Hoe voer je een goede pre-pack procedure uit?

*Door: mr. drs. F.P.G. Dix[[1]](#footnote-1)*

Inleiding

Op 28 april 2022 heeft het Europese Hof van Justitie in de zaak Heiploeg[[2]](#footnote-2) geoordeeld dat een pre-pack onder de uitzondering van overgang van onderneming kan vallen. De regels van overgang van onderneming bepalen in beginsel dat werknemers van rechtswege in dienst treden bij de doorstarter, wanneer een onderneming wordt overgedragen. Deze regels gelden niet bij faillissement. Dat geldt ook in het geval van een pre-pack mits deze pre-packprocedure wettelijk wordt vastgelegd. Het wetsvoorstel WCO-I dat hiervoor moet zorgen, ligt al geruime tijd op de plank en het zou goed zijn als de Eerste Kamer nu doorpakt om die wettelijke basis te creëren. Of de wetgever dit ook daadwerkelijk doet, is overigens nog onduidelijk.

De vraag die vervolgens rijst, is: hoe voer je een goede pre-packprocedure uit? In een artikel van 2015 dat is gepubliceerd in het Tijdschrift van Curatoren heb ik dat aan de hand van het wetsvoorstel overzichtelijk op een rij gezet. Dit artikel is met de uitspraak van het Europese Hof opnieuw actueel geworden en wil ik jullie dus niet onthouden. Uiteraard heb ik waar nodig de stappen aangepast op basis van de ontwikkelingen tot heden.

2. Ontstaan van de stille bewindvoering en ontwikkeling eerste jaren

Om bovenstaande vraag te beantwoorden gaan we eerst naar het ontstaan van de stille bewindvoering. Het begon allemaal met de oproep van Nico Tollenaar[[3]](#footnote-3) in 2011 om ook in Nederland een variant van de Engelse pre-pack toe te staan. Eerder dat jaar had de Rechtbank ’s-Hertogenbosch op een faillissementsaanvraag een tussenbeschikking afgegeven waarin een deskundige werd benoemd om eerst onderzoek te plegen.[[4]](#footnote-4) Indien dit onderzoek zou leiden tot het faillissement van de onderneming, zou deze deskundige worden benoemd tot curator. De deskundige zou zijn onderzoek uitvoeren onder leiding van een rechter die als dan als rechter-commissaris benoemd zou worden. In de noot van Van Hees onder deze tussenbeschikking – verschenen na het artikel van zijn kantoorgenoot Tollenaar – werd de link gelegd tussen de oproep en de praktijk.[[5]](#footnote-5) Hiermee werd het startschot van het fenomeen stille bewindvoering in de faillissementspraktijk gegeven.[[6]](#footnote-6) Bijzonder omdat er geen wettelijke regeling was om hier uitvoering aan te geven.

Hoewel een enkeling[[7]](#footnote-7) uitschreeuwde ‘stop ermee’, zijn ‘we’ vanaf 2012 met de beste bedoelingen begonnen aan de uitdaging. Niet wetende wat nu de gewenste vorm van een pre-pack in Nederland was, welke werkwijze de (beoogd) curator zou moeten hanteren en wat de rol was van de (beoogd) rechter-commissaris. We deden het allemaal op onze eigen manier en allemaal anders.

Begin 2015 publiceerde Hurenkamp de resultaten van een empirisch onderzoek naar 48 faillissementen in de periode van 1 januari 2012 tot en met 1 juli 2014 waarvoor gold dat vóór de faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator had plaatsgevonden.[[8]](#footnote-8) Het onderzoek bestond uit een analyse van de faillissementsverslagen en een twintigtal interviews. Deze interviews zijn afgenomen met (beoogd) curatoren, (beoogd) rechters-commissarissen en advocaten van schuldenaren die eerder hadden meegewerkt aan een “*pre-pack*”.[[9]](#footnote-9) Uit de analyse van Hurenkamp bleek duidelijk dat we op zoek waren naar het antwoord op de vraag wat de rol is van een beoogd curator en hoe hij[[10]](#footnote-10) dient te handelen. Tot aan de uitspraak van het Europees Hof inzake het faillissement Kinderopvang Estro[[11]](#footnote-11) gaf iedereen daar zijn eigen invulling aan, waarbij als uitgangspunt het belang van de gezamenlijke schuldeisers dan wel belangen van maatschappelijk aard[[12]](#footnote-12) werden genomen.

3 Vormen van stille bewindvoering

Alvorens over te gaan tot bespreking van de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel WCO-I die onder meer invulling geeft aan de wijze waarop een pre-pack uitgevoerd zou moeten worden, wil ik u eerst deelgenoot maken van de twee vormen van stille bewindvoering die onderscheiden kunnen worden, namelijk 1) de stille voorbereiding en 2) de pre-pack.

3.1 Stille voorbereiding

Niet altijd is het mogelijk om een ‘zuivere’ pre-pack uit te voeren, simpelweg omdat de tijd ontbreekt en/of dat er onvoldoende waarborgen zijn om een pre-pack op de hierna omschreven wijze uit te voeren. Alsdan kunnen er toch redenen zijn om voorafgaand aan een faillissement, een beoogd curator te betrekken bij de nog te failleren onderneming. In deze hoedanigheid focust de beoogd curator zich louter op de voorbereiding van het faillissement en mogelijk het na datum faillissement direct in gang zetten van een doorstartproces.[[13]](#footnote-13) In deze fase verzamelt de curator zoveel mogelijk informatie over de onderneming, richt hij een (digitale) dataroom in, bereidt hij de communicatiemiddelen voor met betrekking tot berichtgeving aan werknemers, schuldeisers, stakeholders, klanten, en dergelijke,[[14]](#footnote-14) stelt hij een lijst op van kandidaat-kopers en maakt hij een planning met betrekking tot het doorstartproces.

Deze voorbereiding kan aanleiding zijn voor de beoogd curator om in overleg en met toestemming van de schuldenaar derden te betrekken in het voortraject om bijvoorbeeld een boedelkrediet gedurende de doorstart zeker te stellen, met sleutel-personeel afspraken te maken, UWV en fiscus in te lichten, et cetera. Door hier uitvoering aan te geven kan de onderneming gecontroleerd het faillissement in gaan en kan aan het verkoopproces na datum faillissement in een korter tijdsbestek vorm worden gegeven. Daarnaast kan door de voorbereiding de continuering van de activiteiten gedurende het verkoopproces dan wel de definitieve liquidatie van de onderneming beter beheerst worden, waardoor het gevaar van afbreuk door het faillissement in de hierop volgende periode wordt verminderd.

In geval van een doorstart kan door deze stille voorbereiding een betere opbrengst worden gerealiseerd vergeleken met een regulier faillissement, omdat er sprake is van beperkter afbreukrisico en besparing van aanzienlijke boedelkosten omdat de doorstart relatief snel plaatsvindt. Bovendien worden zo alle potentiële kandidaten de kans geboden om een bod uit te brengen. In geval van een liquidatie van de onderneming geldt dat afbreuk en maatschappelijke onrust beperkt kan worden. Dit laatste is dan ook aanleiding geweest voor de zogenaamde WCO-I novelle. Deze was ontwikkeld door de wetgever om hiermee de stille voorbereiding een wettelijke grondslag te geven voor ondernemingen en/of organisaties die een maatschappelijk belang dienen (zoals een ziekenhuis).[[15]](#footnote-15)

* 1. De pre-pack

Uitgangspunt in een pre-pack is dat de beoogd curator erop toeziet dat alle potentiële kandidaat-kopers in kaart zijn gebracht en dat de meest geschikte kandidaten in de gelegenheid zijn gesteld om mee te dingen in het biedproces. Op grond hiervan wordt de kans gemaximaliseerd dat de beste prijs in het voortraject tot stand komt. De beoogd curator gaat na of de schuldenaar (met behulp van gedegen externe partijen) de zoektocht naar kandidaten en een (eerste) selectie daarvan naar behoren heeft uitgevoerd. De beoogd curator laat zich in dit kader informeren over het traject, waar nodig stuurt hij actief bij, bestudeert de relevante gegevens en voert zo nodig gesprekken met alle bij het traject betrokken partijen. Indien alles naar behoren is uitgevoerd, treedt de beoogd curator direct in onderhandeling met de overgebleven kandidaat dan wel (bij voorkeur) kandidaten. Doel van een pre-pack is het realiseren van een doorstart op datum faillissement, althans zo spoedig mogelijk na datum faillissement.

4. Wetvoorstel WCO-I

Kom ik bij het wetsvoorstel WCO-I. Een gehele integrale bespreking van het wetsvoorstel zelf laat ik achterwege. Wat dat betreft is de memorie van toelichting (MvT) bij dit wetsvoorstel zeer uitvoerig en volledig. Ik zal mij beperken tot de voornaamste aandachtspunten die zien op de uitvoering van een stille voorbereiding, waarbij ik, waar nodig, mijn op- en/of aanmerkingen zal plaatsen.

4.1 Doel

In de MvT wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel een wettelijke verankering van de “*pre-pack praktijk*” biedt en de mogelijkheden vergroot om een faillissement voor te bereiden. Doel van de voorbereiding is de uit het faillissement voortvloeiende schade bij schuldeisers (waaronder ook de werknemers) en andere betrokkenen zoveel mogelijk te beperken, onder meer door de kansen op een verkoop en daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid te vergroten (artikel 363 lid 1).[[16]](#footnote-16) Deze doelomschrijving biedt mijns inziens de grondslag om uitvoering te geven aan de twee hiervoor genoemde vormen van stille bewindvoering.

4.2 Toelatingsvereisten

Artikel 363 lid 1 geeft met zo veel woorden aan dat de schuldenaar – verplicht (!) bijgestaan door een advocaat – bij zijn verzoek aannemelijk dient te maken dat de voorbereiding op het faillissement door aanwijzing van een beoogd curator meerwaarde heeft. Mijns inziens zou deze meerwaarde aangevuld kunnen worden met de onderbouwing van het maatschappelijk belang dat wordt gediend bij uitvoering van een pre-pack dan wel een stille voorbereiding. Hier merk ik wel op dat het primaire belang in het geval van een pre-pack ligt bij de meerwaarde die het kan opleveren voor de schuldeisers. Dit kan anders zijn in het geval van een stille voorbereiding waar juist het maatschappelijk belang de boventoon kan voeren (denk aan een zorginstelling).

De summiere toelatingsvereisten van art. 363 lid 1 in combinatie met het hiervoor onder 4.1 genoemde doel, doet vermoeden dat de drempel tot toelating tot de stille bewindvoering relatief laag is. Echter, indien men de MvT er op naslaat, blijkt het tegendeel. Het grootste obstakel voor toewijzing van een pre-pack is dat de onderneming moet kunnen aantonen dat zij gedurende de fase van stille bewindvoering nog in staat zal zijn om de lopende en nieuwe betalingsverplichtingen te voldoen, inclusief de lopende en nieuwe fiscale verplichtingen.[[17]](#footnote-17) Voorts bepaalt artikel 367 dat de schuldenaar op wiens verzoek de beoogd curator is aangewezen, het salaris betaalt van de beoogd curator en de kosten van door hem geraadpleegde derden. Ook deze betalingsverplichting moet als ‘gedekt’ meegenomen worden bij de aanvraag. Deze voorwaarden maken dat je in een zodanig vroeg stadium de pre-pack moet aanvragen dat je haast een glazen bol nodig hebt om het toekomstig moment dat je failliet bent te kunnen voorzien. In dat geval zou wellicht beter naar een ander instrument gegrepen kunnen worden, namelijk de WHOA (Wet Homologatie Onderhands Akkoord). Een WHOA procedure is evenwel in de regel niet geschikt indien een sanering dient plaats te vinden ten aanzien van het personeelsbestand omdat de WHOA niet kan worden gebruikt om werknemers te ontslaan of arbeidsvoorwaarden te versoberen.

Grotere ondernemingen zullen naar verwachting in de praktijk wel in staat zijn om deze hoge drempel te nemen, doordat de belangrijkste stakeholders, zoals de bank en de fiscus, bereid zullen zijn de benodigde financiële steun te verlenen. Immers, als de (maatschappelijke) belangen van de onderneming groot genoeg zijn, zullen de bank en de fiscus als de twee belangrijkste stakeholders in onze samenleving wel mee ‘moeten’. Dit geldt echter niet voor de MKB-ondernemer. Het belang voor een bank of fiscus is daarvoor simpelweg te klein. Het is dan ook de vraag of de MKB-ondernemer iets heeft aan de WCO-I. Daar komt bij dat de MKB-ondernemer naar alle waarschijnlijkheid geen (vrij) vermogen meer heeft om vooraf de kosten van een beoogd curator te kunnen voldoen, dan wel daarvoor zekerheid te stellen. Zodoende zal toewijzing van een verzoek tot stille bewindvoering uitblijven, laat staan dat de MKB-ondernemer al een dergelijk verzoek zal doen.

Dit is spijtig, nu verschillende MKB-ondernemingen baat kunnen hebben bij een (korte) periode van stille voorbereiding voorafgaand aan een faillissement.[[18]](#footnote-18) Het praktische gevolg van onbruikbaarheid van de wet voor MKB-ondernemers strookt ook niet met het doel van de wetgever als genoemd in onderdeel 4.1. Het is daarom wenselijk dat de rechtbank de mogelijkheid behoudt (zie het eerste wetsvoorstel)[[19]](#footnote-19) om te bepalen dat de kosten van de voorbereiding (als boedelkosten) voldaan kunnen worden uit het faillissement.

4.3 Aanwijzing

Beslist de rechtbank positief dan zal zij “*in stilte*” een beoogd curator aanwijzen (artikel 363, lid 2), aldus de MvT. Deze aanwijzing wordt (uiteraard) niet gepubliceerd en ook niet ingeschreven in het insolventieregister. Naast de aanwijzing van een beoogd curator wijst de rechtbank tevens één van haar leden aan als beoogd rechter-commissaris (artikel 365, lid 1). Aan de aanwijzing verbindt de rechtbank ingevolge artikel 363 lid 3 een termijn van ten hoogste twee weken. Deze termijn kan op verzoek van de schuldenaar door de rechtbank met een nader te bepalen termijn verlengd worden.[[20]](#footnote-20)

Voorgaande maakt het mogelijk dat een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris langer dan twee weken betrokken zijn bij de stille bewindvoerdering. Dit is ook wenselijk. Het traject van de pre-pack duurt in de regel enige weken dan wel maanden. Om als beoogd curator en beoogd rechter-commissaris medewerking te kunnen verlenen aan een ‘doorstart’ op datum faillissement, is vroegtijdige betrokkenheid van beiden bij het gehele proces wenselijk om tot een optimale besluitvorming te kunnen komen en verantwoording te kunnen afleggen over het ‘flitsfaillissement’ op datum faillissement.

Overigens merk ik nog op dat de aanwijzing omkeerbaar is. Het verplicht de schuldenaar niet om op termijn een aanvraag tot faillietverklaring in te dienen. De schuldenaar mag immers niet beperkt worden in zijn vrijheid om een oplossing buiten faillissement na te streven. Een aanwijzing van een beoogd curator brengt dan ook geen verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van een schuldenaar. In de praktijk heb ik diverse malen meegemaakt dat een stille bewindvoering heeft geleid tot een oplossing buiten faillissement omdat een kandidaat de onderneming buiten faillissement wilde overnemen dan wel dat alsnog financiële middelen beschikbaar kwamen waardoor buiten faillissement een structurering kon worden doorgevoerd.

4.4 Beëindiging van de stille bewindvoering

Op grond van artikel 366 eindigt de stille bewindvoering wanneer:

* De aanwijzing van de beoogd curator op voordracht van de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris, dan wel op verzoek van de schuldenaar of één of meer bij de “*stille voorbereidingsfase*” betrokken schuldeisers door de rechtbank wordt ingetrokken;
* De voor de aanwijzing geldende termijn verstrijkt; of
* De schuldenaar failliet wordt verklaard dan wel hem voorlopige surseance van betaling wordt verleend (artikel 366, eerste en tweede lid).

Lid 3 van artikel 366 bepaalt dat de beoogd curator binnen zeven dagen na de beëindiging van de aanwijzing verslag dient uit te brengen van zijn bevindingen in de periode dat de aanwijzing duurde.[[21]](#footnote-21) Het verslag wordt uiteraard niet eerder gepubliceerd dan nadat de schuldenaar ook daadwerkelijk surseance is verleend dan wel failliet is verklaard. Hier kan in een enkel geval enige tijd overheen gaan.

Op dit punt meen ik dat in het geval van een pre-pack en een doorstart op datum faillissement dan wel enkele dagen nadien, eerst het openbaar verslag gepubliceerd moet worden op welke wijze er uitvoering is gegeven aan stille bewindvoering alvorens de rechter-commissaris toestemming verleent aan de transactie. Dit biedt derden de kans om zich nog tot de rechter-commissaris te wenden indien in de fase van stille voorbereiding informatie ontbrak en/of er onjuistheden hebben plaatsgevonden. Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat er in het voortraject een serieuze potentiële kandidaat-koper over het hoofd is gezien.[[22]](#footnote-22)

4.5 De rechtbank

De rechtbank wordt als poortwachter gezien van de stille bewindvoering. De MvT stelt dat de rechtbank de piketpaaltjes slaat en tijdens deze fase de regie voert. Zo bepaalt de rechtbank wie beoogd curator wordt (artikel 363, lid 1) en hoe lang de stille bewindvoering mag duren. Zij kan de stille bewindvoering op verzoek van de schuldenaar verlengen óf deze fase juist voortijdig beëindigen, wanneer daar naar het oordeel van de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris, de schuldenaar of één of meer bij het voorbereidingstraject betrokken schuldeisers redenen toe zijn (artikelen 363 lid 3, en 366 lid 1, onder a).

Mijns inziens zou het verzoek het volgende moeten bevatten:[[23]](#footnote-23)

1. Het oogmerk van de stille bewindvoering en in het geval van een pre-pack een motivering waarom die een kans van slagen heeft;
2. Een toelichting waarom een direct faillissement tot waardevermindering leidt en in het geval van een stille voorbereiding het maatschappelijk belang dat gediend wordt;
3. Een conceptverzoek faillietverklaring met alle daarbij behorende stukken;
4. Een opgave van personen die het vanwege betrokkenheid niet vrijstaat om tot curator te worden benoemd;
5. Actuele en door een accountant gecontroleerde cijfers van de schuldenaar;
6. Een door een accountant gecontroleerde liquiditeitsplanning voor de komende dagen/weken/maand(en);
7. Onderbouwing van de aanwezigheid van voldoende (veiliggestelde) liquiditeit om lopende verplichtingen een maand na een eventuele toewijzing van de stille bewindvoering van de pre-pack te kunnen voldoen;
8. Onderbouwing van de financiering van de kosten van de beoogd curator (en de door hem in te schakelen derden);
9. In het geval van een pre pack, een lijst van (mogelijke) doorstartkandidaten.

Daarnaast kan de rechtbank op grond van artikel 363 lid 4 voorwaarden verbinden aan de toewijzing van een stille bewindvoering ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel, ter versterking van de positie van de beoogd curator of ter behartiging van de belangen van de werknemers van de schuldenaar. In de MvT wordt opgemerkt dat de rechtbank zou kunnen verlangen dat de ondernemingsraad (OR) en/of de vakbonden – onder geheimhouding – betrokken worden in de fase van stille bewindvoering.[[24]](#footnote-24) Hoewel een enkeling sceptisch is, meen ik dat het voortijdig betrekken van een lid van de vakbond en/of een afgevaardigde van de OR, bij voorkeur de voorzitter, wenselijk is. Deze betrokkenheid op enig moment in de periode van stille bewindvoering draagt bij aan het kritisch monitoren van het pre-pack traject en tot draagvlak bij de doorstart op datum faillissement.

4.6 De beoogd curator

Het wetsvoorstel, inclusief de omvangrijke MvT, en de Insolad Praktijkregels beoogd curator (hierna ‘Insolad Praktijkregels’) bieden goede handvaten voor de wijze waarop een beoogd curator dient te handelen en wat van een beoogd curator verwacht mag worden. Enkele opmerkingen wil ik op deze plaats wel maken.

Artikel 364 lid 4 bepaalt dat een beoogd curator met toestemming van de schuldenaar inlichtingen kan verkrijgen bij derden of een deskundige kan vragen onderzoek te verrichten. Het zit doorgaans niet in de aard van een curator om toestemming te vragen – behoudens hooguit van de rechter-commissaris – om derden te mogen benaderen. In geval van een stille bewindvoering loopt een beoogd curator een risico indien hij in weerwil van deze bepaling zonder toestemming van de schuldenaar derden benadert. De beoogd curator moet hierop dus te allen tijde bedacht te zijn.

Ingevolge artikel 366 lid 3 dient de beoogd curator uiterlijk binnen zeven dagen na beëindiging van de aanwijzing – bij voorkeur op de dag zelf – verslag uit te brengen van zijn bevindingen. Van de beoogd curator mag verwacht worden dat deze zeer gedetailleerd en onderbouwd de verschillende stappen gedurende het traject toelicht en verslag doet van vrijwel de dagelijkse handelingen in de periode van stille bewindvoering.[[25]](#footnote-25)

Zowel in de MvT als in de Insolad Praktijkregels staat dat een beoogd curator omzichtig moet omgegaan met een stille bewindvoering, pre-pack, waarbij aan een gerelateerde partij van de schuldenaar wordt verkocht. Artikel 5.4 van de Insolad Praktijkregels meldt met zoveel woorden dat de beoogd curator extra voorzichtigheid dient te betrachten.[[26]](#footnote-26) De MvT geeft aan dat de rechtbank als dan (extra) voorwaarden kan stellen. In de MvT wordt ook verwezen naar het artikel van J.M. Hummelen ter zake de “stalking horse” procedure die in de Verenigde Staten wel wordt toegepast bij pre-packaged activatransacties.[[27]](#footnote-27)

Gelet op het voorgaande meen ik dat de beoogd curator bij een activatransactie op datum faillissement met een gelieerde partij te allen tijde een aantal dagen bedenktijd dient af te dwingen.[[28]](#footnote-28) Hiervan dient melding te worden gemaakt in het verslag met betrekking tot de stille bewindvoering. Dit geldt uitdrukkelijk niet, wanneer sprake is van een *niet* gelieerde partij. In dat geval zou het toepassen van een periode van bedenktijd er juist toe kunnen leiden dat de kandidaat koper – vanwege het ontbreken van enige zekerheid op succes - voorzichtig(er) zal bieden tijdens de pre-pack en niet al zijn kaarten op tafel zal leggen. Voorts meen ik dat het toepassen van bedenktijd zich niet goed lijkt te verhouden met het doel van de pre-pack, namelijk het direct na faillissement kunnen verkopen en voorzetten van de activiteiten.

De MvT meldt dat op de beoogd curator als belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers een grotere verantwoordelijkheid rust dan op een curator in faillissement. Immers, zo vervolgt de MvT, doordat het voorbereidingstraject in stilte plaatsvindt, kunnen de schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement – tenzij zij hierin worden betrokken – hierbij niet zelf voor hun belangen opkomen. Zij moeten erop kunnen vertrouwen dat de beoogd curator dit tijdens de stille bewindvoering voor hen doet.

Met betrekking tot dit punt merk ik nog op dat voor ogen moet worden gehouden dat de beoogd curator niet aansprakelijk is voor handelingen die het bestuur tijdens de stille bewindvoering heeft verricht. Een beoogd curator is enkel aansprakelijk voor zijn eigen handelen dan wel nalaten. Tot slot merkt de MvT op dat de schuldeisers erop moeten 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 aldus ook een extra verantwoordelijkheid voor de beoogd rechter-commissaris met zich mee.

4.7 De schuldenaar

In de MvT staat dat wanneer een beoogd curator de schuldenaar niet aanspreekt op transacties of handelingen welke deze wil gaan verrichten en die niet in het belang zijn van de gezamenlijke schuldeisers, de schuldenaar hieruit zou kunnen opmaken dat hij op de goede weg is. Ik ben het hier niet mee eens. Een dergelijk stilzitten van de beoogd curator mag niet gekwalificeerd worden als een toestemming van de beoogd curator om bepaalde paulianeuze handelingen te verrichten gedurende de stille voorbereidingsfase. De curator moet achteraf een dergelijke handeling kunnen aantasten. Het ligt immers op de weg van de schuldenaar om (bij twijfel) zich te laten adviseren door zijn eigen (juridisch) adviseur met betrekking tot de vraag of dergelijke transacties of handelingen toelaatbaar zijn. Dit is volgens mij ook een van de redenen waarom de schuldenaar juist verplicht is om zich bij de aanvraag te laten bijstaan door een advocaat. Wel meen ik dat een beoogd curator bij kennisneming van een handeling van de schuldenaar die niet in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers hiervan melding moet maken en, indien nodig en als ultimum remedium, de rechtbank moet vragen om de stille bewindvoering te beëindigen. De gevolgen hiervan zouden alsdan kunnen leiden tot een aanspraak op de bestuurder in kwestie.

5. Afronding

Hoewel het wetsvoorstel WCO-I nog bij de Eerste Kamer ligt en het besluit genomen was om de behandeling van dit wetsvoorstel aan te houden om het vervolgens samen met het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement te kunnen behandelen, hoop ik dat de Eerste Kamer terugkomt op dit besluit en gelet op de uitspraak van het Europese Hof inzake Heiploeg thans overgaat tot behandeling en het aannemen van het voorstel WCO-I zodat op korte termijn de Stille Bewindvoering een wettelijke basis kent. Het lijkt mij zo dat een dergelijk instrument naast de WHOA nuttig kan zijn, zeker nu een stijging aan faillissementen in de lijn der verwachtingen ligt. Met deze min of meer herhaalde bijdrage hoop ik handvaten te bieden voor de uitvoering van de nog komende stille bewindvoeringen zodat we oprecht kunnen spreken van een succesvolle comeback van de pre-pack!

1. Dit artikel is eerder gepubliceerd in TvCu 2015/5/6 – 10-12-2015 met als titel “Stille bewindvoering: van praktijk naar wetgeving”. Het artikel is geactualiseerd naar de huidige situatie. [↑](#footnote-ref-1)
2. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:62020CJ0237&qid=1651826840180&from=EN [↑](#footnote-ref-2)
3. N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *TvI* 2011, 23 [↑](#footnote-ref-3)
4. Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011, 375 (m.nt. J.J. Verhees). [↑](#footnote-ref-4)
5. Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011, 375 (m.nt. J.J. Verhees). [↑](#footnote-ref-5)
6. Met betrekking tot het faillissement van Fokker kon eigenlijk ook al gesproken worden van een beoogd curator. Voor 2012 vond het voor datum faillissement betrekken van een toekomstig benoembare curator bij een onderneming slechts incidenteel plaats. [↑](#footnote-ref-6)
7. W.J.M. van Andel, *‘*Stop met de pre-pack’, *TvI* 2014, 37. [↑](#footnote-ref-7)
8. 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. [↑](#footnote-ref-8)
9. Ondergetekende was er daar één van. Onder meer de faillissementen van Weijmans Media Groep (media en reclame bureau), Prime Champ Groep (champignonkweker), Heiploeg (garnalenleverancier), Harense Smid, Schoenenreus, Ruwaard van Putten Ziekenhuis en Estro (kinderopvang) zijn betrokken in het onderzoek. [↑](#footnote-ref-9)
10. Gemakshalve ga ik uit van het feit dat de beoogd curator een man is, maar uiteraard kan dit ook een vrouw of een non-binair persoon zijn. [↑](#footnote-ref-10)
11. Eurpoees Hof 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 inz. FNV tegen SmallSteps [↑](#footnote-ref-11)
12. Denk in dit geval aan het Ruwaard van Putten Ziekenhuis of Estro. [↑](#footnote-ref-12)
13. Zie ook het faillissement Thebe waar dit feitelijk toegepast is. [↑](#footnote-ref-13)
14. Denk in dit kader ook aan het voorbereiden van bijvoorbeeld persberichten, websites, mailings en/of plannen en organiseren van bijeenkomsten. [↑](#footnote-ref-14)
15. https://www.internetconsultatie.nl/novelle\_wet\_continuiteit\_ondernemingen\_i [↑](#footnote-ref-15)
16. MvT onderdeel 3 sub 1. [↑](#footnote-ref-16)
17. Zie onder meer noot 36 van de MvT, alsmede artikel 4.1.van de Praktijkregels beoogd curator (Insolad) [↑](#footnote-ref-17)
18. Hier hoeft m.i. een maatschappelijk belang geen rol te spelen, dan wel kan dit beperkt zijn. [↑](#footnote-ref-18)
19. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2013/10/22/wetsvoorstel-continuiteit-ondernemingen-i>, artikel 366 lid 3 luidt: *Wordt de schuldenaar failliet verklaard voordat het salaris van de beoogd curator en de kosten, bedoeld in het eerste lid, zijn voldaan worden deze als algemene faillissementskosten in de zin van artikel 182 voldaan.* [↑](#footnote-ref-19)
20. Zie ook het faillissement van Huishoudelijke Hulp Pantein/Vivent B.V. waar de rechtbank na 10 dagen van toewijzing stille bewindvoering een plan van aanpak wenste en instemde met een termijnverlenging van 6 weken. [↑](#footnote-ref-20)
21. Artikel 9.1. van de Insolad praktijkregels heeft het over ‘binnen enkele dagen’. [↑](#footnote-ref-21)
22. Zie ook F.M.J. Verstijlen, ‘De rol van de curator en de rechter-commissaris bij biedingsprocedures’, *TvI* 2014, 32. [↑](#footnote-ref-22)
23. Zie ook M.J. Cools, ‘Een doorstart in voorverpakking’, *FIP* 2013, 08, 02. [↑](#footnote-ref-23)
24. Zie in dat verband ook artikel 7.2 van de Insolad Praktijkregels beoogd curator, http://www.insolad.nl/praktijkregels-best-practice.html. [↑](#footnote-ref-24)
25. Zie ook R.R. Verkerk, M. Windt en T.L. Rozendal, ‘Pre-packs, transparantie en verantwoording achteraf’, *TvI* 2014, 40. [↑](#footnote-ref-25)
26. Zie ook R. Mulder, ‘De Pre-Pack: Verkoop en voortzetting in stilte, verantwoording in het openbaar. Een bespreking van de concept praktijkregels van Insolad’, *TvI* 2015, 5. [↑](#footnote-ref-26)
27. J.M. Hummelen, ‘Het verkoopproces in een pre/packaged activatransactie’, *TvI* 2015, 2. [↑](#footnote-ref-27)
28. Vergelijk ook T. Tekstra ‘Bouw bij pre-pack de mogelijkheid van bedenktijd in’, *Financieel Dagblad* 2 april 2014. [↑](#footnote-ref-28)