruik moeten kunnen blijven maken van bijvoorbeeld haar betaalrekeningen. Ook heeft de bank doorgaans zekerheidsrechten op belangrijke activa van de onderneming. Ingevolge artikel 57 e.v. Fw zou de bank deze zekerheidsrechten in faillissement kunnen uitwinnen (d.w.z. de activa te gelde kunnen maken) alsof er geen faillissement was. Vaak is het van belang dit te voorkomen, omdat dit een eventuele doorstart in gevaar zou kunnen brengen. Voorts is het mogelijk dat voor een doorstart nieuwe financiering nodig is.

Dit alles maakt, zoals de leden van de CDA-fractie ook al opmerken, dat een succesvolle voorbereiding van een faillissement, en indien aan de orde, een doorstart, in de praktijk vaak afhankelijk is van de medewerking van de bank. Verwacht mag echter worden dat de bank die medewerking in beginsel ook zal verlenen. De bank is als schuldeiser immers doorgaans zelf ook gebaat bij een goede voorbereiding van een faillissement en bij een doorstart waarbij een zo hoog mogelijk resultaat wordt bereikt. Dit voorkomt dat de bank bij een faillissement aanzienlijk zal moet afschrijven op de uitstaande leningen. Het nieuwe artikel 368 dat door middel van een nota van wijziging aan de voorgestelde regeling zal worden toegevoegd en dat ik hiervoor reeds heb toegelicht, gaat er ook vanuit dat de bank de schuldenaar in staat stelt zijn bedrijfsvoering tijdens de stille voorbereidingsfase voor te zetten. In ieder geval is in dit artikel bepaald dat de aanwijzing van een beoogd curator op zichzelf geen grond oplevert voor opschorting van de nakoming van een contractuele verplichting jegens de schuldenaar of ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Tegelijkertijd geldt op basis van artikel 363, eerste lid, als één van de toelatingscriteria dat een verzoek om aanwijzing van een beoogd curator slechts zal kunnen worden toegewezen als er voldoende middelen aanwezig zijn om tijdens de stille voorbereidingsfase de lopende betalingsverplichtingen die in die fase opeisbaar worden en de nieuwe schulden die in die fase ontstaan, te kunnen voldoen. Dit geldt ook voor verplichtingen jegens de bank. Achtergrond van deze laatste bepaling is dat de stille voorbereidingsfase er niet toe mag leiden dat er meer schulden bij komen waardoor schuldeisers – waaronder ook financiers – juist meer schade wordt berokkend.

De leden van de CDA-fractie wijzen erop dat schuldenaren in Verenigde Staten bij de toepassing van de aldaar geldende insolventieregelingen mogelijk langer beschermd worden tegen schuldeisers. Naar ik begrijp doelen zij daarbij op het moratorium (*«automatic stay»*) dat van kracht wordt wanneer een schuldenaar een beroep doet op de chapter 11-procedure. Deze *«automatic stay»* houdt in dat geen enkele schuldeiser – dus ook niet de schuldeisers met een zekerheidsrecht – meer verhaalsacties tegen de schuldenaar kan beginnen of voortzetten, tenzij de rechter hier expliciet toestemming voor geeft (11 US Code § 362). Of de Nederlandse insolventiewetgeving op dergelijke punten aanpassing behoeft, zal aan de orde komen in het kader van het eerder genoemde wetsvoorstel voor de WCO III. De vraag in welke mate en op welke wijze in financiële problemen verkerende ondernemingen beschermd dienen te worden tegen hun schuldeisers, is namelijk van meer algemene aard en speelt niet alleen in geval van toepassing van de stille voorbereidingsfase.

De leden van de fracties van de VVD en het CDA vernemen graag een reactie op de vraag of bestaande fiscale vorderingen, die pas tijdens de stille voorbereidingsfase opeisbaar worden, als lopende fiscale verplichtingen zouden kunnen worden beschouwd, waardoor mogelijk een ongeoorloofd onderscheid zou kunnen optreden tussen de Belastingdienst enerzijds en andere (preferente en concurrente) crediteuren anderzijds.³² Zij verwijzen daarbij naar zorgen die hierover zijn geuit door MKB-Nederland en VNO-NCW.

Eerder heb ik al opgemerkt dat na inwerkingtreding van artikel 363, eerste lid, als één van de toelatingscriteria zal gelden dat een verzoek om aanwijzing van een beoogd curator slechts zal kunnen worden toegewezen als er voldoende middelen aanwezig zijn om tijdens de stille voorbereidingsfase de lopende betalingsverplichtingen die in die fase opeisbaar worden en de nieuwe schulden die in die fase ontstaan, te kunnen voldoen. Naar aanleiding van bovengenoemde vraag voeg ik

³² De vraag van de VVD-fractie is in onderdeel II (*Artikelsgewijs*) van het verslag terug te vinden (pag. 14).

daaraan toe dat hierbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen betalingsverplichtingen jegens of schulden aan de Belastingdienst of andere schuldeisers. Strekking van de bepaling is dat wanneer er onvoldoende middelen aanwezig zijn om de bedrijfsvoering tijdens de stille voorbereidingsfase voort te zetten, de rechtbank zich zal onthouden van een aanwijzing. Het wetsvoorstel brengt geen wijziging in het op dit moment geldende recht omtrent de rangorde van schuldeisers bij faillissement, dan wel selectieve betaling en het aangaan van nieuwe betalingsverplichtingen.³³

De leden van de PVV-fractie merken op dat in het wetsvoorstel wordt bepaald dat de rechtbank het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator met de meeste spoed in de raadkamer zal behandelen en dat zij zal beslissen bij beschikking. Deze leden vragen wat wordt verstaan onder «de meeste spoed».

Met het begrip «de meeste spoed» wordt bedoeld dat het verzoek op zo kort mogelijke termijn zal worden behandeld; dat wil zeggen in de praktijk binnen één, maximaal twee dagdelen.³⁴

De aanwijzing en het begin van de stille voorbereidingsfase

De leden van de CDA-fractie vragen of het juist is dat de aanwijzing in theorie onbeperkt verlengd kan worden.

Voordat de rechtbank overgaat tot de aanwijzing van een beoogd curator dient sprake te zijn van een reële kans dat het faillissement aanstaande is, terwijl er nog wel voldoende middelen aanwezig zijn om tijdens de stille voorbereidingsfase de lopende betalingsverplichtingen die in die fase opeisbaar worden en de nieuwe schulden die in die fase ontstaan te kunnen voldoen. Verder dient de voorbereiding van het naar verwachting aanstaande faillissement meerwaarde te hebben voor de schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen (artikel 363, eerste lid). Verlenging van de termijn waarvoor de aanwijzing van de beoogd curator geldt, is alleen mogelijk wanneer nog steeds wordt voldaan aan deze voorwaarden (artikel 363, derde lid). Dit samenspel van factoren maakt dat een aanwijzing in de praktijk niet onbeperkt verlengd kan worden.

De beëindiging van de stille voorbereidingsfase

De leden van de CDA-fractie vragen waarom de regering er niet voor heeft gekozen om ook de beoogd rechter-commissaris in de gelegenheid te stellen de stille voorbereidingsfase eigenstandig te beëindigen.

De rechtbank krijgt de bevoegdheid om een beoogd curator aan te wijzen (artikel 363, eerste en tweede lid). Het ligt gelet hierop in de rede om de rechtbank ook de bevoegdheid te geven om te bepalen hoe lang die aanwijzing mag blijven voortduren. In artikel 366, eerste lid, is bepaald dat de rechtbank op voordacht van de beoogd rechter-commissaris kan overgaan tot intrekking van de aanwijzing van de beoogd curator. De beoogd rechter-commissaris kan de rechtbank dus verzoeken de aanwijzing in te trekken en is voor het doen van een intrekkingverzoek niet afhankelijk van de beoogd curator. De leden van de CDA-fractie merken in de toelichting bij hun vraag terecht op dat dit ook niet wenselijk zou zijn, omdat de beoogd rechter-commissaris gelet op het feit dat hij toezicht houdt op de beoogd curator ook zelfstandig dergelijke beslissingen moeten kunnen nemen. Dit speelt met name als hij meent dat de beoogd curator zijn taak niet op de juiste wijze vervult of kan vervullen.

³³ Vgl. hierover onder meer Hoge Raad 12 juni 1998, JOR 1998/107 (Coral/Stalt) en Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel).

³⁴ Zie ook mr. drs. J.C.A.T. Frima, «WCO I – de positie van de R-C en de rechtbank», Tvl 2015/36.

De leden van de CDA-fractie verwijzen naar een voorstel van VNO-NCW en MKB-Nederland (bij brief van 1 september jl.) om in het wetsvoorstel een bepaling op te nemen – zoals in artikel 242, tweede lid, Fw is gedaan voor de surseance van betaling – waarin wordt voorgeschreven dat indien de beoogd curator het vermoeden heeft dat de «pre-pack» wordt gebruikt om oneigenlijke redenen, hij verplicht is de rechtbank te verzoeken om de aanwijzing in te trekken. Zij vernemen graag een reactie hierop. Ook de leden van de fracties van de VVD en de PvdA vragen hierom.

Een dergelijke bepaling acht ik niet nodig, gelet op de mogelijkheid voor de beoogd curator om in een zodanig geval de rechtbank te verzoeken om de aanwijzing in te trekken (artikel 366, eerste lid). In artikel 364, eerste lid, is voorgeschreven dat de beoogd curator bij de voorbereiding van het faillissement wordt betrokken «*ter verwezenlijking van de meerwaarde, bedoeld in artikel 363, eerste lid, tweede zin*». Deze meerwaarde wordt door de rechtbank in haar beschikking ook nog eens expliciet vermeld (artikel 363, tweede lid). Het gaat daarbij zoals ik eerder heb opgemerkt om de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement voor de schuldeisers, de werknemers en andere betrokkenen. Hiervan is sprake wanneer met de voorbereiding de schade die uit het faillissement voortvloeit, kan worden beperkt, bijvoorbeeld doordat de opbrengst en het behoud van werkgelegenheid bij een doorstart van bedrijfsactiviteiten uit dat faillissement aanmerkelijk kan worden verhoogd. Ook is in artikel 364, eerste lid, bepaald dat de beoogd curator tijdens de stille voorbereidingsfase de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dient te behartigen.

Komt de beoogd curator er na zijn aanwijzing achter dat het bestuur op oneigenlijke gronden heeft verzocht om toepassing van de stille voorbereidingsfase, dan volgt uit zijn taakomschrijving dat de beoogd curator de rechtbank zal dienen te verzoeken zijn aanwijzing in te trekken. Signalen waaruit de beoogd curator een vermoeden van oneigenlijk gebruik zou kunnen afleiden zijn bijvoorbeeld de ontdekking dat van de door het bestuur gepretendeerde meerwaarde helemaal geen sprake is of de constatering dat het bestuur zich onvoldoende inspant om die meerwaarde ook daadwerkelijk te verwezenlijken. De beoogd curator kan tijdens de stille voorbereidingsfase ook op dergelijke signalen van misbruik worden geattendeerd door partijen die bij die fase worden betrokken, zoals de werknemers, eventueel vertegenwoordigd door de OR.

Rol en taken van de rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris

De leden van de VVD-fractie merken op te hebben gelezen dat de rechtbank bij de toepassing van een stille voorbereidingsperiode als voorwaarde zou kunnen stellen dat na de faillietverklaring eerst een publieke aankondiging gedaan moet worden van de voorbereide doorstart, om zo schuldeisers en eventuele andere gegadigden in de gelegenheid te stellen hierop te reageren. Zij vragen zich af hoe dit zich verhoudt tot het doel van een «pre-pack» en of het stellen van een dergelijke voorwaarde niet vertragend zou werken voor het proces. De leden van de CDA-fractie stellen de vraag waarom dit niet standaard als wettelijke voorwaarde is opgenomen wanneer er maar één serieuze kandidaat in beeld is voor de overname.

Eerder heb ik in reactie op vragen de SP-fractie uiteengezet dat wanneer er voorafgaand aan een faillietverklaring voorbereidingen worden getroffen voor een eventuele doorstart uit faillissement, van de beoogd curator wordt verwacht dat hij erop toeziet dat het voorbereidingstraject voldoet aan een aantal randvoorwaarden. In ieder geval moet sprake zijn van een gedegen marktverkenning en dient er voor potentiële kopers binnen de grenzen van de noodzakelijke geheimhouding reële

gelegenheid te zijn om hun interesse te tonen en een bieding te doen. Mocht het niet lukken om dit traject voor het einde van de stille voorbereidingsfase af te ronden, bijvoorbeeld omdat er te weinig financiële middelen zijn om de bedrijfsvoering nog langer voort te zetten, dan zou – zoals de CDA-fractie suggereerde – de oplossing gevonden kunnen worden in het doen van een publieke aankondiging van de voorbereide doorstart na de faillietverklaring. De voorgestelde regeling laat dit toe. De vooraankondiging geeft schuldeisers, werknemers en anderen betrokkenen, de gelegenheid om op de voorbereide doorstart te reageren. Mochten zij het vermoeden hebben dat het aangekondigde voorstel voor een doorstart hun belangen onvoldoende dient, dan kunnen zij dit melden bij de faillissementscurator. Handelsrelaties of werknemers van de schuldenaar, die zowel de onderneming als de branche waarbinnen deze werkzaam is goed kennen, zouden de faillissementscurator bijvoorbeeld kunnen wijzen op partijen die mogelijk ook interesse hebben in de aankoop van bepaalde bedrijfsactiviteiten en daar wellicht een hogere aankoopprijs voor zouden willen betalen. De kans dat schuldeisers misbruik zullen maken van deze mogelijkheid acht ik niet zo groot. De VVD-fractie vroeg hiernaar. Het is namelijk niet in het belang van de schuldeisers om het traject dat kan leiden tot een verkoop en daarop volgende doorstart van bedrijfsonderdelen te frustreren. In de regel leidt een doorstart namelijk tot een (aanzienlijk) hogere opbrengst. Daarmee wordt ook de kans dat schuldeisers nog een wezenlijke uitkering uit de faillissementsboedel kunnen verwachten, vergroot. Bovendien leidt een doorstart van bedrijfsonderdelen ertoe dat de daarin aanwezige werkgelegenheid behouden kan blijven en dat in ieder geval een deel van het personeel zijn baan kan behouden. Verder hebben schuldeisers die tevens afnemer zijn van de failliete onderneming er baat bij als leveringscontracten kunnen worden overgenomen door de doorstarter. Zoals de VVD-fractie al opmerkte, zal er door het stellen van de genoemde voorwaarden enige tijd zitten tussen de faillietverklaring en het moment waarop de doorstart zal kunnen plaatsvinden. Daardoor bestaat het risico dat de hectiek van het faillissement alsnog invloed zou kunnen hebben op het succes van de doorstart en daarmee op het behoud van de waarde van de bedrijfsonderdelen en van de daarin aanwezige werkgelegenheid. Toch kan het stellen van deze voorwaarde onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Het lijkt mij daarom het beste om het aan de rechtbank, de (beoogd) curator en de (beoogd) rechter-commissaris over te laten om aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval te bepalen of het wenselijk is dat van een voorbereide doorstart na de faillietverklaring eerst een publieke aankondiging gedaan wordt.

De leden van de VVD-fractie merken op dat het hen voorkomt dat van de beoogd curator vanwege het gebrek aan transparantie in de stille voorbereidingsfase kwalitatief meer wordt gevraagd dan van een regulier curator. Dit roept bij deze leden de vraag op hoe kan worden bewerkstelligd dat de beoogd curator aan deze hogere eisen voldoet en of extra scholing of opleiding hierin een bijdrage zou kunnen leveren. Ook vragen de leden van de VVD-fractie welke kwaliteitswaarborgen en vormen van zelfregulering er gelden voor curatoren, hoe hierop wordt toegezien en of sprake is van voldoende zelfregulering onder curatoren. Verder hebben deze leden begrepen dat een curator van de curatorenlijst afgehaald kan worden en zij vragen hoe vaak dit voorkomt.

In de memorie van toelichting heb ik gesproken over de omstandigheid dat er in de stille voorbereidingsfase op de beoogd curator een extra verantwoordelijkheid rust die het gebrek aan transparantie en daarmee de onmogelijkheid voor de schuldeisers om tijdens die fase zelf voor hun belangen op te komen, moet compenseren. Alvorens ik inga op de vragen van de VVD-fractie, wil ik hierover ter verduidelijking eerst nog het volgende opmerken.

Zoals de VVD-fractie terecht naar voren heeft gebracht, zal van een beoogd curator in de stille voorbereidingsfase in de regel meer worden geveerd dan van een faillissementscurator in een gemiddeld faillissement. Dit komt omdat de beoogd curator ofwel te maken zal krijgen met de voorbereiding van een doorstart van bedrijfsactiviteiten of wel met de voorbereiding van een faillissement van een onderneming waarvoor geldt dat het van belang is dat deze door de faillietverklaring niet abrupt tot stilstand komt omdat dit tot veel extra schade voor betrokkenen zou leiden. Dit laatste was bijvoorbeeld aan de orde bij het faillissement van het Ruwaard van Putten ziekenhuis. Dit faillissement werd met gebruikmaking van de bestaande «pre-pack praktijk» voorbereid, onder meer om ervoor te zorgen dat de patiënten van het ziekenhuis ook na de faillietverklaring konden blijven rekenen op de medische zorg die zij nodig hadden. In beide scenario's is veelal sprake van een uitdagend proces dat vergelijkbaar is met de eerste fase van een omvangrijk of complex faillissement in het kader waarvan de rechtbank in de regel een ervaren faillissementscurator benoemt.

Belangrijk voordeel van de stille voorbereidingsfase is dat de beoogd curator gelegenheid heeft om alvast de boekhouding en overige relevante financiële gegevens te bestuderen, het personeelsbestand in kaart te brengen en te analyseren hoe de financiële problemen zijn ontstaan, terwijl hij nog niet te maken heeft met de negatieve publiciteit (en de daarmee samenhangende hectiek) die doorgaans volgt op een faillietverklaring. Zoals hiervoor al uitgebreid is beschreven, wordt verder van hem verwacht dat hij het voorbereidingstraject dat door het bestuur in gang is gezet kritisch toetst. Is daaruit een voorstel voor een doorstart voortgekomen, dan dient de beoogd curator dit te beoordelen aan de hand van de vraag of hiermee het hoogst haalbare resultaat voor de schuldeisers, waaronder de werknemers, wordt behaald. Een en ander vergt in ieder geval dat de beoogd curator ervaring moet hebben met de voorzetting van de bedrijfsvoering van een onderneming in het belang van haar gezamenlijke schuldeisers.

De stille voorbereidingsfase heeft een besloten karakter, maar toch zal de beoogd curator in het kader van de voorbereiding van het faillissement en een eventuele doorstart te maken krijgen met verschillende betrokken partijen die vaak ook eigen adviseurs hebben, zoals het bestuur van de onderneming, potentiële kopers, de OR en de vakbond, de bank en belangrijke handelspartners van de onderneming. Die partijen hebben ieder hun eigen belangen waarvoor zij zullen opkomen. Bepaald is dat de beoogd curator tot taak heeft de belangen te behartigen van de gezamenlijke schuldeisers (artikel 364, eerste lid). De beoogd curator kan in het kader van zijn taakvervulling met toestemming van de schuldenaar derden om informatie vragen of deskundigen vragen onderzoek te doen (artikel 364, vierde lid), maar vanwege het besloten karakter van de stille voorbereidingsfase heeft hij minder ruimte voor overleg dan de faillissementscurator doorgaans heeft. De beoogd curator kan niet blindvaren op de informatie of inzichten die hem door één of meer van de betrokkenen bij de stille voorbereidingsfase worden aangereikt, maar hij dient zich zelfstandig een oordeel te vormen. Daarbij zal de beoogd curator boven de partijen moeten gaan staan. Dit vereist dat de beoogd curator – buiten dat hij over de hiervoor genoemde ervaring beschikt – stevig in zijn schoenen staat en dat hij voldoende tegenwicht kan bieden wanneer partijen in het voorbereidingstraject hun eigen belangen ten koste van die van anderen proberen door te duwen.

Dat er op de beoogd curator een extra verantwoordelijkheid rust, betekent niet dat er voor hem een strikter of ander aansprakelijkheidsregime geldt dan voor de faillissementscurator. Voor de beoogd curator geldt net als voor de faillissementscurator dat hij moet handelen zoals in redelijkheid

mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.³⁵ Dan kom ik nu tot de beantwoording van de specifieke vragen van de VVD-fractie. Binnen de insolventiepraktijk bestaan er op dit moment al verschillende (zelfregulerings)instrumenten die zorgen voor een kwalitatief hoogwaardige en efficiënte afwikkeling van faillissementen. Zo hanteren de rechtbanken bij de benoeming van curatoren in faillissementen een lijst met benoembare personen, de zogenaamde curatorenlijsten. Meestal betreft het advocaten, maar op de lijst staan ook wel personen met een andere deskundigheid. Het komt namelijk voor dat een faillissement specifieke deskundigheid vergt en dat de rechtbank meerdere curatoren benoemt; een advocaat en bijvoorbeeld een accountant. De curatoren zijn op de curatorenlijsten ingedeeld naar ervaringsjaren. In omvangrijke en complexe faillissementen worden over het algemeen de meer ervaren curatoren benoemd. De kwaliteit en specifieke kennis en ervaring van de verschillende curatoren op de curatorenlijst is goed bekend bij de rechtbank en de daar werkzame rechter-commissarissen. Vaak is sprake van een jarenlange samenwerking bij verschillende faillissementen. In de bestaande «pre-pack praktijk» zijn het ook de meer ervaren curatoren die benoemd worden als beoogd curator. Dit sluit aan bij wat ik hierboven heb toegelicht over de kennis en ervaring waarover een beoogd curator moet beschikken om de extra verantwoordelijkheid die tijdens de stille voorbereidingsfase op hem rust, te kunnen dragen. De Recofa heeft uitgangspunten geformuleerd voor het toelaten tot of verwijderen van personen van de curatorenlijst, over de benoeming van curatoren in individuele faillissementen en over de kwaliteits- en controle-instrumenten die rechtbanken hanteren.³⁶ De uitgangspunten omvatten onder meer eisen omtrent opleiding, relevante ervaring, integriteit, het bijhouden van vakkennis en de beschikbaarheid van de op de curatorenlijst voorkomende personen. Het volgende uitgangspunt wil ik gelet op de vragen van de VVD-fractie expliciet noemen:

«2.1 Kennis en ontwikkeling

Van de curatoren op de curatorenlijst wordt verlangd dat zij ruim voldoende kennis hebben van het insolventierecht en aanverwante (rechts)gebieden en dat zij deze kennis op adequate wijze verder ontwikkelen. Curatoren dienen binnen twee jaar na hun eerste benoeming hun kennis van het insolventierecht en aanverwante (rechts)gebieden aantoonbaar te hebben uitgebreid. Alle curatoren dienen minimaal vier dagdelen per jaar een cursus op het gebied van het insolventierecht en/of aanverwante (rechts)gebieden te volgen.»

De rechtbank houdt periodiek een evaluatiegesprek met de curatoren over de kwaliteit van hun taakvervulling. Wanneer curatoren niet langer aan de gestelde eisen voldoen, worden zij van de curatorenlijst gehaald. Hoe vaak dit al is gebeurd, is mij niet bekend.

Voorts is van belang dat Insolad – de vereniging waarbij een grote meerderheid van de curatoren is aangesloten – praktijkregels voor curatoren heeft opgesteld. Met deze regels beoogt zij de verdere professionalisering en kwaliteitsverbetering van de beroepsuitoefening door haar leden te bevorderen. Zoals ik eerder heb opgemerkt heeft Insolad onlangs ook een handleiding (in de vorm van praktijkregels gebaseerd op «best practices») uitgebracht voor de wijze van opereren

³⁵ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou) en HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204.

³⁶ Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling, versie 15 maart 2013. Deze richtlijn is te raadplegen op <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Rechtbanken/Den-Haag/OverDeRechtbank/Rechtsgebieden-en-teams/Pages/Richtlijnen-insolventies.aspx>.

door een beoogd curator.³⁷ Mijns inziens laten deze praktijkregels zien dat de curatoren zich ervan bewust zijn dat de functie van beoogd curator nieuwe uitdagingen brengt waarmee zij rekening dienen te houden bij hun taakvervulling. De leden van de VVD-fractie vroegen ook hiernaar. In de consultatie heeft de Raad voor de rechtspraak aangekondigd dat de Recofa – die thans reeds periodiek de «*Richtlijnen voor faillissements en surseances van betaling*» vaststelt – ook richtlijnen zal ontwikkelen voor de wijze waarop bij de rechtbanken omgegaan zal worden met de stille voorbereidingsfase.

Zowel de genoemde uitgangspunten en richtlijnen van de rechtbanken, als de Insolad praktijkregels zullen ervoor zorgen dat beoogd curatoren – net als nu reeds het geval is voor faillissementscuratoren – zullen voldoen aan een hoge kwaliteitsstandaard. Voorts geldt op het niveau van een individuele faillissementssituatie dat de beoogd rechter-commissaris erop toeziet dat de beoogd curator zijn taak goed vervult. In dit verband wordt van de beoogd curator verwacht dat hij de beoogd rechter-commissaris regelmatig verslag doet (artikel 365, derde lid).

De leden van de fracties van de VVD, de PvdA en de SP merken op dat het belangrijk is dat de beoogd curator kan beschikken over alle benodigde informatie en dat de schuldenaar daarbij een grote en belangrijke rol speelt. Zij vragen zich af wat de mogelijkheden van de beoogd curator jegens de schuldenaar zijn om aan deze informatie te komen indien de schuldenaar openlijk dan wel heimelijk niet meewerkt aan die informatievoorziening. De leden van de PvdA-fractie vragen zich af of de beoogd curator ook op andere wijze aan informatie zou kunnen komen. Deze leden vragen in dit verband ook specifiek naar hoe de beoogd curator over de informatie zou kunnen beschikken waaruit zou kunnen blijken dat bestuurders van een onderneming de stille voorbereidingsfase oneigenlijk hebben gebruikt. Voorts vragen zij van wie, anders dan de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris zijn informatie zou krijgen.

Allereerst is in dit kader van belang dat de betrokkenheid van de beoogd curator in de aanloop naar een faillietverklaring voortkomt uit een initiatief van de schuldenaar. De aanwijzing van de beoogd curator volgt op een verzoek daartoe van de schuldenaar zelf. De schuldenaar doet dit verzoek met de bedoeling het faillissement en een eventuele doorstart van bedrijfsactiviteiten in relatieve rust met betrokkenheid van de beoogd curator voor te kunnen bereiden. De rechtbank zal de schuldenaar alleen tot de stille voorbereidingsfase toelaten wanneer het verzoek voldoet aan de eerder genoemde strenge toelatingscriteria. Deze maken dat de schuldenaar bij zijn verzoek de nodige stukken zal moeten overleggen waaruit onder meer zal moeten blijken dat er een reële kans is dat een faillietverklaring aanstaande is, dat geprobeerd is het faillissement af te wenden, maar dat de mogelijkheden daartoe lijken te zijn uitgeput en dat de schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen er belang bij hebben dat het faillissement wordt voorbereid. Reeds dit maakt dat de beoogd curator direct na zijn aanstelling zal kunnen beschikken over veel informatie. Zoals ik eerder heb toegelicht, leidt dit er ook toe dat een eventuele poging tot oneigenlijk gebruik snel ontdekt en direct aangepakt kan worden.

Voorts is de schuldenaar tijdens de stille voorbereidingsfase verplicht om gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen aan de beoogd curator die deze nodig heeft om zijn taak te vervullen of waarvan de schuldenaar behoort te begrijpen dat deze in dat kader van belang zijn (artikel 364, derde lid). Daarnaast is bepaald dat de beoogd curator met toestemming van de schuldenaar bij het verkrijgen van inlichtingen derden kan bevragen. Zo is goed voorstelbaar dat de beoogd curator er

³⁷ Zie de «Praktijkregels beoogd curator» van Insolad, te vinden op <http://www.insolad.nl/publicaties.html>.

gelet op zijn toekomstige rol als faillissementscurator behoefte aan heeft om de bank en de belangrijkste handelspartners van de onderneming te spreken, zodat hij zich – ter voorkoming van een abrupte stilval van de onderneming met onnodige schade als gevolg – alvast kan voorbereiden op de tijdelijke voortzetting van de bedrijfsvoering na de faillietverklaring. Bij de voorbereiding van een doorstart zal de beoogd curator willen praten met partijen die hebben aangegeven daarin geïnteresseerd te zijn. In beide scenario's zullen contactmomenten met de OR of de personeelsvertegenwoordiging en eventueel de vakbond veelal ook gewenst zijn. Verder is geregeld dat de beoogd curator met toestemming van de schuldenaar ook een deskundige kan vragen onderzoek te verrichten (artikel 364, vierde lid). Geeft de schuldenaar deze toestemming niet, dan kan dit voor de beoogd curator aanleiding zijn om de rechtbank te verzoeken om intrekking van de aanwijzing (zie art. 366, eerste lid, Fw). Ook de rechter-commissaris kan een dergelijk verzoek indienen (artikel 366, eerste lid). Het bestuur schiet zich met een weigering zelf in de voet, want de kans dat de curator en de rechter-commissaris na de faillietverklaring alsnog spoedig akkoord gaan met een doorstart is dan immers eveneens verkeken. Het bestuur heeft er dus belang bij de beoogd curator goed te informeren.

Wanneer de beoogd curator meent dat hij desondanks niet goed genoeg wordt geïnformeerd, ligt het in de rede dat hij het bestuur hier eerst op aanspreekt. Leidt dit er niet toe dat de informatieverstrekking wordt verbeterd, dan kan de beoogd curator de rechtbank zoals gezegd vragen de aanwijzing in te trekken (artikel 366, eerste lid). De behandeling van een dergelijk verzoek door de rechtbank zou ertoe kunnen leiden dat het gerezen verschil van mening over de mate waarin de beoogd curator van informatie wordt voorzien ten overstaan van de rechter alsnog wordt opgelost en dat de stille voorbereidingsfase kan worden voortgezet. Om de oplossing te bestendigen zou de rechtbank nog een voorwaarde aan de voortzetting van de stille voorbereidingsfase kunnen verbinden (artikel 363, vierde lid). Om deze mogelijkheid open te houden, heb ik er in de wettelijke regeling niet voor gekozen om aan een verstoring in de informatieverstrekking door het bestuur direct het gevolg te verbinden dat de stille voorbereidingsfase ten einde te komt. Op basis van de voorgestelde regeling zit hier – gelet op de belangen die gemoeid zijn met de stille voorbereidingsfase – in ieder geval altijd een toets van de rechter tussen.

Nu de aanwijzing in het zicht van het faillissement heeft plaatsgevonden, zal bij intrekking daarvan in de regel snel een faillietverklaring volgen en zal de voormalig beoogd curator worden aangesteld als faillissementscurator. In het faillissement zal de faillissementscurator alsnog de beschikking kunnen krijgen over de informatie die hij nodig heeft. Het openbare karakter van het faillissement zal daarbij helpen. Voorts geldt op grond van artikel 105 Fw dat de schuldenaar (de failliete onderneming) ten behoeve van een goed verloop van het faillissement verplicht is alle inlichtingen te verschaffen. Schending van deze inlichtingenplicht kan dan zowel strafrechtelijk als civielrechtelijk worden aangepakt (zie onder meer artikel 194 Wetboek van Strafrecht en artikel 87 Fw). In dit verband wil ik er nog op wijzen dat in het kader van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht verschillende maatregelen worden voorgesteld om de positie van de curator te versterken. Zo krijgt hij (de curator) straks een fraudesignalerende taak en wordt zijn rol versterkt door een versterking en modernisering van de medewerkings- en inlichtingenplichten van de failliet jegens de curator (Kamerstukken II 2014/15, 34 253) en voorziet het inmiddels bij de Eerste Kamer ahangige wetsvoorstel herziening strafbaarstelling faillissementsfraude in een aangescherpt strafrechtelijk kader ter zake (Kamerstukken I 2015/16, 33 994).

De leden van de VVD-fractie stelden nog de vraag of de situatie dat de schuldenaar niet (volledig) meewerkt aan de informatievoorziening op

zichzelf reden is om aan te nemen dat de schuldenaar de stille voorbereidingsfase oneigenlijk heeft gebruikt, wat er zodoende toe zou kunnen leiden dat een civielrechtelijk bestuursverbod kan worden opgelegd. De enkele omstandigheid dat de schuldenaar de beoogd curator onvoldoende informatie verstrekt, kan niet bij voorbaat gelijkgesteld worden aan oneigenlijk gebruik van de stille voorbereidingsprocedure. Daarvoor is als bijkomend kwalificerend element vereist dat dit is geschied met het oogmerk het voorbereidingstraject op oneigenlijke gronden te gebruiken (zie art. III met de voorgestelde wijziging van art. 106a lid 1 Fw). In algemene zin kan wel worden gezegd dat bewust foute informatieverstrekking een belangrijke aanwijzing oplevert voor een dergelijk oogmerk.

De leden van de VVD-fractie merken op dat hun vanuit het veld de zorg heeft bereikt dat de drempel voor het toewijzen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator te hoog is voor het midden- en kleinbedrijf (mkb). Dit zou komen doordat voorwaarde voor de toewijzing is dat ondernemers moeten aantonen dat zij tijdens de stille voorbereidingsfase nog in staat zullen zijn om al lopende en nieuwe betalingsverplichtingen – waaronder het salaris van de beoogd curator en kosten van geraadpleegde derden – te voldoen. Deze leden vragen om een reactie hierop.

Voor alle ondernemingen geldt dat er voor toepassing van een stille voorbereidingsfase geen ruimte is indien er onvoldoende middelen aanwezig zijn om de lopende betalingsverplichtingen die in die fase opeisbaar worden en nieuwe schulden die in die fase ontstaan te kunnen voldoen. Het wetsvoorstel sluit daarmee aan bij het op dit moment geldende recht omtrent het aangaan van nieuwe betalingsverplichtingen.³⁸ Het wetsvoorstel maakt daarbij geen onderscheid tussen mkb-ondernemingen en ondernemingen van grotere omvang. In beide gevallen geldt dat de voorbereiding van het faillissement en een eventuele doorstart van bedrijfsactiviteiten niet voor rekening mag komen van de schuldeisers. Ik denk niet dat mkb-ondernemingen hierdoor minder snel in aanmerking zullen kunnen komen voor toelating tot de stille voorbereidingsfase. De betalingsverplichtingen en nieuwe schulden – waaronder de vergoeding voor de werkzaamheden van een beoogd curator – zullen bij een mkb-onderneming met slechts enkele werknemers in de regel aanzienlijk lager uitvallen dan bij een grotere onderneming. Er zullen voor een mkb-onderneming dus ook minder middelen beschikbaar hoeven te zijn.

De leden van de SP-fractie vragen wat een reden zou kunnen zijn om een voorlopige commissie van schuldeisers in te stellen, welke schuldeisers in aanmerking zouden komen om hierin plaats te nemen en waarom dat het geval is.

De rechtbank kan nu reeds op basis van artikel 74, eerste lid, Fw bij de faillietverklaring of op een later moment een voorlopige commissie van schuldeisers benoemen. De rechtbank doet dit op basis van die bepaling, indien «*de belangrijkheid of de aard des boedels*» daar een aanleiding voor geeft. In het onderhavige wetsvoorstel wordt aan artikel 74 Fw een lid wordt toegevoegd waarin wordt geregeld dat de rechtbank ook zal overgaan tot de benoeming van een voorlopige commissie van schuldeisers indien er voorafgaand aan de faillietverklaring sprake is geweest van een stille voorbereidingsfase en de beoogd rechter-commissaris of de beoogd curator daar aanleiding toe zien.

Bedoeling van de benoeming van een commissie van schuldeisers is de schuldeisers, ten behoeve van wie het faillissement is uitgesproken en de faillissementsboedel wordt beheerd en uiteindelijk vereffend, meer

³⁸ Vgl. hierover onder meer Hoge Raad 12 juni 1998, JOR 1998/107 (Coral/Stalt) en Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel).

invloed te geven in de faillissementsprocedure. De commissie van schuldeisers heeft tot taak de faillissementscurator te adviseren en kan daartoe alle relevante (financiële) informatie raadplegen en de curator op elk moment vragen nadere inlichtingen te verschaffen (artikelen 76 en 77 Fw). Factoren die kunnen maken dat er bij de faillissementscurator behoefte is aan advies van de schuldeisers of bij de schuldeisers bij meer invloed op het proces, zijn onder meer de complexiteit van een faillissement – bijvoorbeeld een faillissement van een onderneming met een complexe of zeer gespecialiseerde bedrijfsvoering – of de omvang van de daarbij betrokken activa. Een praktijkvoorbeeld betreft het faillissement van de DSB-bank. Ook denk ik aan situaties waarin het wenselijk kan zijn om, voordat de faillissementscurator daarover definitief beslist, eerst de schuldeisers nog in de gelegenheid te stellen te reageren op een doorstart die tijdens een stille voorbereidingsfase is voorbereid. Om dit mogelijk te maken zou na de faillietverklaring eerst een publieke aankondiging van die doorstart kunnen worden gedaan. Aan het doen van een dergelijke publieke aankondiging zijn echter ook nadelen verbonden. Een alternatieve oplossing zou kunnen zijn de benoeming van een voorlopige commissie van schuldeisers die de faillissementscurator van advies kan dienen over de verkoop van bedrijfsonderdelen ten behoeve van een doorstart.

De commissie van schuldeisers wordt gevormd door uit de groep van schuldeisers enkele personen te kiezen die de totale groep van schuldeisers vertegenwoordigen. Voor een evenwichtige advisering is nodig dat de commissie van schuldeisers een goede afspiegeling vormt van de verschillende categorieën van schuldeisers. In het DSB-bank faillissement is bijvoorbeeld sprake van een commissie van schuldeisers bestaande uit vertegenwoordigers van respectievelijk spaarders, banken en investeringsmaatschappijen. Wanneer er perspectief is op een doorstart van bedrijfsonderdelen, dan ligt het in de rede dat in de commissie van schuldeisers ook een vertegenwoordiger van de werknemers zitting heeft die de faillissementscurator onder meer van advies kan dienen omtrent het behoud van werkgelegenheid.

Op dit moment bepaalt artikel 74 Fw nog dat de commissie van schuldeisers maximaal drie leden telt. Het aangekondigde wetsvoorstel inzake de Wet modernisering faillissementsprocedure zal echter een bepaling bevatten waardoor die limiet komt te vervallen. Daarmee wordt het dus mogelijk voor de rechtbank om een grotere commissie van schuldeisers te benoemen. Een voorontwerp van het wetsvoorstel is recentelijk ter consultatie op het internet gepubliceerd.³⁹

De leden van de SP-fractie verzoeken de regering meer in te gaan op *«the UK's Online Insolvency Marketplace»*.

De *«UK's Online Insolvency Marketplace»* is een website waarop een geregistreerde *«insolvency practitioner»* – de functionaris die in het Verenigd Koninkrijk betrokken is bij de voorbereiding van een eventuele doorstart uit faillissement – ondernemingen door middel van een anoniem profiel te koop kan aanbieden. Potentiële kopers, die zich eerst dienen te registreren, kunnen vervolgens via de website hun interesse kenbaar maken. Komt er op deze manier een *«match»* tot stand dan biedt de website de *«insolvency practitioner»* de mogelijkheid om de potentiële kopers – na ondertekening van een geheimhoudingsovereenkomst – binnen een afgeschermd digitale ruimte te geven in de relevante bedrijfsinformatie. Naar ik begrepen heb, heeft men in het Verenigd Koninkrijk goede ervaringen met de website. Nadeel is wel dat het afhankelijk is van de persoonlijke voorkeur van de individuele *«insolvency practitioner»* of hij hiervan gebruik wenst te maken. De website geeft daarmee dus niet een volledig beeld van de op de markt komende

³⁹ <https://www.internetconsultatie.nl/moderniseringfw>.

bedrijfsonderdelen.⁴⁰ Overigens bestaan er in Nederland reeds soortgelijke websites, zoals de website «www.bedrijventekoop.nl/te-koop-aangeboden».

Het op de stille voorbereidingsfase volgende faillissement

De leden van de CDA-fractie vragen op welke wijze schuldeisers meer betrokken zouden kunnen worden in de stille voorbereidingsfase zelf. Deze leden vragen zich af of voor de schuldeisers niet ook geldt dat zij hun taken ten tijde van het faillissement beter zullen kunnen uitoefenen als zij zich daarop in de stille voorbereidingsfase kunnen voorbereiden. De stille voorbereidingsfase heeft een besloten karakter. Toch zal altijd een aantal schuldeisers betrokken zijn bij de voorbereiding van het faillissement. Om te voorkomen dat de onderneming na de faillietverklaring abrupt stilvalt en een eventuele doorstart daardoor in gevaar komt of de schade die uit het faillissement voortvloeit onnodig verder oploopt, vindt in de stille voorbereidingsfase vaak afstemming plaats met de bank en met de belangrijkste leveranciers. Ook heb ik de werknemers al genoemd, die veelal worden vertegenwoordigd door de OR, de personeelsvertegenwoordiging of de vakbond. Verder zou de rechtbank, wanneer zij meent dat dit van belang is om de stille voorbereidingsfase te laten slagen, als voorwaarde aan de aanwijzing kunnen verbinden dat bepaalde schuldeisers bij het voorbereidingstraject worden betrokken (artikel 363, vierde lid).

Voorts leidt de voorgestelde regeling – ten opzichte van de bestaande «*pre-pack praktijk*» – ook tot een verbetering van de positie van de schuldeisers die niet bij de stille voorbereidingsfase betrokken zijn. In artikel 363, eerste lid is voorgeschreven dat een stille voorbereidingsfase alleen aan de orde is als hiermee de uit het faillissement voortvloeiende schade voor de schuldeisers kan worden beperkt. Voorts is in artikel 364, eerste lid, expliciet bepaald dat de beoogd curator tijdens de stille voorbereidingsfase tot taak heeft de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen en dat hij er dus op toe dient te zien dat het voorbereidingstraject steeds die belangen blijft dienen. Ten slotte biedt de regeling de schuldeisers de volgende mogelijkheden om achteraf over die fase geïnformeerd te worden en om met gebruikmaking van die informatie invloed uit te oefenen op de faillissementsprocedure.

- a) In de eerste plaats is in artikel 366, derde lid, bepaald dat de voormalig beoogd curator binnen zeven dagen na de beëindiging van de stille voorbereidingsfase hiervan verslag moet uitbrengen. Volgt inderdaad een faillissement dan wordt dit verslag bij de griffie ter inzage gelegd, zodat de schuldeisers spoedig kennis kunnen nemen van datgene wat zich kort voor de faillietverklaring heeft voorgedaan. Het tijdstip waarop het verslag ter inzage wordt gelegd, is zodanig dat de schuldeisers hiervan profijt hebben wanneer zij gebruik willen maken van bevoegdheden die zij op grond van de Faillissementswet hebben om het handelen van de curator te laten toetsen door de rechter (artikel 69 Fw). Mochten zij ingevolge artikel 10 Fw verzet willen aantekenen tegen de faillietverklaring, dan dient dit binnen acht dagen te gebeuren.⁴¹ Dit betekent dat de schuldeisers ook bij een eventueel verzet tegen de faillietverklaring voor de nadere onderbouwing daarvan gebruik zullen kunnen maken van de informatie die in het verslag is opgenomen.⁴²

⁴⁰ Zie voor nadere informatie de website zelf: <http://www.ip-bid.com/>.

⁴¹ Zie J.C.A.T. Frima, «WCO I – de positie van de R-C en de rechtbank», Tvl 2015/36, onder 4.1.

⁴² Zie M.R. van Zanten, «De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk – deel 2», FIP 2015/311 en R.R. Verkerk, M. Windt en T.L. Rozendal, «Pre-packs: transparantie en verantwoording achteraf», Tvl 2014/40, onder 4.1.

- b) Voorts is in artikel 74, tweede lid, geregeld dat wanneer er voorafgaand aan de faillietverklaring sprake is geweest van een stille voorbereidingsfase en de beoogd rechter-commissaris of de beoogd curator daartoe aanleiding zien, de rechtbank een voorlopige commissie van schuldeisers zal benoemen. Deze commissie heeft tot taak de faillissementscurator in het kader van zijn taakuitoefening van advies te dienen. Dit kan bijvoorbeeld een advies zijn over een doorstart.⁴³

Hiermee wordt de (informatie)positie van de schuldeisers verstevigd in vergelijking met de huidige «*pre-pack praktijk*» waarbij de informatieverstrekking doorgaans veel langer op zich laat wachten en het al dan niet benoemen van een schuldeiserscommissie geen expliciet onderdeel vormt van de besluitvorming in het kader van de overgang van de stille voorbereidingsfase naar de faillissementsfase.

De leden van de CDA-fractie vragen of geheimhouding geborgd is, indien de Raad van Commissarissen toestemming moet verlenen voor de indiening van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator en, zo ja, op welke wijze.

Geheimhouding is geborgd doordat voor commissarissen evenals voor bestuurders geldt dat zij zich bij de vervulling van hun taak dienen te richten naar het belang van de vennootschap en van de met haar verbonden onderneming (zie artikelen 2:140 lid 2 en 2:250 lid 2 BW). Als een commissaris zijn taak onbehoorlijk vervult door vertrouwelijke informatie over een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator te verstrekken aan derden, kan hij persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor de daaruit voortvloeiende schade (zie artikelen 2:149, 2:259 en 6:162 BW).

Onafhankelijkheid en informatievoorziening

De leden van de CDA-fractie vragen of het mogelijk is dat, wanneer de beoogd curator de rechtbank verzoekt om ontheffing van zijn aanstelling omdat hij meent dat hij door de schuldenaar wordt belemmerd in zijn taakuitoefening, de stille voorbereidingsfase niet wordt beëindigd, maar wordt voortgezet met een andere beoogd curator.

De voorgestelde regeling sluit dit niet uit, maar ik vermoed dat een dergelijk scenario zich slechts bij hoge uitzondering zal voordoen. Voorop staat dat van de schuldenaar verwacht wordt dat hij tijdens de stille voorbereidingsfase volledige medewerking verleent aan de beoogd curator. Doet hij dit niet dan heeft de stille voorbereidingsfase geen kans van slagen en dient deze te worden beëindigd. Nu kan het vermoeden van de beoogd curator dat hij door de schuldenaar wordt belemmerd in zijn taakuitoefening berusten op een misverstand. Dan verdient het de voorkeur dat dit misverstand zo spoedig mogelijk uit de wereld wordt geholpen en dat de stille voorbereidingsfase met de aangestelde beoogd curator wordt voortgezet. Met de aanwijzing van een andere beoogd curator zal het voorbereidingstraject, waar in de regel slechts een paar weken de tijd voor is, vertraging oplopen. Alleen wanneer er ondanks deze situatie nog steeds sprake is van meerwaarde van de stille voorbereidingsfase en van voldoende financiële middelen om de bedrijfsvoering nog een tijdje voort te zetten, zal deze fase met een nieuwe beoogd curator kunnen worden voortgezet.

⁴³ Zie ook M.R. van Zanten, «De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web», *Tv* 2015/35.

Versterking positie beoogd curator

De leden van de CDA-fractie vragen waarom (financiële) zekerheidstelling niet standaard als voorwaarde wordt opgenomen bij aanwijzing van een beoogd curator.

Het stellen van een dergelijke voorwaarde is in de regel niet nodig. Dit komt omdat één van de toelatingscriteria waaraan de schuldenaar zal moeten voldoen wil hij in aanmerking komen voor een aanwijzing van een beoogd curator, is dat hij tijdens de stille voorbereidingsfase nog in staat moet zijn lopende en nieuwe betalingsverplichtingen te voldoen. Hieronder valt ook het salaris van de beoogd curator.

De leden van de CDA-fractie informeren naar de stand van zaken ten aanzien van de Garantstellingsregeling voor curatoren om onderzoek te doen naar de oorzaken van een faillissement en mogelijk wangedrag door bestuurders. Zij vragen ook of deze regeling verdere uitbreiding behoeft, teneinde nog meer faillissementsfraude te ontmaskeren.

De stand van zaken voor de Garantstellingsregeling voor curatoren is dat in 2015, 258 nieuwe aanvragen voor de regeling in behandeling zijn genomen en dat het totaal aantal lopende dossiers per 31 december 2015 755 bedraagt. Afgezet tegen de uitkomsten over het jaar 2014 is er in het jaar 2015 sprake van een stijging van het aantal in behandeling zijnde dossiers en een lichte daling van het aantal nieuwe aanvragen. Over de mogelijkheid van uitbreiding van de Garantstellingsregeling curatoren heb ik u eerder aangegeven dat ik op dit moment geen afbreuk wil doen aan de nu beoogde kostendekkendheid van de garantstellingsregeling en de toetsingscriteria voor toegang tot die regeling. Ik heb aangegeven de ontwikkeling in de praktijk af te willen wachten en over de opgedane ervaringen in overleg te treden met Insolad om eventuele knelpunten te beoordelen. Alsdan is te bepalen of een eventuele extra dotatie aan de garantstellingsregeling nodig is.

De leden van de VVD-fractie vragen welke prioriteit faillissementsfraude thans toekomt in het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie en of er reden is hier na aanneming van deze wet verandering in aan te brengen. De bestrijding van faillissementsfraude heeft landelijk hoge prioriteit. Het onderhavige wetsvoorstel geeft geen reden om daar verandering in aan te brengen. Ik verwijs u korthedshalve naar de veiligheidsagenda 2015–2018 waarin afspraken zijn gemaakt over de aanpak van horizontale fraudezaken⁴⁴, waaronder ook faillissementsfraudezaken.⁴⁵

4. Belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waaronder werknemers

De leden van de PvdA-fractie benadrukken dat het faillissement vooral een grote impact heeft op werknemers en dat het daarom van het grootste belang is dat hun belangen in de stille voorbereidingsfase goed worden behartigd. In dit verband vragen deze leden zich af waarom niet is bepaald dat de OR of een andere personeelsvertegenwoordiger altijd betrokken dient te zijn bij de stille voorbereidingsfase.⁴⁶ Ook de leden van de SP-fractie hebben deze vraag gesteld.⁴⁷

⁴⁴ Horizontale fraude betreft fraude in het particuliere geld- en goederenverkeer, met een particuliere partij als benadeelde.

⁴⁵ *Kamerstukken II* 2014/15, 28 684, nr. 412, bijlage.

⁴⁶ Deze vraag van de PvdA-fractie is in onderdeel I (*Algemeen*) van het verslag terug te vinden in paragraaf 3 en 5 (pag. 8 en 11).

⁴⁷ Deze vraag van de PvdA-fractie is in onderdeel I (*Algemeen*) van het verslag terug te vinden in paragraaf 3 (pag. 10).

De leden van de CDA-fractie vragen in wat voor situaties het raadzaam is dat de rechtbank als voorwaarde stelt dat de OR of de personeelsvertegenwoordiging wordt betrokken bij de stille voorbereidingsfase. Ik ben mij er terdege van bewust dat een faillissement een grote impact heeft op de werknemers. In de voorgestelde regeling is daarom op verschillende manieren specifiek rekening gehouden met de belangen van werknemers:

- In de toelatingscriteria – opgenomen in artikel 363, eerste lid – is verankerd dat een stille voorbereidingsfase alleen aan de orde is als hiermee de uit het faillissement voortvloeiende schade voor de betrokkenen, waaronder de schade voor de werknemers, kan worden beperkt. Expliciet is bepaald dat daarvan onder meer sprake is wanneer met de stille voorbereidingsfase het behoud van werkgelegenheid bij een doorstart van bedrijfsactiviteiten kan worden verhoogd.
- In de in artikel 364 opgenomen taakomschrijving van de beoogd curator klinkt duidelijk door dat deze er tijdens de stille voorbereidingsfase op toe zal moeten zien dat met de voorbereidingen die door het bestuur worden getroffen in het kader van het aanstaande faillissement ook de belangen van de werknemers worden gediend. Bovendien is in artikel 363, vierde lid, bepaald dat de rechtbank zich bij de aanwijzing van een beoogd curator de vraag zal moeten stellen of het nodig is om ter behartiging van die belangen specifieke voorwaarden te stellen. Dat betekent dat de rechtbank dit expliciet zal moeten overwegen in de uitspraak.
- In artikel 366, derde lid, is geregeld dat de voormalig beoogd curator binnen zeven dagen na de beëindiging van de stille voorbereidingsfase verslag uitbrengt over het voorbereidingstraject. Volgt inderdaad een faillissement, dan bepaalt artikel 366, vierde lid, dat dit verslag bij de griffie ter inzage wordt gelegd, zodat onder meer de werknemers spoedig kennis kunnen nemen van datgene wat zich kort voor de faillietverklaring heeft voorgedaan. Mochten zij ingevolge artikel 10 Fw verzet willen aantekenen tegen de faillietverklaring, dan dient dit binnen acht dagen te gebeuren.⁴⁸ Dit betekent dat de werknemers ook bij een eventueel verzet tegen de faillietverklaring voor de nadere onderbouwing daarvan gebruik zullen kunnen maken van de informatie die in het verslag is opgenomen.⁴⁹
- Ingevolge artikel 74, tweede lid, zal de rechtbank – wanneer de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris daar aanleiding toe ziet – bij een op een stille voorbereidingsfase volgende faillietverklaring een voorlopige commissie van schuldeisers instellen waarin dan ook een vertegenwoordiger van de werknemers zitting heeft. Deze commissie heeft tot taak de faillissementscurator in het kader van zijn taakuitoefening van advies te dienen. Dit kan bijvoorbeeld een advies zijn over een doorstart.

Ik heb het aan de rechtbank overgelaten om aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval te bepalen op welke wijze de belangen van de werknemers het best behartigd kunnen worden. Deze keuze heeft de volgende achtergrond.

Wanneer sprake is van een aanwijzing van een beoogd curator zijn de financiële problemen van de onderneming al zo groot dat het faillissement naar verwachting aanstaande is. Inzet is dan om het faillissement zo goed mogelijk voor te bereiden. In de stille voorbereidingsfase kan de OR zijn invloed aanwenden om de schade die uit het faillissement voortvloeit voor de werknemers zoveel mogelijk te beperken. De OR heeft

⁴⁸ Zie J.C.A.T. Frima, «WCO I – de positie van de R-C en de rechtbank», Tvl 2015/36, onder 4.1.

⁴⁹ Zie M.R. van Zanten, «De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk – deel 2», FIP 2015/311 en R.R. Verkerk, M. Windt en T.L. Rozendal, «Pre-packs: transparantie en verantwoording achteraf», Tvl 2014/40, onder 4.1.

daartoe de beste mogelijkheden wanneer hij op het moment van de aanwijzing van de beoogd curator zelf al goed op de hoogte is van de stand van zaken binnen de onderneming. Daarom wil ik benadrukken dat het van belang is dat er op gezette tijden overleg is tussen het bestuur en de OR over de gang van zaken binnen de onderneming. De Wet op de ondernemingsraden (WOR) biedt de OR hiervoor een uitgebreid instrumentarium. Zo is in de artikelen 23 en 24 WOR het recht van de OR op overleg met de ondernemer in de overlegvergadering geregeld. De ondernemer is gehouden tot dit overleg. Ten minste tweemaal per jaar moet in de overlegvergadering de algemene gang van zaken van de onderneming worden besproken. Ook geldt voor een onderneming die wordt gedreven door een vennootschap een wettelijke plicht voor één of meer vertegenwoordigers van de Raad van Commissarissen en/of van het bestuur om bij dit overleg aanwezig te zijn. Daarbij doet de ondernemer tevens mededeling van besluiten die hij in voorbereiding heeft met betrekking tot aangelegenheden ten aanzien waarvan de OR een adviesrecht toekomt als bedoeld in artikel 25 WOR (belangrijke bedrijfs-economische en bedrijfsorganisatorische besluiten) of een instemmingsrecht als bedoeld in artikel 27 WOR (regelingen op het gebied van sociaal beleid). Er moeten in dat geval tevens afspraken worden gemaakt over het tijdstip en de wijze waarop de OR wordt betrokken in de (verdere) besluitvorming. De OR heeft zowel in de overlegvergadering als daarbuiten het recht om van de ondernemer alle inlichtingen en gegevens te vragen die deze voor de vervulling van zijn taak nodig heeft. De ondernemer is gehouden desgevraagd aan de OR alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die deze voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs nodig heeft. De ondernemer is verplicht uit eigen beweging ten minste tweemaal per jaar bepaalde informatie te verschaffen aan de OR, waaronder informatie over het financieel-economische ondernemingsbeleid. Zo nodig kan de informatie onder geheimhouding worden verstrekt. De OR kan een beroep doen op de kantonrechter als de verplichtingen niet worden nageleefd. Verder geldt er op basis van artikel 25 WOR voor bepaalde door het bestuur te nemen besluiten op bedrijfseconomisch en bedrijfsorganisatorisch terrein, dat zij deze slechts kan nemen nadat hierover eerst advies is ingewonnen van de OR. Het gaat dan om de overdracht van de zeggenschap van de onderneming, een belangrijke inkrimping of wijziging van de onderneming, de beëindiging van de activiteiten van de onderneming of een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming of de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming. Het advies moet op een zodanig tijdstip worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. De OR moet binnen een redelijke termijn advies geven. Wanneer de druk hoog is kan de redelijke termijn een korte termijn zijn. Wijkt het bestuur vervolgens af van het advies, dan dient zij de OR hierover te informeren, haar besluit expliciet te motiveren en een wachttijd van een maand in acht te nemen alvorens het besluit uit te voeren. De OR heeft het recht om beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam. Het is belangrijk dat de OR zelf alert blijft en erop staat dat het overleg gaande blijft. Dit geldt des te meer wanneer er signalen zijn dat de bedrijfsresultaten achterblijven. Idealiter is de OR dus al betrokken bij de pogingen van het bestuur om de financiële problemen op te lossen. Blijkt het faillissement onafwendbaar, dan lijkt het mij in de rede liggen dat die betrokkenheid in stand blijft tijdens een daaraan voorafgaande stille voorbereidingsfase en dat de rechtbank hier ook nadrukkelijk op toeziet wanneer zij overgaat tot aanwijzing van een beoogd curator. Is de OR niet al betrokken, dan zou de rechtbank bij de aanwijzing als voorwaarde kunnen stellen dat dit alsnog gebeurt in de stille voorbereidingsfase. Omdat de OR in dat geval waarschijnlijk nog niet goed is aangehaakt bij het al lopende voorbereidingstraject verdient het aanbeveling dat de OR zich bij laat staan door

een deskundige. Wanneer de rechtbank besluit als voorwaarde te stellen dat de OR alsnog wordt betrokken, zou zij de inschakeling van zo een deskundige als aanvullende voorwaarde kunnen stellen ter versterking van de deskundigheid van de OR. Als alternatieve oplossing om ervoor te zorgen dat de belangen van werknemers goed worden behartigd kan ook gedacht worden aan de aanstelling van een onafhankelijke deskundige die het bestuur en de OR tijdens de stille voorbereidingsfase adviseert over de manier waarop zij bij de voorbereiding van het faillissement rekening dient te houden met de belangen van de werknemers. De beoogd curator dient er in dat geval op toe te zien dat deze adviezen serieus worden genomen door het bestuur.

In de eerder aangehaalde stille voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement van Huishoudelijke Hulp Pantein/Nivent B.V. is de voorzitter van de OR gedurende het traject door het bestuur geïnformeerd over de financiële problemen en het dreigende faillissement. Voorts heeft de curator op de dag van de faillietverklaring, nog voordat hij een beslissing nam over het al dan niet effectueren van de doorstart die tijdens de stille voorbereidingsfase was voorbereid, overleg gehad met de voorzitter van de OR en de vakbonden. Zij hadden allen een positief oordeel over de doorstart en dit heeft de curator – zoals hij beschrijft in zijn verslag over de stille voorbereidingsfase – meegenomen bij zijn beslissing.⁵⁰

In de stille voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement van de Ardenberg Groep bleek het niet mogelijk om de OR daarbij te betrekken. Dit kwam omdat er binnen de onderneming geen sprake was van een actieve OR. In het verslag dat de voormalig beoogd curator over de stille voorbereidingsfase heeft uitgebracht, beschrijft hij hoe de stille voorbereidingsfase is gebruikt om alvast contact te leggen met het UWV. Het UWV werd ingeschakeld en geïnformeerd over het aanstaande faillissement. In samenwerking met het UWV werden tijdens de stille voorbereidingsfase voorbereidingen getroffen voor een spoedige berichtgeving aan de werknemers. Op de dag van de faillietverklaring heeft daartoe een werknemersbijeenkomst plaatsgevonden waarbij het UWV aanwezig was om de werknemers te informeren. Ook werden er tijdens de stille voorbereidingsfase collectieve intakes van de vorderingen van de werknemers gepland. Deze hebben binnen een week na faillietverklaring plaatsgevonden. Dit maakte mogelijk dat het UWV de salarisbetaling aan de werknemers die werden ontslagen en niet in dienst traden bij de doorstarter, vlot kon overnemen en dat die werknemers het salaris spoedig konden ontvangen.⁵¹

Overigens gaat het bij de vorderingen van werknemers jegens het UWV om het beroep dat werknemers kunnen doen op de loongarantieregeling van het UWV. Daarbij kunnen werknemers onder meer aanspraak maken op achterstallig loon, het loon waarop zij na hun ontslag nog recht hebben in verband met de geldende opzegtermijn, vakantiebijslag en een vergoeding van niet opgenomen vakantiedagen.

Met het oog op mogelijke verstoring van de concurrentieverhouding, informeren de leden van de CDA-fractie hoe gedacht wordt over de toepassing van de «*pre-pack praktijk*» in zogeheten krimpende markten. Deze leden vragen de regering daarbij ook specifiek in te gaan op de positie van het mkb.

Wanneer een doorstart na faillissement plaatsvindt, kan dit enig effect hebben op de concurrentieverhoudingen. Dit komt omdat de nog renderende bedrijfsonderdelen als het ware uit het faillissement worden gelicht en de schuldenlast daar achterblijft. Hier staat dan wel tegenover

⁵⁰ Zie paragraaf 9 van het verslag van de (voormalig beoogd) curator: <http://www.turnaroundadvocaten.nl/upload/20150114.verslag.1a.publicatie.pdf>.

⁵¹ Zie het verslag van de stille voorbereidingsfase d.d. 22 juli 2015 dat gepubliceerd is op <http://www.cms-dsb.com/ardenberg>.

dat de opbrengst van de verkoop van de bedrijfsonderdelen in het faillissement terugvloeit. De bedrijfsonderdelen starten na de verkoop uit het faillissement met «*een schone lei*» door onder een nieuwe eigenaar. Concurrenten daarentegen zullen hun schulden zelf moeten blijven dragen. Een dergelijk effect zal in een krimpende markt, waarin het aanbod groter is dan de vraag en prijzen reeds daardoor onder druk staan, meer te voelen zijn dan in een groeiemarkt. Ik denk overigens niet dat gezegd kan worden dat mkb-ondernemingen daar meer last van hebben dan grotere ondernemingen.

Het effect op de concurrentieverhoudingen is echter minder groot naarmate de prijs bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen hoger is en minder wordt beïnvloed door de negatieve publiciteit die een faillissement altijd met zich brengt. De nieuwe eigenaar zal dan immers meer moeten investeren, wil hij de bedrijfsonderdelen kunnen overnemen. Uit één van de in de memorie van toelichting genoemde onderzoeken blijkt dat met de voorbereiding van een doorstart uit faillissement volgens de «*pre-pack methode*» kan worden bereikt dat bij de verkoop van de bedrijfsonderdelen uit faillissement een betere prijs kan worden bedongen.⁵²

5. Consultatie

De leden van de fracties van de VVD, de PvdA en het CDA lezen dat het aanwijzen van een beoogd curator geen besluit is in de zin van artikel 2:107a Burgerlijk Wetboek (BW) zodat er geen goedkeuring nodig is van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA). De leden van deze fracties vragen hoe dit zich verhoudt tot de plicht die de beursgenoteerde ondernemingen op grond van de Wft hebben om koersgevoelige informatie onverwijld bekend te maken.⁵³

Wat betreft de verplichting voor een beursgenoteerde onderneming om koersgevoelige informatie te publiceren, wordt aangesloten bij de reeds bestaande regelgeving op dit punt. Daarbij wijs ik in het bijzonder op artikel 5:25i, tweede tot en met vierde lid, van de Wet op het financieel toezicht en op het daarop gebaseerde Besluit transparantie uitgevende instellingen Wft. Op basis van deze regelgeving kan een onderneming de publicatie van koersgevoelige informatie in bepaalde gevallen uitstellen indien daarmee een rechtmatig belang is gediend. Artikel 4, eerste lid, onderdeel a, van het genoemde besluit komt erop neer dat het verstrekken van informatie in bepaalde situaties kan worden uitgesteld wanneer daarmee wordt voorkomen dat «*de uitkomst of het normale verloop van onderhandelingen*» – over bijvoorbeeld de overdracht van bedrijfsactiviteiten – wordt beïnvloed. Informatie over de indiening van een verzoek om aanwijzing van een beoogd curator of over de toewijzing van zo'n verzoek, valt hieronder. Voor informatie over bijvoorbeeld de benoeming van een beoogd curator bij een dochtervennootschap van de uitgevende instelling gelden dergelijke uitzonderingen eveneens.

De leden van de fracties van de PvdA en het CDA merken op dat in de memorie van toelichting is vermeld dat schuldeisers de mogelijkheid hebben om met een beroep op artikel 69 Fw bezwaar te maken tegen een doorstart. Deze leden werpen de vraag op of die opmerking zo begrepen moet worden dat de weg van derdenverzet tegen het faillissement ex artikel 10 Fw in het wetsvoorstel wordt uitgesloten.

⁵² Zie de in paragraaf 2.3 van de memorie van toelichting aangeduide onderzoeken van J.R. Hurenkamp en van de Radboud Universiteit in samenwerking met BDO Consultants.

⁵³ De vraag van de VVD-fractie is in onderdeel II (*Artikelsgewijs*) van het verslag terug te vinden (pag. 14) en de vraag van de CDA-fractie in onderdeel I (*Algemeen*) van het verslag in paragraaf 3 (pag. 10).

Schuldeisers hebben het recht op basis van artikel 10 Fw binnen acht dagen na de dag van de faillietverklaring daartegen verzet aan te tekenen. De voorgestelde regeling doet niets af aan dit recht.

De leden van de CDA-fractie vragen om een reactie op de suggestie van de Raad voor de rechtspraak om te bepalen dat wanneer er een aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden en daarop een WSNP-verzoek volgt, de schuldenaar geen beroep meer mag doen op artikel 287b Fw en het dwangakkoord van artikel 287a Fw. Artikel 287b Fw biedt *natuurlijke personen* met ernstige schulden de mogelijkheid om de rechtbank te vragen om een tijdelijk moratorium. Wordt dit verzoek toegewezen dan kunnen onder meer de tenuitvoerlegging van gelegde beslagen en een vonnis tot ontruiming van een woning worden geschorst. Bedoeling daarbij is dat de schuldenaar enige tijd wordt gegund om zijn schulden in kaart te brengen en zijn schuldeisers een afbetalingsaanbod te doen. Doet de schuldenaar een dergelijk aanbod, dan kunnen schuldeisers die op onredelijke gronden weigeren daaraan mee te werken op basis van artikel 287a Fw daartoe alsnog door de rechter worden gedwongen. In het eerder genoemde wetsvoorstel betreffende de WCO II zal een regeling worden getroffen die het ook voor *ondernemingen* (gedreven door een vennootschap of een natuurlijke persoon) eenvoudiger moet maken om met schuldeisers een schuldsaneringsakkoord te sluiten teneinde een faillissement af te wenden. Het advies van de Raad voor de rechtspraak in de consultatie over het voorontwerp heeft met name betrekking op de samenloop van het WCO II en het WSNP-traject. De Raad heeft de vraag opgeworpen of het toelaatbaar wordt geacht dat een schuldenaar eerst een beroep doet op de WCO II en wanneer dit mislukt vervolgens op de artikelen 287a en 287b Fw. Dit punt zal ik meenemen bij de verdere uitwerking van het wetsvoorstel voor de WCO II.

6. Gevolgen voor het bedrijfsleven en nalevingskosten

De leden van de SP-fractie concluderen dat de rechter-commissaris er de laatste jaren steeds meer taken bij heeft gekregen en dat deze er ook in dit voorstel een grote verantwoordelijkheid verkrijgt, namelijk het toezicht op de beoogd curator. Zij vragen zich af in hoeverre hiermee rekening wordt gehouden in de financiering van de rechtspraak en hoe deze taak past in het p*q-systeem van de Raad voor de rechtspraak. Ook de leden van de CDA-fractie vragen hiernaar.⁵⁴

Het wetsvoorstel is deels een codificatie van de huidige praktijk bij acht van de elf rechtbanken, waarbij de rechtbank reeds voorafgaand aan een faillietverklaring vooral via een rechter-commissaris betrokken is bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement van een onderneming, en indien aan de orde, de voorbereiding van een doorstart van bedrijfsactiviteiten. In die zin geeft het wetsvoorstel slechts een grondslag aan een bestaande praktijk. Voorts houdt deze praktijk deels een verschuiving in van de toezichthoudende werkzaamheden van de rechter-commissaris naar een eerder tijdstip, maar niet zozeer een uitbreiding van die werkzaamheden. Doordat de rechter-commissaris al voor de faillietverklaring heeft kunnen meekijken, zal hij wanneer het daadwerkelijk tot een faillissement komt een informatievoorsprong hebben. Dit zal een kostenbesparend effect meebrengen in de faillissementsprocedure, waarin controle op de curator plaatsvindt en waarin de periodieke verslaglegging en de belangen en eventuele klachten en aanspraken van de schuldeisers moeten worden beoordeeld. Wel speelt een rol dat de

⁵⁴ Deze vraag van de SP-fractie is in onderdeel I (*Algemeen*) van het verslag terug te vinden in paragraaf 2 (pag. 3).

voorbereiding van het faillissement in stilte plaatsvindt. De schuldeisers – tenzij zij hierin worden betrokken – kunnen hierbij niet zelf voor hun belangen opkomen. Zij zijn hiervoor afhankelijk van het optreden van de beoogd curator. Anders dan in faillissement hebben de schuldeisers vanwege het besloten karakter van de stille voorbereidingsfase ook niet de mogelijkheid de rechter-commissaris via artikel 69 Fw te vragen in te grijpen in het beleid van de beoogd curator. De schuldeisers moeten erop kunnen vertrouwen dat de beoogd rechter-commissaris er uit zichzelf op toeziet dat de beoogd curator goed voor hun belangen opkomt (artikel 365, tweede lid). Dit brengt een extra verantwoordelijkheid voor de beoogd rechter-commissaris met zich. Hiermee wordt uiteraard rekening gehouden in de financiering van de rechtspraak.

II. ARTIKELSGEWIJS

ARTIKEL I

Onderdeel A

Artikel 3c

Onder verwijzing naar een andersluidend advies van de Raad voor de rechtspraak, vragen de leden van de CDA-fractie zich af of het verstandig is het aan de schuldenaar over te laten om de aanvrager-schuldeiser van een faillissement wel of niet in kennis te stellen van de lopende stille voorbereidingsfase.

In de consultatie over het voorontwerp is de Raad voor de rechtspraak ingegaan op de mogelijkheid dat er tijdens de stille voorbereidingsfase door een schuldeiser (hierna: aanvrager-schuldeiser) een faillissementsaanvraag wordt ingediend. De Raad adviseerde om in de memorie van toelichting te verduidelijken dat de behandeling van de faillissementsaanvraag niet automatisch zal worden opgeschort. Voorts meende de Raad dat eerst de beoogd curator en de schuldenaar in kennis gesteld zouden moeten worden van het ingediende faillissementsverzoek en dat de aanvrager-schuldeiser vervolgens ingelicht zou moeten worden over de lopende stille voorbereidingsfase. De vraag wie de aanvrager-schuldeiser zou moeten inlichten is door de Raad overigens open gelaten. De Raad overwoog dat met de bekendmaking aan de schuldeiser-aanvrager het besloten karakter van het voorbereidingstraject zou worden doorbroken en dat dit zou kunnen leiden tot twee scenario's: 1) het traject wordt voortijdig gestaakt of 2) de schuldeiser-aanvrager krijgt de gelegenheid zich een positie te verwerven in het voorbereidingstraject dat vervolgens wordt voortgezet.

In het nieuwe artikel 3c en de toelichting is dit advies van de Raad overgenomen. Bij de uitwerking daarvan zijn bepaalde accenten soms iets verlegd, maar het uiteindelijke resultaat is gelijk gebleven. Bepaald is dat wanneer er in de stille voorbereidingsfase door een schuldeiser (hierna: aanvrager-schuldeiser) een faillissementsaanvraag wordt ingediend, de rechtbank de beoogd rechter-commissaris, de beoogd curator en de schuldenaar hiervan onverwijld in kennis stelt. In de memorie van toelichting is verduidelijkt dat de behandeling van de faillissementsaanvraag, die doorgaans binnen enkele weken plaatsvindt, niet automatisch zal worden opgeschort. Voorts is toegelicht dat wanneer de stille voorbereidingsfase al op zijn eind loopt, het niet nodig zal zijn om de aanvrager-schuldeiser hierover afzonderlijk in te lichten. De schuldenaar zal dan zelf spoedig overgaan tot een eigen faillissementsaangifte. Met het uitspreken van het faillissement dat daar kort op zal volgen, zal bij een ieder bekend worden dat voorafgaand aan de faillietverklaring sprake is geweest een stille voorbereidingsfase. Dit wordt immers door de rechtbank vermeld in haar vonnis (artikel 6, vijfde lid). Bovendien zal de

voormalig beoogd curator – die dan inmiddels in de regel faillissement-scurator is – binnen zeven dagen na de beëindiging van de stille voorbereidingsfase een verslag uitbrengen dat bij de griffie ter inzage zal worden gelegd. Alle schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen zullen daarmee spoedig kennis kunnen nemen van datgene wat zich kort voor de faillietverklaring heeft voorgedaan (artikel 366, derde en vierde lid). Wanneer de voorbereiding van het faillissement daarentegen nog niet al bijna is afgerond, doet de schuldenaar er goed aan om de aanvrager-schuldeisers in te lichten over het feit dat er een stille voorbereidingsfase loopt. Wordt de faillissementsaanvraag door de rechtbank gehonoreerd, dan leidt dit immers automatisch tot het einde van de stille voorbereidingsfase (artikel 366, tweede lid). Nadat hij is ingelicht, kan de schuldeiser-aanvrager de rechtbank vragen om de behandeling van de faillissementsaanvraag nog even aan te houden. De schuldenaar krijgt dan nog enige tijd voor het treffen van de voorbereidingen op het faillissement en de schuldeiser-aanvrager kan daar dan bij worden betrokken. Gaat de schuldenaar niet uit zichzelf over tot het inlichten van de schuldeiser-aanvrager, dan kunnen de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris hem daartoe alsnog bewegen. Daarbij kunnen zij de schuldenaar erop wijzen dat wanneer hij dit niet doet, zij bij de rechtbank een verzoek tot intrekking van de aanwijzing zullen indienen omdat de kans van slagen van het voorbereidingstraject door zijn weigering de schuldeiser-aanvrager hierbij te betrekken, wordt bedreigd.⁵⁵

Onderdeel C

De leden van de fracties van het CDA en de VVD vragen om een reactie op de bezwaren die zijn geuit vanuit het bedrijfsleven ten aanzien van de in artikel 6 Fw genoemde termijn van drie maanden.

In de voorgestelde regeling is ten aanzien van de behandeling van een faillissementsverzoek dat wordt ingediend binnen drie maanden na de beëindiging van een stille voorbereidingsfase, een aantal specifieke procedurevoorschriften opgenomen.⁵⁶ Zo is bepaald dat de rechtbank in dat geval:

- de personen die hebben opgetreden als beoogd curator en beoogd rechter-commissaris oproept om over het verzoek te worden gehoord (artikel 6, eerste lid);
- in het faillissementsvonnis melding maakt van het feit dat er een stille voorbereidingsfase heeft plaatsgevonden (artikel 6, vijfde lid);
- bij toewijzing van het verzoek in de regel de personen die hebben opgetreden als beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aanstelt als curator en rechter-commissaris in het faillissement (artikel 14a),
- het verslag dat de voormalig beoogd curator binnen zeven dagen na de beëindiging van het voorbereidingstraject moet uitbrengen bij de griffie ter inzage legt, zodat de schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen daarvan kennis kunnen nemen (artikel 366, vierde lid), en
- wanneer de voormalig beoogd rechter-commissaris of de voormalig beoogd curator daar aanleiding toe zien, een voorlopige commissie van schuldeisers benoemt (artikel 74, tweede lid).

Indien er meer dan drie maanden zijn verstreken tussen de beëindiging van de stille voorbereidingsfase en de indiening van het faillissementsverzoek, dan is het op basis van de thans voorgestelde regeling aan de rechtbank om te bepalen of zij aanleiding ziet om alsnog over te gaan tot de toepassing van bovengenoemde procedurevoorschriften (artikel 6,

⁵⁵ Zie ook pag. 36–37 van de memorie van toelichting.

⁵⁶ Volgt er in plaats van een faillissementsverzoek een verzoek tot toepassing van de surseance van betaling, dan geldt een soortgelijke regeling ten aanzien van de behandeling van dit verzoek (artikelen 215, 218 en 223a Fw).

eerste en vijfde lid, 14, 74, eerste lid, 366, vijfde lid). De termijn van drie maanden die in dit verband is gekozen, is overgenomen uit het advies van de Raad voor de rechtspraak. Naar ik begrepen heb, bepleit VNO-NCW nu om in plaats daarvan een termijn van een jaar te hanteren. Daarbij beroept VNO-NCW zich op het belang van de schuldeisers om te weten wat er zich in de stille voorbereidingsfase heeft voorgedaan. Ik zie geen bezwaar om de artikelen 6, vijfde lid, en 366, vierde lid, die betrekking hebben op het informeren van de schuldeisers omtrent de stille voorbereidingsfase, door middel van een nota van wijziging aan te passen. Daarbij maak ik van de gelegenheid gebruik om die informatieverstrekking nog verder te versterken door te bepalen dat het uittreksel van het faillissementsvonnis dat ingevolge artikel 19a Fw wordt overgenomen in het Insolventieregister, ook melding zal maken van de stille voorbereidingsfase, indien daarvan sprake is geweest in de aanloop van het faillissement (artikel 14, derde lid). Voor de overige bepalingen geldt dat het daarbij gaat om bevoegdheden die worden toegekend aan de rechtbank. Voor deze bepalingen stel ik daarom voor het advies van de Raad voor de rechtspraak te blijven volgen.

Onderdeel I

Artikel 363, eerste lid

De leden van de CDA-fractie vragen waarom er niet voor is gekozen om, zoals ook door VNO-NCW geadviseerd, te bepalen dat de schuldenaar moet «aantonen» dat aan de voorwaarden voor een aanwijzing van een beoogd curator is voldaan in plaats van «aannemelijk [moet] maken». Deze leden vragen zich af of de gekozen formulering er niet toe leidt dat ondernemers de financiële staat mooier of anders zullen voorstellen en of de formulering «aantonen» de rechtbank niet meer ruimte zou bieden om een slecht onderbouwd verzoek af te wijzen. De leden van de CDA-fractie informeren ook of Recofa al tot uniforme regels is gekomen betreffende de inrichting van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator en de daarbij over te leggen stukken en zo ja, of de Kamer deze dan zou kunnen ontvangen.

In haar reactie op het wetsvoorstel benadrukt VNO-NCW vooral dat de schuldenaar in zijn verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator moet kunnen laten zien dat een stille voorbereidingsfase meerwaarde heeft voor de schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen bij het aanstaande faillissement en dat de schuldenaar zijn verzoek daartoe goed zal moeten onderbouwen. Dit is ook precies de bedoeling van artikel 363, eerste lid. Daarbij is gekozen voor de term «aannemelijk maken» omdat pas aan het eind van de stille voorbereidingsfase kan worden vastgesteld – en dus met feiten kan worden «aangetoond» – welke meerwaarde de voorbereiding van het faillissement precies heeft gehad. De CDA-fractie heeft in navolging van VNO-NCW gevraagd om nadere handvatten omtrent de wijze waarop de schuldenaar zijn verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator zal moeten inrichten. Ik meen dat ik die in antwoord op eerdere vragen heb gegeven.

De Raad voor de rechtspraak heeft aangekondigd dat de Recofa – die thans reeds periodiek de «Richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling» vaststelt – richtlijnen zal ontwikkelen voor de wijze waarop bij de rechtbanken omgegaan zal worden met de stille voorbereidingsfase. Naar ik vernomen heb, wordt hier nu aan gewerkt en houdt men in dit kader het debat over het wetsvoorstel in uw Kamer nauwlettend in het oog. Planning is dat de richtlijnen zullen worden vastgesteld nadat de behandeling van het wetsvoorstel in uw Kamer is afgerond en de wetstekst min of meer stabiel is. In die richtlijnen zal ook nader worden geconcretiseerd welke informatie de schuldenaar bij zijn verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator zal moeten overleggen. De

vragenlijsten die in de bestaande «*pre-pack praktijk*» worden gehanteerd door de rechtbanken – waaronder de door VNO-NCW genoemde lijst van de rechtbank Rotterdam – vormen hiervoor een basis.⁵⁷ De stukken die de CDA-fractie in het verslag noemt – dat wil zeggen: alle beschikbare taxatierapporten, een lijst van eerder geïnteresseerde kandidaat-kopers/doorstarters, een plan van aanpak voor de stille voorbereidingsfase, de meest recente financiële gegevens en een liquiditeitsbegroting – komen op dit moment reeds op deze lijsten voor.⁵⁸

Artikel 363, eerste lid, tweede en derde zin Fw

De leden van de fracties van de VVD en de SP vragen om een nadere toelichting bij het begrip «*summierlijk*».

Met de formulering «*de rechtbank gaat over tot de aanwijzing inzien summierlijk blijkt [...]*» wordt bedoeld dat het verzoekschrift waarbij de schuldenaar om de aanwijzing vraagt, zo moet zijn ingericht en onderbouwd en bovendien voorzien van onderliggende stukken dat de rechtbank reeds na een beknopte toets moet kunnen vaststellen of voldaan is aan de eerder beschreven strenge toelatingscriteria. Het is aan de schuldenaar om ervoor te zorgen dat de rechtbank op basis van zijn verzoek een adequaat inzicht kan krijgen in de situatie. Kan de rechtbank dit niet op basis van het ingediende verzoekschrift, dan zal zij de schuldenaar niet toelaten tot de stille voorbereidingsfase.

Artikel 363, vierde lid, Fw

De leden van de CDA-fractie merken op in de toelichting bij deze bepaling gelezen te hebben dat van de schuldenaar verlangd kan worden een meer gedetailleerd plan voor de redding van de rendabele bedrijfsonderdelen te overleggen. Zij vragen of dit – gelet op het doel van de «*pre-pack*» – niet te vrijblijvend is en waarom er niet voor gekozen is om in de wet de verplichting op te nemen dat een onderbouwd financieel-/bedrijfseconomisch plan dient te worden aangeleverd.

In antwoord op eerdere vragen heb ik reeds toegelicht dat uit artikel 363, eerste en tweede lid, voortvloeit dat van de schuldenaar wordt verwacht dat hij zijn verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator zo inricht en onderbouwt en bovendien voorziet van onderliggende stukken, dat de rechtbank reeds na een beknopt onderzoek moet kunnen vaststellen of voldaan is aan de eerder beschreven strenge toelatingscriteria. De Recofa zal met richtlijnen komen waarin dit nader wordt geconcretiseerd. Voldoet de schuldenaar niet aan deze voorwaarden, dan zal de rechtbank het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator afwijzen. Van een vrijblijvende benadering is hier dus geen sprake.

De door de CDA-fractie aangehaalde opmerking in de memorie van toelichting betrof artikel 363, vierde lid, waarin is bepaald dat de rechtbank aan de aanwijzing van een beoogd curator of aan een eventuele verlenging van de termijn waarvoor deze geldt bepaalde voorwaarden kan verbinden. Dit kan de rechtbank onder meer doen indien zij van oordeel is dat dit nodig is ter verwezenlijking van het met de stille voorbereidingsfase beoogde eindresultaat. Het is mogelijk dat de rechtbank het nodig acht om het verloop van de stille voorbereidingsfase iets meer in te kaderen en dat zij daarom als voorwaarde stelt dat de schuldenaar tijdens de stille voorbereidingsfase ten aanzien van bepaalde aspecten van een eventuele doorstart van bedrijfsonderdelen met een meer gedetailleerd plan zal moeten komen. Dit zou bijvoorbeeld betrekking kunnen hebben op de vraag hoe bepaald zal gaan worden welke werknemers een aanbod zullen krijgen om in dienst te treden bij de doorstarter.

⁵⁷ Zie ook J.C.A.T. Frima, «WCO I – de positie van de R-C en de rechtbank», Tvl 2015/36.

⁵⁸ Zie ook pag. 47 en 48 van de memorie van toelichting.

Eerder wees ik u op het faillissement van Huishoudelijke Hulp Pantein/ Nivent B.V. waaraan ook een stille voorbereidingsfase vooraf ging. De rechtbank ging in dat geval aanvankelijk over tot een aanwijzing van de beoogd curator voor de duur van tien dagen. Daarbij kreeg de beoogd curator van de rechtbank de opdracht om met het bestuur in overleg te treden en te onderzoeken op welke manier het faillissement het beste zou kunnen worden voorbereid en om de rechtbank hierover voor het aflopen van de termijn te informeren. Dit leidde ertoe dat onder het toezicht oog van de beoogd curator een nader uitgewerkt plan van aanpak betreffende de voorbereiding van het faillissement tot stand werd gebracht. De stille voorbereidingsfase werd na tien dagen verlengd, waarmee de rechtbank gelegenheid gaf om uitvoering te geven aan het nader uitgewerkte plan van aanpak.⁵⁹

Artikel 363, zevende lid, Fw

De leden van de CDA-fractie verwijzen naar een opmerking die is gemaakt door de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) dat niet altijd sprake is van «gezamenlijke» schuldeisers en dat in artikel 363, eerste lid, nadrukkelijk aandacht moet worden besteed aan de positie van pand- of hypotheekhouders.

In de consultatie heeft de NVB – in reactie op artikel 363, eerste lid, onderdeel a van het voorontwerp – opgemerkt dat een «pre-pack» naar haar oordeel ook mogelijk zou moeten zijn als bepaalde crediteuren (bijvoorbeeld concurrente crediteuren die geen zicht hebben op een uitkering uit de faillissementsboedel) daar geen direct belang bij hebben, terwijl dit wel geldt voor andere crediteuren (zoals separatisten, preferente crediteuren en/of werknemers). De NVB bepleitte het betreffende artikel daarop aan te passen.

In artikel 363, eerste lid, van het onderhavige wetsvoorstel is nu bepaald dat de rechtbank ter voorbereiding van een dreigend faillissement een beoogd curator kan aanwijzen wanneer de schuldenaar aannemelijk maakt dat dit meerwaarde heeft. Voorts is bepaald dat sprake is van meerwaarde wanneer de voorbereiding ertoe leidt dat de schade die uit het faillissement voortvloeit voor *de betrokkenen bij het verwachtte faillissement* kan worden beperkt, bijvoorbeeld doordat daarmee de opbrengst en het behoud van werkgelegenheid bij een doorstart van bedrijfsactiviteiten aanmerkelijk kan worden verhoogd. Met deze nieuwe formulering kan ook in het door de NVB geschetste scenario een aanwijzing plaatsvinden.

Artikel 364, eerste lid, Fw

De leden van de VVD-fractie stellen de vraag of het wetsvoorstel er op enigerlei wijze in voorziet dat aan de schuldenaar en aan derden – zoals financiers – de zekerheid kan worden gegeven dat zij in de stille voorbereidingsfase tot het moment van faillissement op normale wijze de bedrijfsvoering en dienstverlening kunnen voortzetten.

Op basis van artikel 363, eerste lid, zal als één van de toelatingscriteria gelden dat een verzoek om aanwijzing van een beoogd curator slechts kan worden toegewezen als er voldoende middelen aanwezig zijn om tijdens de stille voorbereidingsfase de lopende betalingsverplichtingen die in die fase opeisbaar worden en de nieuwe schulden die in die fase ontstaan, te kunnen voldoen. Voorts geldt dat ook een verlenging van de termijn waarvoor de aanwijzing geldt, slechts mogelijk is wanneer er nog financiële middelen zijn om de bedrijfsvoering nog even voort te kunnen zetten (artikel 363, derde lid). Wanneer tijdens de stille voorbereidingsfase

⁵⁹ Zie voor meer informatie het verslag van de (voormalig beoogd) curator: <http://www.turnaroundadvocaten.nl/upload/20150114.verslag.1a.publicatie.pdf>.

blijkt dat de financiële middelen eerder opraken dan was verwacht, dan dient die fase te worden beëindigd. Mocht de schuldenaar hier niet zelf om vragen, dan ligt het op de weg van de beoogd curator om de rechtbank te verzoeken de stille voorbereidingsfase te beëindigen (artikel 366, eerste lid).

Achtergrond van deze bepalingen is dat de stille voorbereidingsfase er niet toe mag leiden dat er meer schulden bij komen waardoor schuldeisers – waaronder ook financiers – juist meer schade wordt berokkend.

Artikel 364, derde, vierde en vijfde lid

De leden van de CDA-fractie vragen naar voorbeelden van situaties waarin de curator verkregen informatie van de schuldenaar tijdens de «*pre-pack fase*» zou willen delen met derden. Ook vragen deze leden zich af in hoeverre de toestemming van de schuldenaar voor het delen van verstrekte informatie nog problematisch kan zijn in de verantwoording die de beoogd curator jegens de beoogd rechter-commissaris dient af te leggen.

De beoogd curator zal er onder meer behoefte aan hebben om verkregen informatie met derden te delen, wanneer hij bij zijn taakuitoefening in de stille voorbereidingsfase deskundigen inschakelt. Eerder heb ik al de voorbereiding van het faillissement van de Ardenberg Groep genoemd, waarbij een onafhankelijke adviesorganisatie op het terrein van fusies en overnames werd ingeschakeld die een marktverkenning heeft uitgevoerd en een daarop volgend biedingstraject heeft begeleid. In het kader van deze opdracht kreeg de adviesorganisatie een door het bestuur van de Ardenberg Groep samengestelde lijst van vijftientig potentiële kandidaten voor een doorstart en een informatiepakket met daarin de bedrijfsinformatie dat bij blijken van daadwerkelijke interesse na ondertekening van een geheimhoudingsverklaring aan deze partijen kon worden verstrekt.⁶⁰

De beoogd rechter-commissaris valt niet onder de categorie «derden». Hij is als toezichthouder van de beoogd curator betrokken bij de stille voorbereidingsfase. Gelet op die rol moet de beoogd curator alle informatie die hij in het kader van zijn taakuitoefening ter beschikking heeft gekregen, kunnen delen met de beoogd rechter-commissaris. Toestemming van de schuldenaar is daarbij niet benodigd. De rechter-commissaris dient op zijn beurt die informatie – evenals de beoogd curator – vertrouwelijk te behandelen.

De Minister van Veiligheid en Justitie,
G.A. van der Steur

⁶⁰ Zie het verslag van de stille voorbereidingsfase d.d. 22 juli 2015 en het eerste openbare faillissementsverslag d.d. 31 augustus 2015. Beide documenten zijn gepubliceerd op <http://www.cms-dsb.com/ardenberg>.