

Vergaderjaar 2016–2017

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)

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 21 december 2016

Met veel belangstelling heb ik kennisgenomen van de opmerkingen en vragen van de leden van de fracties van de VVD, het CDA, de SP en de PvdA. Graag ga ik op de gestelde vragen in.

1. Inleiding

Verschillende fracties hebben in de aanloop naar hun vragen benadrukt dat zij bij de beoordeling van het wetsvoorstel in het bijzonder oog hebben voor de belangen van schuldeisers en van de werknemers en voor het voorkomen van oneigenlijk gebruik en misbruik van de voorgestelde regeling. Alvorens ik overga tot de beantwoording van de gestelde vragen ga ik daarom graag eerst kort in op hoe deze aspecten in het voorliggende wetsvoorstel geborgd zijn.

De WCO I is erop gericht een uitdrukkelijke wettelijke grondslag te bieden aan een methode (ook wel aangeduid als de «*pre-pack*») die al enkele jaren door acht van de elf rechtbanken wordt toegepast. Daarbij wijst de rechtbank kort voor een verwachte faillietverklaring van een onderneming op verzoek van het bestuur al aan wie in geval van faillissement tot curator aangesteld zal worden. Bedoeling is dat het bestuur hiermee de gelegenheid krijgt om het faillissement in relatieve rust onder het toezicht oog van de beoogd curator voor te bereiden. Het voorliggende wetsvoorstel gaat ervan uit dat de «*pre-pack*» methode wordt toegepast indien dit de belangen dient van de schuldeisers en de werknemers die door het naar verwachting aanstaande faillissement zullen worden geraakt. De toepassing van de «*pre-pack*» methode is een succes wanneer hiermee wordt bereikt dat de uit het faillissement voortvloeiende schade bij de schuldeisers en werknemers beperkt kan worden. Hiervan is sprake wanneer tijdens de stille voorbereidingsfase voorbereidingen kunnen getroffen worden voor een doorstart van bedrijfsonderdelen, waardoor deze doorstart kort na de faillietverklaring kan plaatsvinden en waardeverlies in faillissement zoveel mogelijk kan worden voorkomen. Op die manier kan namelijk een hogere boedelop-

brengrt gerealiseerd worden die uiteindelijk toe zal vloeien aan de schuldeisers. Eveneens kan er dan meer werkgelegenheid bewaard blijven en hebben de betrokken werknemers een grotere kans dat zij hun baan kunnen behouden. Ook wanneer er geen sprake is van een doorstart kan de vroegtijdige betrokkenheid van de curator meerwaarde hebben voor de schuldeisers en werknemers, omdat de curator zich dan al voor het faillissement de bijzonderheden van de onderneming eigen heeft kunnen maken en hij na de faillietverklaring voortvarend zijn taak kan oppakken en direct in staat is de maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om de faillissementsprocedure in goede banen te leiden. De bestaande praktijk leert dat het ook voorkomt dat met de aanwijzing van een beoogd curator een faillissement nog kan worden afgewend. Soms komt dit doordat de beoogd curator een bijzondere expertise meebrengt, die leidt tot nieuwe inzichten over een oplossing voor de financiële problemen. Verder komt het voor dat de aanwijzing van een beoogd curator de partijen die nog in staat zijn om een oplossing te bieden, doet realiseren dat het faillissement nu echt aanstaande is en dat zij hierdoor een extra zetje krijgen om mee te gaan in een oplossing om dit voorkomen.

Doel van het voorliggende wetsvoorstel is om voort te bouwen op de ervaringen die zijn opgedaan met de «*pre-pack methode*» en ervoor te zorgen dat de toepassing daarvan leidt tot bovengenoemde successenario's. Daartoe wordt duidelijkheid gegeven over de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voordat de rechtbank kan overgaan tot de aanwijzing van een beoogd curator en over wat in de stille voorbereidingsfase die op de aanwijzing volgt, 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. Bovendien leidt de voorgestelde regeling tot een versterking van de positie van de schuldeisers en de werknemers. Zo gaat de regeling ervan uit dat voorwaarde voor een aanwijzing van een beoogd curator is dat er gedurende de stille voorbereidingsfase voldoende middelen aanwezig zijn om de lopende betalingsverplichtingen die in die fase opeisbaar worden en nieuwe schulden die in die fase ontstaan te kunnen voldoen.¹ Zoals de leden van de VVD fractie terecht opmerken, mag de stille voorbereidingsfase er niet toe leiden dat een schuldenaar die feitelijk al «*in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen*», zijn faillietaanvraag nog even uitstelt en onwetende leveranciers blijven leveren, terwijl al te voorzien is dat zij daarvoor geen betaling meer zullen ontvangen.² Voorts is in het belang van de werknemers bepaald dat de rechtbank bij de aanwijzing van een beoogd curator als voorwaarde stelt dat de ondernemingsraad (OR) of personeelsvertegenwoordiging – voor zover deze aanwezig is – bij de stille voorbereidingsfase wordt betrokken, tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet. Daarnaast kan de rechtbank ook nog andere voorwaarden verbinden aan de aanwijzing van een beoogd curator als zij meent dat dit nodig is ter behartiging van de belangen van de werknemers. Ook zal wanneer er bij de faillietverklaring een voorlopige commissie van schuldeisers wordt ingesteld, een vertegenwoordiger van de werknemers benoemd worden als lid van die commissie (artikelen 74, tweede lid, en 363, vierde lid). Dit zorgt ervoor dat bij de toepassing van de «*pre-pack methode*» in de regel sprake zal zijn van betrokkenheid van de werknemers. Verder is van belang dat de regeling voorziet in een aantal maatregelen om oneigenlijk gebruik en misbruik van de «*pre-pack methode*» verder in

¹ Zie voor een nadere toelichting pag. 43 en 44 van de memorie van toelichting.

² Dit zou gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad weliswaar onrechtmatig zijn; bestuurders kunnen in een dergelijk geval persoonlijk aansprakelijk gesteld worden voor de schade die leveranciers lopen (Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel)). Het verdient echter de voorkeur om dit soort leveranties te voorkomen.

te dammen. Bepaald is dat de rechtbank slechts zal kunnen overgaan tot een aanwijzing van de beoogd curator als door het bestuur is aangetoond dat het zeer waarschijnlijk is dat zij op korte termijn genoodzaakt zal zijn om het faillissement van de onderneming aan te vragen en dat de voorbereiding van het faillissement meerwaarde heeft voor de betrokken schuldeisers en werknemers omdat dit hun schade aanzienlijk kan beperken (artikel 363, eerste lid). Voorts kan de rechtbank voorwaarden verbinden aan de aanwijzing en daarmee de beoogd curator hulpmiddelen geven om het voorbereidingstraject in het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij te sturen (artikel 363, vierde lid). Tenslotte 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 deze personen kan ook een civielrechtelijk bestuursverbod opgelegd worden (artikelen II en III).

Voor de goede orde merk ik op dat het voorliggende wetsvoorstel ziet op een fase die vooraf gaat aan het faillissement (de stille voorbereidingsfase); het faillissement is dan nog niet uitgesproken. Het wetsvoorstel ziet nadrukkelijk niet op het faillissement zelf of de doorstart die daarin kan plaatsvinden – of dit nu is met of zonder toepassing van de «*pre-pack methode*». De regeling gaat dus ook niet over de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer in faillissement en bepaalt evenmin welke voorwaarden er aan een doorstart uit faillissement gesteld moeten worden, bijvoorbeeld wanneer de koper/doorstarter een gelieerde partij is. Het proces en de procedure in de faillissementsfase zal uitgebreid aan bod komen in een ander wetsvoorstel dat binnen de reorganisatiepijler wordt voorbereid: de Wet continuïteit ondernemingen III (WCO III). In het kader van dit wetsvoorstel wordt in overleg met belangenorganisaties opnieuw gekeken naar de posities van de verschillende betrokkenen nadat een faillissement is uitgesproken, waaronder de positie van werknemers. Daarbij zal ook specifiek aandacht zijn voor doorstarts uit faillissement.

2. Effectiviteit van het wetsvoorstel

De leden van de VVD-fractie vragen in hoeveel gevallen van het gemiddeld aantal faillissementen per jaar daadwerkelijk een doorstart wordt gemaakt en het boedelactief aan één koper verkocht kan worden. Deze leden vragen of daarbij ook een onderscheid kan worden gemaakt naar grootte van de onderneming (mkb en middelgroot/groot). In het verleden is een onderzoek verricht door mr. Luttkhuis in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek.³ Dit onderzoek betrof alle in 2004 beëindigde faillissementen van ondernemingen. Dit waren er dat jaar 4167. Het ging daarbij om 2931 BV's, 17 NV's, 249 personenvennootschappen (maatschappen, vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen), 95 ander type Nederlandse rechtspersonen (zoals verenigingen), 20 buitenlandse rechtspersonen en 833 eenmanszaken. In 262 gevallen had in het faillissement een gehele of gedeeltelijke doorstart van de onderneming plaatsgevonden. Dit gebeurde in het faillissement van 233 BV's, 7 personenvennootschappen, 4 ander type Nederlandse rechtspersonen en 18 eenmanszaken. Het ging bij die 262 gevallen zowel om situaties waarin sprake was van een doorstart van de hele onderneming waarbij vrijwel het hele boedelactief aan één koper werd verkocht, als om situaties waarbij de doorstart en de verkoop enkele onderdelen van de onderneming en de bijbehorende boedelactiva betrof. Er zijn op dit moment geen recente cijfers over het jaarlijks aantal doorstarts uit faillissement beschikbaar. De Minister van Sociale Zaken en

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

Werkgelegenheid en ik hebben het Centraal Bureau van de Statistiek (CBS) gevraagd hier opnieuw onderzoek naar te verrichten. De resultaten van dit onderzoek zullen worden betrokken bij de voorbereiding van de WCO III. Zoals ik hiervoor al opmerkte, zal er bij dat wetsvoorstel specifiek aandacht zijn voor doorstarts in faillissement.

De leden van de VVD-fractie merken op dat de «*pre-pack praktijk*» informeel al enige tijd bestaat en vragen de regering of onderzocht is hoe succesvol deze praktijk was; dat wil zeggen, in hoeveel gevallen waarin sprake was van een stille voorbereiding van een faillissement, er daadwerkelijk een doorstart heeft plaatsgevonden en het boedelactief aan één koper verkocht kon worden. Ook vragen deze leden of de regering heeft gemeten in hoeverre de stille voorbereidingsfase doorslaggevend was voor het kunnen realiseren van een succesvolle doorstart en voor de verkoop van het boedelactief aan één koper.

De «*pre-pack praktijk*» bestaat sinds enkele jaren en wordt inmiddels door acht van de elf rechtbanken toegepast. Hoewel de praktijk niet door de regering zelf is onderzocht, hebben de betrokken rechters en curatoren binnen de rechtbanken deze wel steeds tussentijds geëvalueerd. Dit heeft ertoe geleid dat de «*pre-pack*» praktijk zich verder heeft kunnen ontwikkelen. Zo zijn in de afgelopen jaren binnen de rechtbanken lijsten met vragen- of indicatoren opgesteld aan de hand waarvan de rechters een aanwijzingsverzoek kritischer zijn gaan beoordelen. Deze lijsten zijn aan de hand van de uitkomsten van de tussentijdse evaluaties aangepast en daarmee is de toepassing van de «*pre-pack praktijk*» ook steeds iets bijgesteld. Daarnaast heeft de Vereniging Insolventierecht Advocaten (Insolad) praktijkregels opgesteld. In deze praktijkregels is uitgewerkt wat de rol is van de beoogd curator en welke taken er op hem rusten tijdens en na de stille voorbereidingsfase. Ook is hierin beschreven wat er in de stille voorbereidingsfase van het bestuur wordt verwacht.⁴ De lijsten met vragen- of indicatoren van de rechtbanken en de praktijkregels van Insolad reflecteren de ervaringen die zijn opgedaan met de «*pre-pack*» praktijk.

Daarnaast publiceerde mr. J.R. Hurenkamp begin 2015 de resultaten van een empirisch onderzoek dat hij heeft verricht naar 48 faillissementen waarbij voorafgaand aan de faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator had plaatsgevonden.⁵ Dit betrof alle gevallen in de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 juli 2014 waarin de «*pre-pack*» methode was toegepast. Het onderzoek bestond enerzijds uit een analyse van de faillissementsverslagen die zijn uitgebracht in de desbetreffende faillissementen. Anderzijds omvatte het onderzoek een analyse van interviews, afgenomen met in totaal twintig (beoogd) curatoren, (beoogd) rechters-commissarissen en advocaten met ervaring met de «*pre-pack*» praktijk. In de publicatie die mr. Hurenkamp naar aanleiding van zijn onderzoek uitbracht, beschrijft hij hoe de «*pre-pack*» in de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 juli 2014 werd toegepast en tot welke resultaten dat leidde.⁶ Mr. Hurenkamp geeft de resultaten als volgt weer.

- De stille voorbereidingsfase werd 2 keer tussentijds beëindigd, 38 keer direct opgevolgd door een faillietverklaring en 8 keer was eerst nog sprake van een verlening van surseance van betaling.
- In 37 gevallen werd tijdens de stille voorbereidingsfase een verkoop/doorstart van bedrijfsonderdelen voorbereid die na de faillietverklaring

⁴ Zie de «*Praktijkregels beoogd curator*» van Insolad, te vinden op <http://www.insolad.nl/publicaties.html>.

⁵ 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.

⁶ J.R. Hurenkamp, «*Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk*», Tvl 2015/20.

door de curator werd geëffectueerd. In 25 gevallen vond de doorstart binnen één tot drie dagen na de faillietverklaring plaats. In 7 gevallen verstreek er meer tijd tussen de faillietverklaring en de doorstart. In deze gevallen werd de stille voorbereidingsfase eerst opgevolgd door een surseance van betaling of duurde het na de faillietverklaring langer voordat de curator en de rechter-commissaris hun goedkeuring gaven aan de verkoop/doorstart. In 15 gevallen was sprake van een doorstart met een «gelieerde partij», waarbij in 3 gevallen een opschortende of ontbindende voorwaarde werd overeengekomen. Die voorwaarde bestond eruit dat expliciet werd bepaald dat als de curator na de faillietverklaring een aantrekkelijker bod zou krijgen, de voorbereide verkoop/doorstart niet gestand zou worden gedaan.⁷

- In 6 gevallen werd er tijdens de stille voorbereidingsfase wel onderhandeld over een verkoop/doorstart van bedrijfsonderdelen, maar lukte het uiteindelijk niet om voor de faillietverklaring een verkooptransactie voor te bereiden. In 3 gevallen lukte het de curator na de faillietverklaring alsnog om een verkoop/doorstart te realiseren. Tijdens een bijeenkomst georganiseerd door de Vereniging van Arbeidsrecht op 26 november 2015 hield mr. drs. J.C.A.T. Frima een presentatie over haar ervaringen als rechter-commissaris in Rotterdam met de «pre-pack» methode.⁸ Mr. Frima gaf de resultaten van de toepassing van de «pre-pack» methode door de rechtbank Rotterdam in de periode van december 2012 tot en met het najaar van 2015 als volgt weer:
- *Eén derde* van de aanwijzingsverzoeken die werden ingediend, werd door de rechtbank Rotterdam afgewezen.
- In *één derde* van de gevallen waarin een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator wel werd gehonoreerd, volgde er geen faillissement; dat wil zeggen dat er in de stille voorbereidingsfase alsnog een oplossing werd gevonden voor de financiële problemen, zodat een faillietverklaring afgewend kon worden.
- In de *helft* van de gevallen waarin na de aanwijzing van een beoogd curator wel een faillissement volgde, vond er na de faillietverklaring een snelle doorstart plaats.

In Rotterdam heeft in de genoemde periode derhalve ongeveer één op de vijf verzoeken tot aanwijzing van een beoogd curator tot een snelle doorstart uit faillissement geleid.

De leden van de VVD-fractie vragen hoe de belangen van schuldeisers in de «*stille fase*» zo goed mogelijk worden beschermd. Het gaat deze leden daarbij in het bijzonder om de belangen van de schuldeisers die niet op de hoogte zijn van de «*stille fase*» en niet in de gaten hebben dat hun contractspartner betalingsmoeilijkheden heeft, waardoor zij het risico lopen schade te lijden doordat zij met onbetaalde rekeningen blijven zitten.

De leden van de VVD-fractie merken terecht op dat het niet de bedoeling is dat een schuldenaar die feitelijk al «*in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen*», zijn faillietaanvraag nog even uitstelt en nog nieuwe betalingsverplichtingen aangaat waarvan op dat moment al duidelijk is dat die niet meer zullen kunnen worden voldaan. Dit zou gelet op de jurisprudentie van de Hoge Raad ook onrechtmatig zijn.⁹ Het risico daarop is kleiner wanneer voorafgaand aan het faillissement om de aanwijzing van een beoogd curator wordt gevraagd. Zoals ik in de inleiding reeds heb opgemerkt, komt dit in de eerste plaats doordat één

⁷ 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).

⁸ De presentatie is te vinden op <http://www.verenigingvoorarbeidsrecht.nl/files/6514/4888/7656/StillebewindvoeringVAN.pdf>.

⁹ Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel).

van de voorwaarden voor de aanwijzing van een beoogd curator is, dat 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.¹⁰ Wanneer de rechtbank tot de conclusie komt dat dit niet het geval is, zal zij het aanwijzingsverzoek om die reden afwijzen. Voor het bestuur is daarmee direct duidelijk dat de rechtbank de onderneming als feitelijk failliet beoordeelt en dat er een faillissementsaanvraag zal moeten worden ingediend. Verwacht mag worden dat het bestuur dit dan ook spoedig zal doen. Wanneer zij hier te lang mee wacht, hangt de bestuurders op basis van de genoemde jurisprudentie van de Hoge Raad persoonlijke aansprakelijkheid boven het hoofd voor de schade die als gevolg daarvan ontstaat. Daarnaast geldt dat, als het aanwijzingsverzoek wel wordt gehonoreerd, de beoogd curator de taak heeft de belangen te behartigen van de gezamenlijke schuldeisers en dat de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt op het functioneren van de beoogd curator (artikelen 364, eerste lid, en 365, tweede lid). Hieruit volgt dat de beoogd curator er tijdens de stille voorbereidingsfase op toe zal moeten zien dat er inderdaad nog voldoende financiële middelen zijn. Komt de financiële bodem in zicht, dan dient de stille voorbereidingsfase te worden beëindigd. Doet het bestuur hiertoe zelf geen verzoek bij de rechtbank, dan is het aan de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris om een dergelijk verzoek in te dienen (artikel 366, eerste lid). Wordt de aanwijzing door de rechtbank ingetrokken en de stille voorbereidingsfase beëindigd omdat er geen financiële middelen meer zijn, dan geldt wederom dat van het bestuur verwacht mag worden dat zij het faillissement zal aanvragen. Ook nu riskeren de individuele bestuurders een persoonlijke aansprakelijkheidstelling wanneer zij dit niet spoedig doen. 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. De vragenlijst die wordt gehanteerd door de rechtbank Rotterdam – en die door andere rechtbanken (deels) is overgenomen – omvat de vraag «*Wat is de liquiditeitsprognose voor de korte termijn*». Indien uit het antwoord op die vraag blijkt dat er onvoldoende financiële middelen zijn om een stille voorbereidingsfase van twee weken door te komen, zal dit per definitie leiden tot een afwijzing van het aanwijzingsverzoek. Ook de Insolad-praktijkregels besteden hier aandacht aan. In regel 4.1 is 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*».

De leden van de VVD fractie vragen de regering om in te gaan op de mogelijkheden die worden geboden door de bepalingen in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) over de aansprakelijkheid van bestuurders die verplichtingen zijn aangegaan terwijl zij wisten of konden weten dat de onderneming deze verplichtingen niet zou kunnen nakomen. Zij vrezen dat deze bepalingen te weinig bescherming bieden, omdat veel schuldeisers vaak met een bewijsprobleem zitten of er bij de bestuurders zelf niets meer te halen valt. Zij vragen zich af of datzelfde probleem zich voor zal doen bij de voorgestelde aanvulling van de artikelen 2:138 en 2:248 BW.

In het vennootschapsrecht is het uitgangspunt dat de vennootschap aansprakelijk is voor schade die een schuldeiser lijdt als de vennootschap contractuele verplichtingen niet nakomt. Wanneer sprake is van een faillissement, is de vennootschap weliswaar aansprakelijk, maar biedt deze geen of onvoldoende verhaal. Onder omstandigheden kunnen de

¹⁰ Zie voor een nadere toelichting pag. 43 en 44 van de memorie van toelichting.

bestuurders van de vennootschap persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor de schade die de schuldeisers lijden. Zo volgt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad dat bestuurders onrechtmatig hebben gehandeld jegens schuldeisers, wanneer zij bij het aangaan van nieuwe betalingsverplichtingen wisten of redelijkerwijze behoorden te begrijpen dat de vennootschap die zij vertegenwoordigden niet, of niet binnen een redelijke termijn, aan deze verplichtingen zou kunnen voldoen en ook geen verhaal zou bieden voor de schade die als gevolg van die wanpres-tatie zou ontstaan.¹¹ Daarmee zijn deze bestuurders persoonlijk aansprakelijk voor de schade die de schuldeisers lijden als gevolg van hun handelen. Dit betekent dat de schade verhaald kan worden op het privévermogen van de bestuurders.

In het wetsvoorstel worden de artikelen 2:138 of 248 BW aangevuld met een bepaling waarmee wordt beoogd oneigenlijk gebruik van de stille voorbereidingsfase te voorkomen. Hebben de bestuurders onjuiste informatie verschaft over de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement en is op basis daarvan ten onrechte een beoogd curator aangewezen, dan kunnen zij in faillissement aansprakelijk gesteld worden voor de hieruit voortvloeiende schade (vgl. artikelen 2:138 of 248 BW). Daarbij gaat het er onder meer om dat de kosten die tijdens de stille voorbereidingsfase zijn gemaakt – zoals het salaris van de beoogd curator en van de eventueel door hem ingeschakelde deskundigen – op de bestuurders kunnen worden verhaald. Een onherroepelijke veroordeling is eveneens grond voor oplegging van een bestuursverbod (artikel 106a lid 1, onder a, Fw).

In faillissement is het in beginsel aan de curator, die optreedt namens de gezamenlijke schuldeisers – en dus niet de individuele schuldeisers – om een aansprakelijkheidsprocedure jegens de bestuurders te starten en het daarvoor benodigde bewijs te vergaren. In praktische zin is het voor de curator eenvoudiger om aan dergelijk bewijs te komen, dan voor een schuldeiser. Dit komt doordat de curator na de faillietverklaring – in het kader van zijn taak om de failliete boedel te beheren en te vereffenen – de beschikking krijgt over de administratie van de onderneming (artikelen 68 en 92 Fw). Bovendien zijn de bestuurders op grond van artikel 105 Fw verplicht de curator alle inlichtingen te verschaffen die hij nodig heeft bij de uitoefening van zijn taken. In het bij de Tweede Kamer aanhangige wetsvoorstel versterking positie curator krijgt de curator een verbeterde toegang tot de administratie en wordt de informatieverplichting van de schuldenaar verder aangescherpt.¹² Wanneer aan de faillietverklaring een stille voorbereidingsfase vooraf gaat, kijkt de beoogd curator reeds mee in de aanloop naar het faillissement en kan hij in dat stadium al belangrijke informatie verzamelen. De toepassing van de «*pre-pack methode*» kan er daardoor toe leiden dat de curator nog beter in staat wordt gesteld om eventuele benadeling van schuldeisers te ontdekken en de gevolgen daarvan in het faillissement terug te draaien. De leden van de VVD-fractie merken terecht op dat er geen sprake hoeft te zijn van oneigenlijk gebruik van de stille voorbereidingsfase om toch van benadeling van crediteuren te kunnen spreken. Zo is mogelijk dat de beoogd curator er na zijn aanwijzing – die op zichzelf terecht was – achter komt dat door het bestuur rechtshandelingen zijn verricht die aangemerkt kunnen worden als paulianeus. Die voorkennis biedt hem dan de mogelijkheid om de gewraakte rechtshandelingen na de faillietverklaring spoedig terug te draaien door het instellen van een «*actio pauliana*» op basis van artikel 42 Fw. Paulianeus handelen kan ook tot een bestuursverbod leiden (artikel 106a lid 1, onder b, Fw).

¹¹ Hoge Raad 6 oktober 1989, NJ 1990/286 (Beklamel).

¹² Kamerstukken II 2015–2016, 34 253.

3. Aanwijzen curator

De leden van de SP-fractie merken op dat de curator wordt gekozen aan de hand van een door de rechtbank opgestelde «*curatorenlijst*» die niet openbaar is, waardoor het volgens deze leden onduidelijk is wie er allemaal curator zijn en wanneer een curator van de lijst wordt gehaald omdat deze niet goed functioneert. Zij verzoeken de regering toe te lichten wat de reden is voor een geheime lijst, waarom deze niet openbaar wordt gemaakt en wat hiervan het doel is.

De Faillissementswet bepaalt dat de rechtbank bij vonnis de faillietverklaring uitspreekt. Onderdeel van deze rechterlijke beslissing is dat een curator wordt aangesteld die ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers het vermogen van de schuldenaar zal beheren en vereffenen en de opbrengst zal verdelen onder de schuldeisers (artikelen 14 en 68 Fw). Welke persoon wordt aangesteld als curator is – als onderdeel van de beslissing op de faillissementsaanvraag – ter onafhankelijke behoordeling door de rechter. De rechtbanken streven ernaar om in elk faillissement de meest geschikte curator aan te stellen. Daarbij speelt de specifieke kennis en ervaring van een curator een belangrijke rol. Bij de aanstelling van curatoren in faillissementen maken de rechtbanken veelal gebruik van een lijst met benoembare personen (ook wel genoemd: curatoren-lijst). De personen die genoemd worden op deze lijsten zijn meestal advocaten. Dit neemt niet weg dat het ook voorkomt dat er aanstellingen plaatsvinden van personen die niet op de lijst voorkomen. Wanneer een faillissement een specifieke deskundigheid vereist, stellen rechtbanken naast een advocaat ook wel een materiedeskundige, zoals een accountant of een onroerend goed deskundige, aan als curator. De curatorenlijst moet niet verward worden met een register (zoals het BIG-register) waar personen zich naar believen in kunnen laten registreren, mits zij aan bepaalde voorwaarden voldoen. Het is namelijk de rechtbank die bepaalt of een persoon – gelet op zijn kennis en ervaring – geschikt is om als curator te worden aangesteld in faillissementen en op de curatorenlijst geplaatst kan worden. Nadien kan die persoon ook weer van de curatorenlijst worden verwijderd. De desbetreffende persoon kan daar zelf om vragen, maar de rechtbank kan daar ook toe besluiten. De rechtspraak heeft uitgangspunten geformuleerd voor het toelaten tot en verwijderen van personen van de curatorenlijst en over de kwaliteits- en controle-instrumenten die rechtbanken daarbij hanteren. Deze uitgangspunten zijn openbaar en terug te vinden op de website van de Raad voor de rechtspraak.¹³ De uitgangspunten omvatten onder meer eisen omtrent opleiding, relevante ervaring, integriteit en het bijhouden van vakkennis. De curatorenlijsten zelf zijn niet openbaar. Dit heeft de volgende achtergrond. Personen die gelet op hun beroepsmatige achtergrond in aanmerking zouden kunnen komen voor een aanstelling als curator in een faillissement en daarmee een plek op de curatorenlijst zouden kunnen krijgen, zijn afhankelijk van het oordeel van de rechtbank of zij die plek daadwerkelijk krijgen of, wanneer zij die plek eenmaal hebben gekregen, kunnen behouden. Wanneer de curatorenlijst openbaar zou zijn en een persoon hierop niet wordt vermeld of hiervan blijkt te zijn verwijderd, zou dit de indruk kunnen wekken dat die persoon door de rechtbank niet (langer) goed genoeg bevonden wordt om aangesteld te worden als curator. Dit kan een terechte constatering zijn, maar het is ook goed mogelijk dat de persoon zelf geen behoefte (meer) heeft aan een plek op de lijst. In beide situaties zou de openbaarmaking van de lijst een inbreuk kunnen maken op de privacy van personen en de bedrijfsvoering van die personen negatief kunnen beïnvloeden. Hier staat tegenover dat het nog maar de vraag is of

¹³ 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/SiteCollectionDocuments/Benoemingenbeleid.pdf>.

rechtzoekenden belang hebben bij openbaarmaking van de curatorenlijst. Het zou niet meer opleveren dan dat rechtzoekenden kunnen zien wie aangesteld zouden kunnen worden als curator in een faillissement waarbij zij ooit – bijvoorbeeld als schuldeiser of werknemer – betrokken zouden kunnen zijn. Wanneer een rechtzoekende daadwerkelijk als schuldeiser of werknemer betrokken is bij een faillissement, dan is voor hem van belang dat 1) hij spoedig wordt geïnformeerd wie daadwerkelijk als curator is aangesteld, zodat hij ook weet tot wie hij zich met zijn vordering kan wenden en 2) dat hij erop kan vertrouwen dat de curator zijn belangen goed zal behartigen. Het eerste belang wordt geborgd doordat de Faillissementswet bepaalt dat in het faillissementsvonnis de naam van de curator wordt vermeldt en dat het vonnis openbaar wordt gemaakt en wordt opgenomen in het voor een ieder toegankelijke Centraal Insolventieregister (artikelen 14 en 19a Fw). Het tweede belang is verzekerd doordat in de Faillissementswet is bepaald dat:

- de rechtbank bij de faillietverklaring ook een rechter-commissaris benoemt die toezicht houdt op het functioneren van de curator (artikel 14 en 64 Fw),
- het mogelijk is om een curator indien nodig te vervangen (artikel 73 Fw), en
- de curator regelmatig verslag dient uit te brengen over zijn functioneren en dit verslag in te zien is door de betrokkenen bij het faillissement (artikel 73a Fw).

Gelet op de beperkte maatschappelijk meerwaarde die niet opweegt tegen de evidente nadelen, acht ik openbaarmaking van de curatorenlijst niet wenselijk.

De leden van de SP-fractie merken op dat de bewindvoerder die wordt benoemd bij de verlening van surseance van betaling, het belang behartigt van de onderneming en de curator die wordt aangesteld bij de faillietverklaring, het belang van de schuldeisers. In de praktijk komt het voor dat de curator bij een insolventieprocedure dezelfde persoon is als de bewindvoerder in de fase van surseance. Deze leden vragen de regering uit te leggen waarom de bewindvoerder in surseance dezelfde persoon kan zijn als de curator in faillissement, aangezien zij niet dezelfde belangen vertegenwoordigen en hoe belangenversterving voorkomen kan worden.

De surseance van betaling kan het best worden omschreven als een algemeen uitstel van betaling in het belang van de schuldenaar en van zijn schuldeisers om een tijdelijk acuut liquiditeitsprobleem te overbruggen en de schuldenaar de gelegenheid te geven om zijn financiële problemen op te lossen, zodat een faillissement voorkomen kan worden. De toekenning van een algemeen uitstel van betaling heeft tot gevolg dat de schuldeisers geen verhaal kunnen halen op het vermogen van de schuldenaar om openstaande vorderingen voldaan te krijgen. Om dit verlies van individuele verhaalsmogelijkheden te compenseren en te voorkomen dat de individuele schuldeisers machteloos moeten toezien dat de schuldenaar beslissingen neemt ten aanzien van zijn vermogen die nadelig zouden kunnen zijn voor de schuldeisers, verliest de schuldenaar bij de verlening van de surseance van betaling het vrije beheer en de vrije beschikking over zijn vermogen. Door de rechtbank wordt bij de verlening van surseance een bewindvoerder benoemd, die tot taak heeft samen met de schuldenaar het beheer te voeren over zijn vermogen. Dit betekent dat de bewindvoerder de schuldenaar terzijde staat bij het vinden van een oplossing voor de financiële problemen, maar ook dat hij ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers toezicht houdt op het beheer van het vermogen van de schuldenaar (de boedel). In surseance kan de schuldenaar slechts handelingen verrichten betreffende de boedel met instemming van de bewindvoerder (artikel 228 Fw). Bovendien is de bewindvoerder verplicht de rechtbank te vragen de surseance in te

trekken, wanneer hij gedurende de loop van de surseance – kort gezegd – constateert dat de schuldenaar zich te kwader trouw gedraagt of de omvang van de boedel zodanig terugloopt, dat handhaving van de surseance niet langer wenselijk is (artikel 242, eerste lid, onder 1 en 5, en tweede lid).

In het voorgaande is terug te zien dat de bewindvoerder tijdens surseance van betaling niet tot taak heeft om de belangen van de onderneming te behartigen, maar dat hij is aangesteld om de schuldenaar bij te staan in zijn poging om een faillissement te voorkomen en om tijdens dit proces de belangen te behartigen van de gezamenlijke schuldeisers. Daarmee ligt zijn taak in het verlengde van de taak van de curator in faillissement. In het faillissement heeft de curator immers ook tot taak de belangen te behartigen van de gezamenlijke schuldeisers. Hierbij sluit aan dat wanneer de surseance van betaling op voornoemde gronden door de rechtbank wordt ingetrokken, doorgaans ook direct de faillietverklaring van de schuldenaar wordt uitgesproken en de bewindvoerder daarbij wordt aangesteld als curator. Ik zie dan ook geen gevaar dat het systeem belangenverstremming in de hand zou werken. Mocht in een incidenteel geval na de faillietverklaring een schijn van belangenverstremming aan het licht komen, dan kan de curator op basis van artikel 73 Fw worden vervangen.

De leden van de PvdA-fractie vragen om een toelichting over of en hoe door de onderneming dient te worden gerapporteerd dat zij gebruik maakt van de mogelijkheid tot indiening van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris. Deze leden vragen hoe dit zich verhoudt tot het continuïteitsbeginsel als een van de algemene grondslagen voor het opstellen van de jaarrekening. Er is geen sprake van een verplichting tot het rapporteren over de aanwijzing van een beoogd curator. Om de beoogd curator in staat te stellen zijn rol te vervullen, is het zelfs van belang dat zijn aanwijzing niet breed bekend wordt. De vraag of zijn aanwijzing eventueel vermeld zou moeten worden in de jaarrekening is enkel relevant wanneer de beoogd curator is aangesteld vlak voor het aflopen van de termijn voor het vaststellen en publiceren van de jaarrekening. Ik acht de kans klein dat die situatie zich zal voordoen. De jaarrekening wordt door het bestuur opgemaakt over het voorafgaande boekjaar en dient door beursvennootschappen binnen vier en door de overige vennootschappen binnen twaalf maanden na balansdatum gepubliceerd te worden. Publicatie dient binnen acht dagen na vaststelling door de aandeelhoudersvergadering plaats te vinden. Als zich tussen balansdatum en datum van vaststelling van de jaarrekening gebeurtenissen hebben voorgedaan die belangrijke financiële gevolgen hebben voor de rechtspersoon (en zijn groep), dan moeten die in de toelichting bij de jaarrekening vermeld worden (artikel 2:380a BW). In het uitzonderlijke geval dat er vlak voor de vaststelling (maar na het opmaken van de jaarrekening door het bestuur) een beoogd curator is aangewezen, kan enkel nog de aandeelhoudersvergadering de aanwijzing van de curator daarin opnemen en de jaarrekening aldus gewijzigd vaststellen. Een dergelijke situatie valt echter nauwelijks voor te stellen. Het bestuur moet immers als discontinuïteit van de onderneming onontkoombaar is, de jaarrekening al op die discontinuïteitsbasis opstellen, ook als daarvan blijkt na balansdatum maar vóór het opmaken van de jaarrekening. Er mag van worden uitgegaan dat wanneer de jaarrekening op zeer korte termijn vastgesteld en gepubliceerd zou moeten worden, het weinig zin zal hebben voor het bestuur om nog om de aanwijzing van een beoogd curator te vragen. Met de publicatie van de jaarrekening wordt in dat geval immers direct duidelijk dat de onderneming failliet zal gaan en kan van een voorbereiding van het faillissement in relatieve stilte geen sprake meer zijn.

4. Arbeidsrechtelijke aspecten

De leden van de CDA-fractie vragen de regering om in te gaan op de inhoud van het artikel van A.C.S. van Groningen in de periodiek «*Arbeids-Recht*» en meer in het bijzonder op arbeidsrechtelijke gevolgen van het «*pre-pack pakket*». De leden vragen of de regering de geuite zorgen deelt. Mr. Van Groningen concludeert in haar artikel dat de «*pre-pack*» methode in de afgelopen jaren stapsgewijs meer terrein heeft gewonnen in de Nederlandse faillissementspraktijk. Omdat de «*pre-pack*» nog niet is verankerd in de wet, bestaat volgens mr. Van Groningen veel onduidelijkheid over de rol en de bevoegdheden van de beoogd curator, onder welke voorwaarden de «*pre-pack methode*» kan worden toegepast, hoe het toezicht is geregeld en wat de arbeidsrechtelijke gevolgen zijn. Zoals ik in de inleiding reeds heb opgemerkt en ook door mr. van Groningen in haar artikel wordt onderkend, leidt het voorliggende wetsvoorstel ertoe dat ten aanzien van deze punten duidelijkheid wordt geboden. Dit is een van de redenen waarom schuldeisers en werknemers belang hebben bij een spoedige invoering van de voorgestelde regeling.

Mr. Van Groningen gaat in haar artikel ook in op de positie van werknemers wanneer er in faillissement een doorstart plaatsvindt die voor de datum van de faillietverklaring is voorbereid door middel van de «*pre-pack methode*». Zij verwijst naar Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van ondernemingen.¹⁴ Deze richtlijn beoogt – kort gezegd – te bewerkstelligen dat wanneer een onderneming wordt overgenomen, de werknemers van die onderneming bij de overgang van rechtswege onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst treden bij de verkrijger van de onderneming. In artikel 5 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat de richtlijn niet van toepassing is wanneer de overgang van de onderneming plaatsvindt in het kader van een faillissement dat erop gericht is het vermogen van de vervreemder te liquideren (vereffenen). De lidstaten hebben op basis van de genoemde bepaling wel de mogelijkheid om de richtlijn in gemitigeerde vorm van toepassing te verklaren bij een overgang van onderneming in faillissement. Nederland heeft tot op heden geen gebruik gemaakt van deze optie. In artikel 7:666 lid 1, onderdeel a, BW is bepaald dat de artikelen 7:662 tot en met 665 en artikel 7:670 lid 8 BW niet van toepassing zijn bij een overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Mr. Van Groningen doet het voorstel om deze keuze te heroverwegen waar het een doorstart in de faillissementsfase betreft die voor de datum van de faillietverklaring is voorbereid door middel van de «*pre-pack methode*». Hiermee zou naar haar mening de positie van de werknemers bij een dergelijke doorstart verder kunnen worden versterkt. Zoals ik in de inleiding heb opgemerkt, betreft dit vraagstuk de faillissementsfase die in het kader van de WCO III aan bod zal komen. Daarbij zal in overleg met de relevante belangenorganisaties, waaronder vertegenwoordigers van werknemers en werkgevers, ook specifiek worden gekeken naar de positie van de werknemer bij een doorstart in de faillissementsfase. Dan zal overigens niet alleen gekeken worden naar een doorstart die is voorbereid met behulp van de «*pre-pack methode*», maar naar elke doorstart in faillissement. Er heeft reeds een eerste bespreking met de belangenorganisaties plaatsgevonden. Voorlopige uitkomst van dit overleg was dat er begrip bestaat voor het gegeven dat bij een doorstart in faillissement meestal niet voor al het voormalige personeel plek zal zijn bij de partij die de bedrijfsonderdelen voortzet (de verkrijger). Het grootste pijnpunt lijkt voorsnog de onduidelijkheid op welke gronden besloten wordt welke werknemers wel een baan aangeboden krijgen bij de

¹⁴ 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.

doorstart en welke werknemers niet. De verkrijger is onder het huidige recht in beginsel vrij in de selectie van personeel en hoeft zich daarover niet te verantwoorden. De belangenorganisaties menen dat het nuttig zou zijn om te bezien hoe meer inzicht kan worden gegeven in de manier waarop die selectie plaatsvindt. De curator zou een voorstel voor een doorstart hierop kunnen toetsen; daarmee zou de bijdrage die de curator levert aan de behartiging van de belangen van werknemers nader kunnen worden ingekleurd. Hierbij moet wel bedacht worden dat een doorstart maatwerk vergt en dat daarvoor ruimte zal moeten blijven bestaan. Is die er niet, dan kan dit ten koste gaan van de mogelijkheid tot het bereiken van een doorstart en uiteindelijk van het behoud van werkgelegenheid. Het overleg zal worden voortgezet en de door mr. Van Groningen aangedragen oplossingsrichting, die ook al eens door anderen is gesuggereerd¹⁵, zal hierbij uiteraard worden betrokken.

De leden van de SP-fractie verwijzen naar de bepaling dat de rechtbank aan de aanwijzing van de beoogd curator, of aan de verlenging van die aanwijzing, voorwaarden kan verbinden indien zij dit nodig oordeelt ter verwezenlijking van het met de stille voorbereidingsfase beoogde doel. In de memorie van toelichting is hierover opgemerkt dat de rechtbank bijvoorbeeld 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. Deze leden vragen in welke gevallen de reacties van niet-gelieerde partijen tot heronderhandeling met de gelieerde partij zouden kunnen leiden en dan met name over de overname van personeel en arbeidsvoorwaarden door de gelieerde partij. Een heronderhandeling zal plaatsvinden wanneer andere partijen een beter bod doen dan de gelieerde partij. Daarbij moet gedacht worden aan de situatie dat een hogere aankoopprijs wordt geboden op de bedrijfsonderdelen, maar ook aan een situatie dat een andere partij bij de doorstart meer voormalige werknemers wil overnemen.

De leden van de SP-fractie merken op dat de regering in de nota naar aanleiding van het verslag stelt dat op de doorstart uit een faillissement de arbeidsrechtelijke bepalingen die gelden bij een gewone overgang van een onderneming niet van toepassing zijn, en dat Richtlijn 2001/23/EG daarvan uitgaat. Deze leden vragen waarop de regering dat baseert en of de Europese Commissie of het Europese Hof van Justitie zich daarover heeft uitgesproken. Daarnaast vragen zij wat de stand van zaken is in de Heiploeg-zaak en de Estro-zaak.

De leden van de CDA-fractie vragen of niet eerst de Estro-rechtszaak (prejudiciële vragen) afgewacht kan worden, alvorens de beoogde wetswijzigingen in te voeren.¹⁶

Zoals ik eerder heb opgemerkt, is in navolging van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG in artikel 7:666 BW bepaald dat de regels betreffende overgang van onderneming niet van toepassing zijn wanneer de overgang van de onderneming plaatsvindt in het kader van een reeds uitgesproken faillissement dat erop gericht is het vermogen van de vervreemder te liquideren (vereffenen) ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. In de rechtszaak die door de vakbonden (en enkele individuele werknemers) is gestart naar aanleiding van de doorstart van kinderopvangorganisatie Estro die door middel van de «*pre-pack methode*» werd voorbereid, heeft

¹⁵ Prof. dr. mr. W.H.A.C.M. Bouwens e.a., «*De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief*», TAP 2016/172.

¹⁶ De vraag van de CDA-fractie is in het voorlopig verslag terug te vinden in paragraaf 5 (Procedurale aspecten) (pag. 4).

de rechtbank Midden-Nederland prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Europese Hof). De rechtbank wenst met deze vragen in essentie te vernemen of de uitsluitingsregel van artikel 5 lid 1 van de richtlijn ook geldt wanneer:

- a) voorafgaand aan een faillissement de huidige «*pre-pack praktijk*» is toegepast, en
- b) in verband daarmee voor het faillissement gesprekken zijn gevoerd met potentiële kopers/overnamekandidaten over een mogelijke overdracht van bedrijfsonderdelen.

In het kader van de beantwoording van deze vragen zijn de volgende kenmerken van de huidige «*pre-pack praktijk*» van belang. Bij toepassing van de «*pre-pack praktijk*» is altijd sprake van een reële kans dat het faillissement aanstaande is. Het faillissement is dan nog niet uitgesproken. Het faillissement heeft tot doel het vermogen van de failliete onderneming onder toezicht van de rechter-commissaris door de curator te laten liquideren (vereffenen). Een verkoop van bedrijfsonderdelen kan onderdeel uitmaken van dit liquidatieproces. De «*pre-pack praktijk*» houdt niet meer in dan dat het bestuur van de onderneming de gelegenheid krijgt om het naar verwachting aanstaande faillissement in relatieve rust onder het toezicht van de beoogd curator voor te bereiden. Doel daarbij is om ten behoeve van de schuldeisers en de werknemers een meerwaarde te realiseren in de vorm van een zo hoog mogelijke verkoopprijs en behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid. Er kunnen tijdens de voorbereidingsfase gesprekken worden gevoerd met potentiële kopers/overnamekandidaten over een mogelijke overname van bepaalde bedrijfsonderdelen nadat het faillissement is uitgesproken. Maar tijdens deze gesprekken kunnen geen juridische garanties worden afgegeven ten aanzien van de overdracht van de besproken bedrijfsonderdelen. De vraag of, en zo ja onder welke voorwaarden, de verkoop en de daarop volgende doorstart van bedrijfsonderdelen uiteindelijk doorgang kan vinden, wordt namelijk pas beantwoord in faillissement en dan is het de curator – en dus niet het bestuur van de failliete onderneming – die hierover beslist. De curator kan die beslissing ook pas nemen in faillissement, want in de stille voorbereidingsfase heeft hij geen enkele wettelijke bevoegdheid om de onderneming te binden. Het is ook niet zo dat ná het uitspreken van het faillissement de voormalig beoogd curator in zijn nieuwe hoedanigheid van de curator het onderhandelingsresultaat van het oude bestuur van de gefailleerde onderneming en potentiële kopers/overnamekandidaten enkel dient te «*formaliseren*». Van de curator wordt verwacht dat hij het voorbereidingstraject dat door het bestuur in gang is gezet kritisch toetst en dat hij een voorstel voor een doorstart dat daaruit is voortgekomen, beoordeelt aan de hand van de vraag of hiermee het hoogst haalbare resultaat voor de schuldeisers en de werknemers wordt behaald. Pas wanneer de curator deze vraag bevestigend kan beantwoorden, zal hij kunnen instemmen met een doorstart. Zoals eerder aan de orde is gekomen, laat de huidige «*pre-pack praktijk*» zien dat er tussen de faillietverklaring en de doorstart in elk geval nog enige tijd verstrijkt (enkele dagen of langer). In die periode vindt er overleg plaats tussen de curator en de koper/overnamekandidaat over de voorwaarden waaronder een doorstart zou kunnen plaatsvinden. Ook kan er dan nog sprake zijn van een heronderhandeling als blijkt dat er andere partijen zijn die wellicht nog een beter bod zouden willen doen. Een overeenkomst tussen de curator en kopers/overnamekandidaten ten behoeve van een overgang van bedrijfsonderdelen wordt dus pas ná het uitspreken van het faillissement gesloten en de exploitatie van de betrokken bedrijfsonderdelen gaat daarmee ook pas in het faillissement over op de koper.

Het Europese Hof heeft zich al eens eerder uitgesproken over de voorloper van de richtlijn en toen geoordeeld dat de Europese regels betreffende de overgang van onderneming niet van toepassing zijn wanneer bedrijfsonderdelen worden overgedragen in het kader van een liquidatieprocedure

waarbij het vermogen van een onderneming – die door de rechter insolvent is verklaard – onder toezicht van de rechter wordt vereffend.¹⁷ Voorts heeft het Europese Hof in een andere zaak bepaald dat wat betreft het tijdstip van overgang van onderneming, aansluiting gezocht moet worden bij het moment van de «*change of control*», dat wil zeggen het moment waarop de exploitatie van de onderneming overgaat van de vervreemder op de verkrijger.¹⁸ Bovendien heeft de Hoge Raad – zoals ik in paragraaf 5 van de memorie van toelichting uiteen heb gezet – ook al eens geoordeeld over de situatie waarin gedurende een surseance van betaling een doorstart in faillissement werd voorbereid.¹⁹ In zijn arrest liet de Hoge Raad zich in het bijzonder uit over de vraag of in de beschreven situatie het tijdstip van de overgang kan worden geacht te liggen vóór omzetting van de surseance van betaling in een faillissement, waardoor de bepalingen omtrent overgang van onderneming van toepassing zouden zijn. De Hoge Raad heeft in zijn arrest geoordeeld dat aan de hand van het gewicht van de verrichte handelingen moet worden vastgesteld op welk moment sprake is van een overgang van de onderneming. Indien kan worden gezegd dat het belangrijkste gedeelte van de handelingen/transacties waarmee de doorstarter in staat wordt gesteld om de onderneming voort te zetten, plaats vinden na de faillietverklaring, vindt de overgang van de onderneming plaats in faillissement en zijn de Europese regels betreffende de overgang van onderneming niet van toepassing.

Gelet op de genoemde kenmerken van de huidige «*pre-pack praktijk*» en de uitspraken van het Europese Hof en de Hoge Raad is het mijn overtuiging dat het voor de toepassing van artikel 5 lid 1 van de richtlijn niet uitmaakt of bij een doorstart in faillissement gebruik is gemaakt van de «*pre-pack methode*». Cruciaal is immers dat pas na datum faillissement de «*change of control*» optreedt. Dan is de uitsluitingsregel van toepassing. Het is evenwel aan het Europese Hof om hierover in het kader van de beantwoording van de gestelde prejudiciële vragen definitief uitsluitsel te geven. Het is niet nodig om dit af te wachten, omdat het antwoord op de vragen vooral van belang is voor de vraag welke voorwaarden er gesteld moeten worden wanneer een doorstart in faillissement is voorbereid door middel van de «*pre-pack methode*». Zoals ik eerder heb opgemerkt, betreft dit niet de «*pre-pack fase*» waarvoor het voorliggende wetsvoorstel een regeling biedt, maar de faillissementsfase. Laatst genoemde fase zal aan bod komen bij de WCO III. Dit wetsvoorstel is nog in voorbereiding. De uitkomsten van de prejudiciële procedure kunnen dus meegenomen worden in het wetgevingstraject van de WCO III. Het Unierecht legt op dit punt ook geen verplichting op de Lidstaten om de uitspraak van het Europese Hof af te wachten. Bovendien hebben de schuldeisers en werknemers belang bij een spoedige invoering van de voorgestelde regeling, omdat hiermee duidelijkheid wordt gegeven over de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voordat de rechtbank kan overgaan tot de aanwijzing van een beoogd curator en over wat in de stille voorbereidingsfase die op de aanwijzing volgt, 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.

Over de stand van zaken betreffende de rechtszaken die naar aanleiding van de doorstarts van de Groningse garnalenverwerker Heiploeg en van kinderopvangorganisatie Estro door de vakbonden (en in de laatste zaak enkele individuele werknemers) zijn gestart, kan ik u het volgende meedelen. De vakbonden stellen in beide zaken – kort gezegd – dat de doorstart in strijd zou zijn met (het doel van) Richtlijn 2001/23/EG en de uit

¹⁷ Abels-arrest (HvJEG 7 februari NJ 1985, 900).

¹⁸ C-478/03 Celtec.

¹⁹ HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191 (Happé/Scheepstra).

die richtlijn voorvloeiende implementatiewetgeving. In de Heiploeg-zaak heeft de kantonrechter uitspraak gedaan. De kantonrechter oordeelde dat op de doorstart de arbeidsrechtelijke bepalingen die gelden bij een gewone overgang van een onderneming niet van toepassing waren; 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 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.²⁰ De vakbonden zijn tegen deze uitspraak in beroep gegaan. Deze procedure loopt nog. Hetzelfde geldt voor de procedure in eerste aanleg in de Estro-zaak. Deze procedure is aangehouden in afwachting van de antwoorden van het Europese Hof op de prejudiciële vragen.

De leden van de SP-fractie merken op dat er op dit moment door verschillende rechtbanken bij een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator/stille bewindvoerder gebruik wordt gemaakt van een vragenlijst. De vragenlijst spoort de schuldenaar aan informatie over te leggen op basis waarvan de rechtbank snel inzicht kan krijgen in de financiële situatie van de onderneming en kan beoordelen of de aanwijzing meerwaarde heeft. Voorts wordt de schuldenaar gevraagd aan te geven welke acties hij reeds heeft ondernomen om de financiële problemen op te lossen en of hierbij bijvoorbeeld ook de ondernemingsraad (hierna: OR) of een vakbond betrokken is geweest. De leden van de SP-fractie vragen of de vraag over de betrokkenheid van de OR of vakbond standaard wordt gesteld en of de regering kan aangeven in welk percentage van de verzoeken de OR of vakbond volgens de schuldenaar al betrokken is geweest. Ook vragen deze leden zich af of het antwoord van de schuldenaar wordt geverifieerd bij de OR of de vakbond en hoe de rechtbank oordeelt over het verzoek als de OR of vakbond niet betrokken is geweest. Naar ik begrepen heb wordt de vraag of de OR of de vakbond al betrokken is doorgaans gesteld. Ik heb er geen zicht op hoe vaak die vraag bevestigend wordt beantwoord. Wel heb ik begrepen dat wanneer de OR of de vakbond nog niet betrokken is, dit niet automatisch leidt tot een afwijzing van het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Wanneer de rechtbank in een dergelijk geval overgaat tot een aanwijzing van een beoogd curator, kan zij daaraan de voorwaarde verbinden dat de OR en de vakbond alsnog worden betrokken. De beoogd curator zal dan controleren of dit ook daadwerkelijk gebeurt. Verder is in dit verband van belang dat bij de bespreking van de positie van de werknemer in faillissement in het kader van de voorbereiding van de WCO III, ook aandacht besteed zal worden aan de versterking van de medezeggenschap in faillissementssituaties. Uit het eerste overleg hierover met de belangenorganisaties kwam als voorlopige uitkomst onder meer naar voren dat men van belang vindt dat de OR tijdig wordt geïnformeerd en dat bestuurders erop aangesproken kunnen worden wanneer dit niet gebeurt.

Wat betreft de toepassing van de «*pre-pack methode*» heb ik in de inleiding reeds opgemerkt dat het voorliggende wetsvoorstel ervoor zal zorgen dat in de regel sprake zal zijn van betrokkenheid van de werknemers. Bepaald is dat de rechtbank bij de aanwijzing van een beoogd curator als voorwaarde zal stellen dat de OR of personeelsvertegenwoordiging – voor zover deze aanwezig is – bij de stille voorbereidingsfase wordt betrokken, tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet. Daarnaast kan de rechtbank ook nog andere voorwaarden verbinden aan de aanwijzing van een beoogd curator als zij meent dat dit nodig is ter behartiging van de belangen van de werknemers. Ook zal wanneer er bij de faillietverklaring een voorlopige commissie van schuldeisers wordt ingesteld, een vertegenwoordiger van de werknemers

²⁰ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

benoemd worden als lid van die commissie (artikelen 74, tweede lid, en 363, vierde lid).

5. Procedurele aspecten

Artikel IIA van het wetsvoorstel bepaalt dat de Minister van Veiligheid en Justitie binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag zendt over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet. De leden van de VVD-fractie vragen wat de criteria zullen zijn aan de hand waarvan de Minister de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling zal toetsen en wanneer de regering de doeltreffendheid van het wetsvoorstel voldoende acht. Meer in het bijzonder vragen deze leden in hoeveel van de faillissementen die met behulp van een stille voorbereidingsfase tot stand zijn gekomen, sprake zal moeten zijn van een doorstart en een verkoop van het boedelactief aan één verkoper om van een voldoende effectiviteit te kunnen spreken. De leden van de VVD-fractie merken op dat het onderzoek van mr. J.R. Hurenkamp waarnaar de regering in de memorie van toelichting verwijst, 48 faillissementen in 2,5 jaar tijd betrof. Volgens deze leden hoeven 48 faillissementen op een gemiddelde potentiële onderzoekspopulatie van 7.000 faillissementen per jaar niet representatief te zijn. Gelet hierop, vragen de leden zich af hoe de Minister van Veiligheid en Justitie zal borgen dat de steekproef die hij zal uitvoeren om de doeltreffendheid van het wetsvoorstel te meten representatief is.

In de inleiding heb ik uiteengezet dat doel van het voorliggende wetsvoorstel is om voort te bouwen op de ervaringen die zijn opgedaan met de «*pre-pack methode*» en ervoor te zorgen dat de toepassing daarvan leidt tot één van de drie genoemde successcenario's. Bij de evaluatie zal vastgesteld moeten worden of deze doelstelling wordt bereikt. Daarbij zal in ieder geval moeten worden getoetst of de voorliggende regeling leidt tot waar de praktijk nu behoefte aan heeft, te weten; duidelijkheid over de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voordat de rechtbank kan overgaan tot de aanwijzing van een beoogd curator en over wat in de stille voorbereidingsfase die op de aanwijzing volgt, 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. Het onderzoek van mr. Hurenkamp betrof geen steekproef, maar alle gevallen in de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 juli 2014 waarin de huidige «*pre-pack praktijk*» is toegepast. Idealiter omvat de evaluatie die vijf jaar na de inwerkingtreding van deze wet plaats zal vinden ook alle gevallen waarin de wettelijk geregelde «*pre-pack methode*» dan is toegepast. Dit moet mijn inziens mogelijk zijn, omdat de toepassing van de «*pre-pack*» methode alleen zal plaatsvinden wanneer voldaan is aan de eerder genoemde strenge toelatingscriteria waarvan het bestaan van meerwaarde voor de schuldeisers en werknemers het belangrijkste criterium is. Dit betekent dat de «*pre-pack praktijk*» – zoals dat nu ook al het geval is – beperkt zal blijven tot een overzienbaar aantal zaken per jaar.

De leden van de PvdA-fractie vragen de regering aan te geven hoe, nu dit eerste wetsvoorstel in het kader van het programma «Herijking Faillissementsrecht» ter parlementaire behandeling voorligt, de vervolgfases eruit zullen gaan zien.

Het programma herijking faillissementsrecht, waar het voorliggende wetsvoorstel onderdeel van uitmaakt, bestaat uit drie pijlers – namelijk (i) de bestrijding van faillissements-fraude, (ii) de bevordering van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) de modernisering van de faillissementsprocedure. Met het wetgevingsprogramma is goede voortgang geboekt. Binnen de fraude-pijler hebben verschillende

maatregelen die beogen laakbaar handelen bij of voorafgaand aan faillissementen aan te pakken, hun weerslag in drie regelingen, namelijk:

- (i) de introductie van de mogelijkheid tot oplegging van een civielrechtelijk bestuursverbod,
- (ii) de herziening van het strafrechtelijk faillissementsrecht, en
- (iii) de versterking van de positie van de curator.

De eerste twee regelingen zijn op 1 juli 2016 in werking getreden.²¹ Het wetsvoorstel waarin de laatstgenoemde regeling wordt geïntroduceerd, is op 12 december jl. tijdens een wetgevingsoverleg behandeld in de Tweede Kamer behandeld.²² Op 20 december a.s. wordt over het wetsvoorstel gestemd.

Het voorliggende wetsvoorstel behoort tot de reorganisatiepijler. Deze pijler omvat maatregelen die gericht zijn op het voorkomen van onnodige faillissementen van bedrijven, het versterken van de mogelijkheden voor voortzetting van rendabele bedrijfsactiviteiten en het faciliteren van een goede afwikkeling van faillissementen. De WCO I betreft het eerste wetsvoorstel van de reorganisatiepijler. Binnen deze pijler zullen nog volgen de Wet Continuïteit Ondernemingen II waarbij een nieuwe regeling voor een dwangakkoord buiten faillissement zal worden geïntroduceerd, en de eerder genoemde WCO III. De WCO II zal naar verwachting in het eerste half jaar van 2017 bij de Tweede Kamer kunnen worden ingediend. Streven is om in de zomer van 2017 een voorontwerp van de WCO III in consultatie te geven.

Tenslotte omvat de moderniseringspijler maatregelen die onder meer zien op efficiency, kennisconcentratie bij de rechterlijke macht en vereenvoudiging van de faillissementsprocedure. Het wetsvoorstel waarin deze maatregelen zijn opgenomen is gereed voor verzending naar de Raad van State en zal binnenkort worden behandeld door de ministerraad.

6. Overige

De leden van de SP-fractie merken op dat geregeld is dat de beoogd curator met toestemming van de schuldenaar een deskundige kan vragen onderzoek te verrichten (artikel 364, vierde lid) en dat wanneer de schuldenaar deze toestemming niet geeft, dit voor de beoogd curator aanleiding kan zijn om de rechtbank te verzoeken om intrekking van de aanwijzing (zie artikel 366, eerste lid). Ook de rechter-commissaris kan een dergelijk verzoek indienen (artikel 366, eerste lid). Deze leden vragen of het hier gaat om een deskundige zoals bedoeld in artikel 25, eerste lid, onder n, van de Wet op de ondernemingsraden en of de deskundige de curator of de schuldenaar adviseert. Ook vragen deze leden wie de deskundige zal moeten betalen. Verder willen zij weten wat – als in de onderneming van de schuldenaar een OR is ingesteld – de positie is van de OR bij enerzijds het verzoek een deskundige onderzoek te laten verrichten en anderzijds het verzoek om de aanwijzing in te trekken. Op basis van artikel 364, vierde lid, kan de beoogd curator met toestemming van de schuldenaar een deskundige inschakelen. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een onderzoeksbureau dat een nadere marktverkenning uitvoert, potentiële kandidaten voor een doorstart in kaart brengt en een daarop volgend biedingstraject begeleidt.²³ Artikel 364, vierde lid, ziet op deskundigen die door de beoogd curator – en dus niet door het bestuur – worden ingeschakeld en hem ondersteunen en

²¹ Stb. 2016, nr. 205 (Wet civielrechtelijk bestuursverbod, Stb. 2016, 153, en Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude, Stb. 2016, nr. 154).

²² Kamerstukken II 2014 – 2015, 34 253, nr. 2.

²³ Zie het verslag van de stille voorbereidingsfase voorafgaand aan het faillissement van de Ardenberg Groep 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>.

adviseren. Deze deskundigen vallen daarmee niet onder artikel 25, eerste lid, onder n, van de Wet op de ondernemingsraden. De kosten die de deskundige in rekening brengt, houden verband met de voorbereiding van het faillissement en dus met de aanwijzing van de beoogd curator. Deze kosten komen voor rekening van de schuldenaar. Zoals eerder is opgemerkt dienen er tijdens de stille voorbereidingsfase nog voldoende financiële middelen te zijn om die kosten – die aan te merken zijn als nieuwe betalingsverplichtingen voor de schuldenaar – te kunnen voldoen. De rechtbank zal bij de aanwijzing van een beoogd curator als voorwaarde stellen dat de OR bij de stille voorbereidingsfase wordt betrokken. De betrokkenheid van de OR betekent concreet dat de OR tijdens de stille voorbereidingsfase regelmatig geïnformeerd wordt over het verloop van het voorbereidingstraject en over belangrijke beslissingen die in dat kader worden genomen, waaronder de inschakeling van deskundigen. Gelet op de impact van deze beslissing, zal de OR in ieder geval geïnformeerd moeten worden wanneer het voornemen bestaat om een verzoek in te dienen tot beëindiging van de stille voorbereidingsfase. Dat de OR geïnformeerd wordt houdt ook in dat de OR haar zienswijze kenbaar kan maken.

De leden van de PvdA-fractie merken op dat de in het wetsvoorstel geïntroduceerde rechtsfiguur teruggrijpt op die van de «*pre-pack*», afkomstig uit het Angelsaksische recht. In het Angelsaksische recht is de figuur van de «*fiduciary duty*», oftewel de fiduciaire verantwoordelijkheid, een belangrijke pijler van het ondernemingsrecht. Deze leden vragen de regering toe te lichten hoe de waarborgen die vanuit deze verantwoordelijkheid van kracht zijn op de «*pre-pack*», ook voor de Nederlandse situatie kunnen gelden, mede in het licht van het gegeven dat Nederland een andere rechtstraditie kent. Zij vragen zich in het bijzonder af hoe de regering in dit kader de verantwoordelijkheid ziet van het bestuur van de onderneming jegens de aandeelhouder en hoe de regering het amendement-Van Wijngaarden in dit licht beoordeelt.

In artikel 363, zesde lid, was aanvankelijk bepaald:

- a) dat de beslissing om een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator bij de rechtbank in te dienen niet valt onder de in artikel 2:107a, eerste lid, BW opgenomen categorie besluiten waarvoor het bestuur goedkeuring behoeft van de vergadering van aandeelhouders (AVA), en
- b) dat ook een bepaling in de statuten waarin bepaald is dat voor het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator de goedkeuring van de AVA is vereist, buiten toepassing zou blijven.

Met het amendement-Van Wijngaarden is dit laatste onderdeel van de bepaling komen te vervallen. In de toelichting op het amendement merkte Van Wijngaarden op dat hij het uitgangspunt van het wetsvoorstel dat het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator niet hoeft te worden goedgekeurd door de aandeelhouders en/of de AVA onderschrijft, omdat dit inherent is aan de stille voorbereiding van een faillissement en de daarbij horende aanwijzing van een beoogd curator. Van Wijngaarden voegde daaraan toe dat hij zich ook kon voorstellen dat er situaties kunnen zijn waarin het bij het karakter of de overtuiging van een onderneming past dat de aandeelhouders juist wel worden betrokken bij de stille voorbereiding van een faillissement, bijvoorbeeld wanneer het een familiebedrijf betreft of een bedrijf met een beperkte kring van aandeelhouders. Met de hiervoor genoemde schrapping behouden ondernemingen de statutaire en reglementaire vrijheid om via statuten of andere rechtsgeldige reglementen zelf te bepalen dat en op welke wijze de aandeelhouders worden betrokken bij de stille voorbereiding van een faillissement. Het amendement is met algemene stemmen door de Tweede Kamer aanvaard en ik schaar mij in verband met dit amendement achter het oordeel van de Tweede Kamer.

In Nederland is het bestuur gehouden te handelen in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Dit omvat niet alleen de belangen van aandeelhouders, maar ook die van andere stakeholders. Het is aan het bestuur om deze belangen af te wegen. In het Angelsaksische recht is sprake van een *fiduciary duty* voor bestuurders om in goede trouw te handelen in het belang van de vennootschap. In het Verenigd Koninkrijk omvat die plicht – net als in Nederland – meer dan alleen de belangen van aandeelhouders.²⁴

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

²⁴ Vgl section 172 Companies Act 2006: Duty to promote the success of the company E+W+S+N.I.

- (1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to–
- (a) the likely consequences of any decision in the long term,
 - (b) the interests of the company's employees,
 - (c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
 - (d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
 - (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
 - (f) the need to act fairly as between members of the company.
- (2) Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes.