

Pre-pack, de nieuwe praktijk?

Een juridisch en praktijkgericht onderzoek naar het bereiken van een succesvolle Nederlandse pre-pack

Auteur:	Charlotte de Koster
Studentnummer:	2034925
Opleiding:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Eerste begeleider:	Mevr. J. Pop
Tweede begeleider:	Mevr. M. Aerts
Stageverlener:	AKD Advocaten & Notarissen
Vestiging:	Rotterdam
Stagementor:	mr. F. el Houzi
Afstudeerperiode:	4 februari 2013 - 27 mei 2013
Datum:	27 mei 2013
Plaats:	Tilburg

Pre-pack, de nieuwe praktijk?

Een juridisch en praktijkgericht onderzoek naar het bereiken van een succesvolle Nederlandse pre-pack

Auteur:	Charlotte de Koster
Studentnummer:	2034925
Opleiding:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Eerste begeleider:	Mevr. J. Pop
Tweede begeleider:	Mevr. M. Aerts
Stageverlener:	AKD Advocaten & Notarissen
Vestiging:	Rotterdam
Stagementor:	mr. F. el Houzi
Afstudeerperiode:	4 februari 2013 - 27 mei 2013
Datum:	27 mei 2013
Plaats:	Tilburg

VOORWOORD

In het kader van mijn studie aan de Juridische Hogeschool Tilburg heb ik, in samenspraak met AKD Advocaten & Notarissen, een onderzoek verricht waarvan dit onderzoeksrapport het resultaat is.

Bij het doen van dit onderzoek ben ik begeleid door de heer mr. F. el Houzi en mevrouw mr. F. van Peski. Ik wil hen bedanken voor de tijd en moeite om mij op pad te helpen en te houden bij het onderzoek. Eveneens dank ik mijn afstudeerdocent mevrouw J. Pop voor haar begeleiding vanuit de Juridische Hogeschool.

Terugkijkend op de afgelopen periode van het onderzoek kan ik zeggen dat ik deze periode als zeer leerzaam heb ervaren, zowel naar vakinhoud als naar het kunnen werken onder tijdsdruk gecombineerd met het leveren van kwalitatief goede resultaten.

Charlotte de Koster

Tilburg, mei 2013

SAMENVATTING

De doelstelling van dit onderzoek luidt: *op 27 mei 2013 ligt er voor AKD te Rotterdam, sectie ondernemingsrecht, insolventie- en procesrecht, een praktijkgericht juridisch onderzoek klaar, waarin aanbevelingen worden gegeven over hoe een succesvolle doorstart van een insolvente onderneming met een pre-pack kan worden bewerkstelligd.* Onder een succesvolle doorstart met een pre-pack wordt in dit onderzoek verstaan: een doorstart voorbereid door een stille bewindvoerder voorafgaand aan het faillissement, zodat de doorstart direct na het tijdstip van faillietverklaring bewerkstelligd kan worden, waarbij de opbrengst hoger is dan wanneer de doorstart wordt bewerkstelligd via de reguliere wijze. Door middel van juridisch praktijkgericht onderzoek is een antwoord verkregen op de centrale onderzoeksvraag: *hoe kan er een succesvolle doorstart met de pre-pack gerealiseerd worden, gelet op de reguliere doorstart van een insolvente onderneming in de insolventiepraktijk en gelet op de beschrijving van de theorie van een pre-pack en de toepassing ervan in de praktijk in Nederland en Engeland, mede gezien de betrokken literatuur, jurisprudentie en het wetsvoorstel?*

Het is voor een insolvente onderneming mogelijk om een doorstart te maken, wanneer de curator dit in het belang acht van de boedel. Een doorstart geschiedt meestal aan de hand van een activatransactie. Bij een activatransactie wordt vaak geen hoge prijs verkregen, mede door de externe bekendheid van de insolventiestatus van de onderneming. Door het bekend worden van de insolventiestatus van de onderneming wordt het vertrouwen van de leverancier, afnemers en werknemers geschonden. Zij zullen afhaken, dan wel hun prestaties opschorten of meer voorwaarden stellen.

In de praktijk wordt, door sommige rechtbanken, een doorstart voorbereid door middel van een "pre-pack". De Nederlandse pre-pack is een doorstartmethode waarbij op verzoek van een onderneming, dan wel op verzoek van de schuldeiser(s) een stille bewindvoerder door de rechtbank wordt gesteld voorafgaand aan de surseance van betaling of het faillissement. Deze stille bewindvoerder onderzoekt voorafgaand aan de surseance of het faillissement of een eventuele doorstart tot de mogelijkheden behoort.

De pre-pack is een manier van werken in de praktijk die niet wordt ondersteund door de wet. Door middel van literatuuronderzoek en het houden van interviews is onderzocht waar de betrokkenheid van een stille bewindvoerder en rechter-commissaris voorafgaand aan het faillissement op is gebaseerd en wat de juridische achtergrond is van de pre-pack.

Er zijn een aantal aanknopingspunten te noemen voor de pre-pack:

- Een (wettelijke) grondslag;
- De jurisprudentie;
- Insolventiedeskundigen;
- Ervaringen uit het buitenland.

In Nederland bestaat geen algemeen beleid met betrekking tot de pre-pack. Het is op dit moment nog afhankelijk van de rechtbank en haar beleid of het verzoek tot stille bewindvoerder wordt ingewilligd. Om een succesvolle doorstart met de pre-pack te kunnen bewerkstelligen is het codificeren van de pre-pack van belang. Dit gelet om het beginsel rechtszekerheid te waarborgen en bekendheid te verwerven met de pre-pack. Daarnaast moet verantwoording worden afgelegd aan de schuldeisers over de totstandkoming van de verkoopprijs. Om de onafhankelijkheid van de stille bewindvoerder en de rechter-commissaris te waarborgen, zullen zij moeten worden benoemd door de rechtbank. Ten tijde van de verkoop van de onderneming moet rechterlijk toezicht aanwezig zijn. Het aantal betrokkenen bij de pre-pack moet beperkt worden, dit voorkomt dat de mogelijke insolventie van de onderneming voortijdig bekend raakt. Tot slot moeten belangenconflicten worden voorkomen. De stille bewindvoerder dient de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en niet de belangen van de onderneming.

INHOUDSOPGAVE

1.	INLEIDING	1
1.1.	Afstudeerorganisatie	1
1.2.	Aanleiding	1
1.3.	Onderzoeksformulering	1
	1.3.1. Probleembeschrijving	1
	1.3.2. De centrale vraag	3
	1.3.3. De doelstelling	3
1.4.	Onderzoeksopzet	3
	1.4.1. Onderzoeksstrategieën	3
	1.4.2. Onderzoeksmethoden	3
1.5.	Leeswijzer	4
2.	DE INSOLVENTE ONDERNEMING	5
2.1.	Het faillissement van een onderneming	5
	2.1.1. De faillietverklaring	5
	2.1.2. De rol van de curator	6
	2.1.3. Praktijkregels en richtlijnen voor de curator en de R-C	6
	2.1.4. Aansprakelijkheid curator	7
	2.1.5. De rol van de rechter-commissaris	7
	2.1.6. De schuldeisers	7
	2.1.6.1. Boedelschuldeisers	8
	2.1.6.2. Separatisten	8
	2.1.6.3. Preferente schuldeisers	8
	2.1.6.4. Concurrente schuldeisers	8
2.2.	Een onderneming in de surseance van betaling	9
	2.2.1. De rol van de bewindvoerder	9
	2.2.2. De rol van de rechter-commissaris	10
2.3.	Conclusie	10
3.	DE DOORSTART VAN EEN INSOLVENTE ONDERNEMING	11
3.1.	De doorstart	11
3.2.	De activatransactie	11
	3.2.1. De procedure	12
	3.2.2. De rol van de curator	12
	3.2.3. Verkoop van de activa	13
3.3.	Positie werknemers	14
3.4.	Positie schuldeisers	14
3.5.	Nadelen reguliere doorstart van een insolvente onderneming	14
3.6.	Conclusie	14
4.	DE 'VERBETERDE' DOORSTART: TOEPASSING VAN DE PRE-PACK IN NEDERLAND	15
4.1.	De Nederlandse pre-pack	15
4.2.	De Nederlandse procedure	16
4.3.	Totstandkoming	17
4.4.	De wettelijke grondslag	17
4.5.	De rechtspraak	18
4.6.	De stille bewindvoerder	21
	4.6.1. De rol van de stille bewindvoerder	21
	4.6.2. Honorering	21
	4.6.3. Aansprakelijkheid	22
	4.6.4. Geheimhouding	22

4.7.	De rechter-commissaris	22
4.8.	De schuldeisers	22
4.9.	Praktijkvoorbeeld: Surseance- en Faillissementsverslag Schoenenreus	22
4.10.	Conclusie	23
5.	DE ENGELSE PRE-PACK	25
5.1.	Insolventieprocedures Engeland	25
5.1.1.	Administration	25
5.1.2.	Administrative receivership	26
5.1.3.	Verschillen Administration en Administrative receivership	26
5.2.	De pre-pack administration	26
5.3.	De administrator	27
5.3.1.	Taak administrator	27
5.3.2.	Statement of Insolvency Practise	28
5.3.2.1.	Positie van de schuldeisers	28
5.3.2.2.	Positie van de administrator	29
5.3.3.	Code of Ethics	29
5.4.	Jurisprudentie	29
5.4.1.	Uitzonderingen	29
5.4.2.	Totstandkoming pre-pack	30
5.5.	Kritiek op de pre-pack	31
5.5.1.	Strijd met de Enterprise Act 2002	31
5.5.2.	Gebrek aan transparantie	31
5.5.3.	Honorering	31
5.5.4.	Belangenconflict	32
5.5.5.	Phoenix companies	32
5.6.	Vergelijking praktijk Engeland. vs. praktijk NL	32
5.7.	Conclusie	33
6.	DE TOEKOMST VAN DE PRE-PACK IN NEDERLAND	34
6.1.	Toekomstbeeld Commissie Insolad	34
6.2.	Toekomstbeeld Tollenaar	35
6.4.	Andere toekomstbeelden	36
7.	AANDACHTSPUNTEN PRE-PACK	37
7.1.	Ongeoorloofde handelingen	37
7.1.1.	Beklamel-aansprakelijkheid	37
7.1.2.	Faillissementspauliana	37
7.1.3.	Selectieve betalingen	37
7.2.	Overige aandachtspunten	38
7.2.1.	De rechtbank	38
7.2.2.	Voortijdig bekend raken	38
7.2.3.	Inspraak schuldeisers/transparantie	38
7.2.4.	Belangenconflict	39
8.	CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN	40
7.1	Conclusies	40
7.2.	Aanbevelingen	43
9.	EVALUATIE	45

BRONVERMELDING

Literatuur

Publicaties

Jurisprudentie

Overige

LIJST VAN AFKORTINGEN

Art. = Artikel

BW = Burgerlijk Wetboek

EUR = Euro

Fw = Faillissementswet

HR = Hoge Raad

INSOLAD = Vereniging Insolventierecht Advocaten

Jo. = Juncto

JOR = Jurisprudentie Onderneming & Recht

LJN = Landelijk jurisprudentie nummer

MvT= Memorie van Toelichting

NJ = Nederlandse jurisprudentie

P. = Pagina('s)

Par. = Paragraaf

Recofa = Landelijk Overleg van Rechters-commissarissen Insolventies

Rv= Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

Sch. B1 = Schedule B1

SIP 16 = Statement of Insolvency 16

Tvl = Tijdschrift voor Insolventierecht

UWV= Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

1. INLEIDING

Uiteenzetting van de achtergrond, de aanleiding en het doel van het onderzoek.

1.1. Afstudeerorganisatie

Dit onderzoek wordt verricht in opdracht van AKD Advocaten & Notarissen (hierna: AKD). AKD behoort tot de grotere advocaatkantoren in Nederland. AKD is gevestigd in Amsterdam, Rotterdam, Breda, Eindhoven en Brussel. AKD richt zich vooral op middelgrote en grote ondernemingen. AKD heeft kennis in een groot aantal rechtsgebieden, zoals transport & trade, banking & finance, ondernemingsrecht, overheid & onderneming, arbeidsrecht en familierecht. Dit onderzoek wordt verricht voor AKD te Rotterdam sectie ondernemingsrecht, afdeling ondernemingsrecht, insolventie- en procesrecht.

1.2. Aanleiding

Aanleiding voor het onderzoek is recente jurisprudentie op het gebied van de 'pre-pack' en het voorstel 'Voorstellen Wijzigingen Faillissementswet' van de Commissie Insolad (Commissie Insolad is ontstaan uit de Vereniging Insolventierecht Advocaten). Het voorstel 'Voorstellen Wijzigingen Faillissementswet' van de Commissie Insolad is op verzoek van minister Opstelten van Veiligheid en Justitie opgesteld. Op 13 december 2012 is het voorstel aan hem overhandigd.

1.3. Onderzoeksformulering

In deze paragraaf wordt de probleembeschrijving uiteengezet. Aan de hand van de probleembeschrijving zijn de centrale vraag, de doelstelling en de deelvragen geformuleerd.

1.3.1. Probleembeschrijving

Volgens artikel 1 juncto artikel 6 van de Faillissementswet (hierna: Fw) kan een onderneming met een structureel liquiditeitsstekort op eigen verzoek failliet worden verklaard. In het vonnis van faillietverklaring benoemt de rechter een curator¹ die belast is met het beheer en vereffening van de failliete boedel². De curator liquideert de boedel en verdeelt de overgebleven activa onder de schuldeisers. Wanneer de curator de onderneming nog levensvatbaar acht, kan de curator er ook voor kiezen om een doorstart van de onderneming te bewerkstelligen. De curator gaat dan op zoek naar een koper. Wanneer een geschikte koper is gevonden kunnen de activa via een activatransactie van de curator worden gekocht. Een doorstart van een insolvente onderneming brengt via deze procedure onvermijdelijk een groot waardeverlies met zich mee, dit omdat de onderneming na faillissement (vaak) stil ligt, klanten en leveranciers zich terugtrekken en werknemers een nieuwe werkgever zoeken.³

In de praktijk gaat de doorstart van een onderneming met betalingsproblemen soms op een andere wijze. Een onderneming met betalingsproblemen verzoekt de rechtbank om een surseance van betaling of een faillissement en verzoekt daarbij door middel van een begeleidend schrijven om de benoeming van een 'stille' bewindvoerder. Wanneer de rechtbank mogelijkheden ziet tot een doorstart, bericht de rechtbank telefonisch en per brief de toekomstige curator. Dit alles gebeurt in strikt geheim en vertrouwen. Deze toekomstige curator gaat als 'stille' bewindvoerder onderzoeken of een doorstart mogelijk

¹ Art.14 Fw.

² Art.68 Fw.

³ Mr.J.L.R.A. Huydecoper, 'Pre pack liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?', *Tvl* 2013/5.

is en gaat op zoek naar geïnteresseerde partijen die de activa van de onderneming willen overnemen. De stille bewindvoerder schat in of het ontvangen bod een hogere opbrengst met zich mee brengt dan wanneer de activa los worden verkocht. Indien wilsovereenstemming wordt bereikt, kan het faillissement worden aangevraagd en wordt de stille bewindvoerder als curator aangesteld. Zo spoedig mogelijk na de faillietverklaring (wanneer mogelijk nog op de dag zelf), kunnen de activa daadwerkelijk worden verkocht.

Deze doorstartmethode, ook wel de pre-pack genoemd, is overgewaaid uit Engeland. In Engeland wordt op grond van de vernieuwde wetgeving, de Enterprise Act 2002, al veelvuldig gebruik gemaakt van de pre-pack. Hierbij wordt ruim voordat het faillissement wordt aangevraagd, in stilte, een curator benoemd die de verkoop van de activa van de onderneming voorbereidt. De onderneming doet dit in overleg met de belangrijkste zekerheidsgerechtigden, onder het oog van de toekomstige curator. Na het uitspreken van het faillissement kan de curator geruisloos een doorstart bewerkstelligen via een activatransactie.⁴ Op deze manier lukt het om een soepele doorstart te bewerkstelligen en een situatie te voorkomen waarin ondernemingsactiviteiten moeten worden gestaakt.

De huidige Nederlandse Faillissementswet biedt voor de pre-pack, althans voor de betrokkenheid van een 'stille' adviseur en rechter-commissaris voorafgaand aan het faillissement, geen wettelijke grondslag. Uit de Nederlandse rechtspraak blijkt dat er wel behoefte is aan een wettelijke grondslag voor de pre-pack. Het voorstel van de Commissie Insolad voorziet in de mogelijkheid tot het aanstellen van een gerechtelijk insolventieadviseur op verzoek van de schuldenaar vóór het faillissement. Tevens is ook de Nederlandse rechtsliteratuur van mening dat de Nederlandse Faillissementswet verouderd is en tekort schiet. Veel insolventieadvocaten en rechtsgeleerden zijn van mening dat een pre-pack zou moeten worden toegelaten in het Nederlands recht.⁵

De rechtbank 's-Hertogenbosch speelt in op de praktijk door in een tussenbeschikking van 22 februari 2011⁶ te oordelen dat een deskundige vooraf aan het faillissement benoemd kan worden als op grond van de beschikbare informatie onvoldoende kan worden beoordeeld of een schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. De deskundige moet onderzoeken of binnen redelijke termijn tot verkoop van de onderneming kan worden overgegaan. De rechtbank geeft in de beschikking aan dat in geval van een op het deskundigenbericht volgend faillissement, waarin een doorstart zou kunnen volgen, de deskundige tot curator zal worden benoemd.

In het vonnis van 28 november 2012 wijst de rechtbank te Maastricht⁷ het verzoek om een deskundigenbericht op de voet van artikel 194 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (dat expliciet is gedaan met het oog op een mogelijke pre-pack) af. De verwijzing naar de tussenbeschikking van rechtbank 's-Hertogenbosch mag niet baten, want volgens de rechtbank Maastricht kon in de zaak van rechtbank 's-Hertogenbosch een deskundigenbericht worden bevolen, omdat niet summierlijk was gebleken dat de betreffende schuldenaar verkeerde in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. In dit geval zou de schuldenaar volgens de rechtbank al in een toestand verkeerd hebben opgehouden te betalen, omdat hij zijn eigen faillissement heeft aangevraagd. Rechtbank Maastricht had tevens als juridisch bezwaar dat de benoeming van een deskundige geen steun vindt in de wet. Volgens de rechtbank Maastricht is een deskundigenbericht dat preludeert op een doorstartscenario in strijd met de opdracht aan

⁴ K. Beke & P. Wolterman, 'Wijs bij bankroet de curator in stilte aan', *Het Financieele Dagblad*, 3 mei 2012, www.fd.nl (zoek op pre-pack).

⁵ J. Steverink, 'Goed voorbereid failliet', *Ondernemingsrecht-nieuws*, 19 december 2012.

⁶ Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011/375.

⁷ Rechtbank Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2013/63.

de curator tot beheer en vereffening van de boedel (art. 68 Fw), onder toezicht van de rechter-commissaris (art. 64 Fw). Een poging tot een pre-pack binnen de huidige wettelijke kaders zoals die hier werd getracht is gestrand.

Het lijkt er dus op dat in de praktijk een manier van werken bestaat die niet wordt ondersteund door de wet (en rechtspraak). Het is onduidelijk waar de betrokkenheid van een stille bewindvoerder en rechter-commissaris voorafgaand aan het faillissement op is gebaseerd. De rechtspraak acht een deskundige op grond van art 284 jo.194 Rv enkel mogelijk als nog onderzocht moet worden of de schuldenaar in een toestand verkeert van hebben opgehouden te betalen; van een pre-pack is hier geen sprake. Het probleem voor AKD is duidelijk: men wil een succesvolle doorstart realiseren door gebruik te maken van de pre-pack. Daarom is van belang te weten wat de juridische achtergrond is van de pre-pack praktijk op dit moment; zijn in bijvoorbeeld de literatuur en in de Engelse pre-packregeling aanknopingspunten te vinden?

1.3.2. Centrale vraag

Hoe kan een succesvolle doorstart met pre-pack gerealiseerd worden, gelet op de reguliere doorstart van een insolvente onderneming in de insolventiepraktijk en gelet op de beschrijving van de theorie van een pre-pack en de toepassing ervan in de praktijk in Nederland en Engeland, mede gezien de betrokken literatuur, jurisprudentie en het wetsvoorstel?

1.3.3. Doelstelling

Op 27 mei 2013 ligt er voor AKD te Rotterdam sectie ondernemingsrecht, insolventie- en procesrecht een praktijkgericht juridisch onderzoek klaar, waarin aanbevelingen worden gegeven over hoe een succesvolle doorstart van een insolvente onderneming met een pre-pack kan worden bewerkstelligd.

Onder een succesvolle doorstart met een pre-pack wordt in dit onderzoek verstaan: een doorstart voorbereid door een stille bewindvoerder voorafgaand aan het faillissement, zodat de doorstart direct na het tijdstip van faillietverklaring bewerkstelligd kan worden, waarbij de opbrengst hoger is dan wanneer de doorstart wordt bewerkstelligd via de reguliere wijze.

1.4. Onderzoeksopzet

In dit hoofdstuk worden de onderzoeksstrategieën en de bronnen en methoden, waarmee in dit onderzoek wordt gewerkt, genoemd.

1.4.1. Onderzoeksstrategieën

Tijdens het onderzoek van het recht zal gebruik worden gemaakt van een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. De gevonden teksten zullen tijdens het onderzoek worden vergeleken, geanalyseerd en geïnterpreteerd. Voor het onderzoek in de praktijk zal gebruik worden gemaakt van een casestudy. Tijdens de casestudy spelen de onderzoeksmethodes interview en documentanalyse een belangrijke rol.

1.4.2. Onderzoeksmethoden

Dit onderzoek wordt onder meer uitgevoerd door middel van een literatuur- en jurisprudentieonderzoek. De literatuur en de jurisprudentie zijn geraadpleegd via de bibliotheek en de kennisportals van AKD. De literatuur is vergaard om een reguliere doorstart van een insolvente onderneming te beschrijven.

Om een goed beeld weer te geven van de toepassing van de pre-pack in de Nederlandse praktijk, zijn interviews gehouden met insolventiedeskundigen op het gebied van de pre-pack, zoals curatoren die daadwerkelijk al eens als stille bewindvoerder hebben

opgetreden, insolventieadvocaten en een faillissementsrechter (rechter-commissaris). Tijdens de interviews is gekozen voor een face-to-face half-gestructureerd interview. Voor deze interviewmethode is gekozen, om de deskundigen op deze manier in de gelegenheid te stellen om de interviewvragen aan te vullen.

1.5. Leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt uitgelegd wanneer men spreekt van een insolvente onderneming. In hoofdstuk 3 wordt hierop voortgeborduurd en uitgelegd hoe een insolvente onderneming een doorstart kan realiseren vanuit een activatransactie.

In hoofdstuk 4 wordt de ‘verbeterde doorstart’ van een insolvente onderneming, ook wel naar Engels begrip, de pre-pack genoemd, beschreven. In dit hoofdstuk wordt gekeken waar de pre-pack op is gebaseerd en hoe deze procedure tot stand is gekomen.

In hoofdstuk 5 wordt de pre-pack, die in Engeland al veelvuldig wordt toegepast, aan de orde gesteld.

In hoofdstuk 6 geven betrokken partijen hun toekomstbeeld op de pre-pack. In Hoofdstuk 7 worden de aandachtspunten weergegeven waarop men dient te letten bij de toepassing van een pre-pack. Tot slot zal in hoofdstuk 8 een antwoord worden gegeven op de centrale onderzoeksvraag en zullen aanbevelingen worden gegeven.

2. DE INSOLVENTE ONDERNEMING

Om te begrijpen hoe een doorstart van een insolvente onderneming wordt gerealiseerd, is het van belang om eerst duidelijk te hebben wanneer men spreekt van een insolvente onderneming. In dit hoofdstuk worden twee insolventieprocedures, het faillissement en de surseance van betaling, die op een onderneming van toepassing kunnen zijn, uitgewerkt.

2.1. Het faillissement van een onderneming

Het faillissement van een onderneming kan gedefinieerd worden als een algemeen beslag op het hele vermogen van de onderneming ten behoeve van alle schuldeisers met als doel liquidatie en verdeling van het vermogen van de onderneming onder de schuldeisers.⁸

2.1.1. De faillietverklaring

Ingevolge artikel 1 lid 1 van de Faillissementswet kan iedere onderneming die heeft opgehouden te betalen bij rechterlijk vonnis failliet worden verklaard. Faillietverklaring geschiedt op eigen aangifte, op verzoek van een of meer schuldeisers of op verzoek van het Openbaar Ministerie. Het verzoek tot faillietverklaring wordt ingediend bij de rechtbank van de plaats waar de insolvente onderneming is gevestigd.⁹

Voor de faillietverklaring van een onderneming is vereist dat uit de feiten en omstandigheden blijken dat de onderneming in een toestand verkeert waarin zij heeft opgehouden te betalen.¹⁰ Een onderneming verkeert in een “toestand te hebben opgehouden te betalen”, wanneer zij voldoet aan twee vereisten:

1. Pluraliteitsvereiste

Ingevolge de pluraliteitsvereiste kan een onderneming enkel verkeren in een toestand te hebben opgehouden te betalen als er sprake is van meer dan één schuldeiser.¹¹ Het faillissement beoogt immers de verdeling van het vermogen onder de gezamenlijke schuldeisers.¹² Voor een faillietverklaring moet er aan de voorwaarde van meerdere schuldeisers zijn voldaan, maar de Hoge Raad heeft in diverse uitspraken geoordeeld dat er sprake moet zijn van meerdere schuldeisers, maar niet van meerdere vorderingen per schuldeiser. Er moet ten minste één vordering van de schuldeisers opeisbaar zijn. Heeft de schuldenaar geen enkele opeisbare schuld, dan zal hij niet in een faillissementstoestand verkeren.

2. De onderneming moet daadwerkelijk zijn gestopt met betalen

Een onderneming kan alleen failliet worden verklaard als hij meerdere schuldeisers heeft, maar een onderneming met meerdere schuldeisers mag niet automatisch in staat van faillissement worden verklaard. De rechter zal nog moeten onderzoeken of de onderneming in een toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen.¹³ In het niet betalen moet sprake zijn van een zekere duurzaamheid en continuïteit. Het enkele feit dat schuldeisers gedurende enige tijd niet voldaan worden, is al voldoende om te kunnen aannemen dat de onderneming is gestopt met betalen. Het “niet betalen” is hierbij doorslaggevend, niet of daaraan betalingsonmacht of betalingsonwil ten grondslag ligt.

⁸ Groot 2011, p.4.

⁹ Art.2 lid 1 Fw.

¹⁰ Art.6 lid 3 Fw.

¹¹ HR 22 maart 1985, NJ 1985, 548 en HR 24 juli 1995, NJ 1995,733,

¹² Polak/Pannevis, p.15.

¹³ Groot 2011, p.13, HR 7 september 2001, NJ 2001,550.

Wanneer de rechter beide vereisten aanwezig acht, spreekt de rechter het faillissement van de onderneming uit. De rechter die het faillissement uitspreekt, wijst een (of meerdere) curator aan die optreedt als gerechtelijk bewindvoerder ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁴ De griffier neemt na de faillietverklaring contact op met de curator en vraagt of hij vrij staat het faillissement af te handelen. Het vrij staan van een curator betekent dat een curator geen relatie mag hebben met de bij het faillissement betrokken partijen. Staat de curator vrij dan wordt hij benoemd.¹⁵ De curator speelt de belangrijkste rol in het faillissement van de onderneming. Tevens wordt bij de faillietverklaring een lid van de rechtbank tot rechter-commissaris benoemd.¹⁶

2.1.2. De rol van de curator

De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel van de onderneming.¹⁷ Dit betekent dat de curator zich bezig houdt met de boedelinventarisatie, het beheer van de boedel, de verificatie van de vorderingen, de liquidatie van de activa en de uitdeling. De rechter-commissaris houdt toezicht op de taakuitoefening door de curator.¹⁸

De curator moet worden beschouwd als de wettelijke vertegenwoordiger van de schuldeisers en tevens als vertegenwoordiger van de onderneming.¹⁹ In het Sigmacon II arrest²⁰ is door de Hoge Raad bepaald dat de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers voorop dient te stellen, maar de curator dient ook rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en behoud van werkgelegenheid.

2.1.3. Praktijkregels en richtlijnen voor de curatoren en de rechter-commissaris

Naast de wet, jurisprudentie en de literatuur hebben de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD) en het Landelijk Overleg van Rechters-commissarissen Insolventies (Recofa) praktijkregels en richtlijnen vastgesteld die de curator (en de bewindvoerder) en de rechter-commissaris een handvat moeten bieden voor een juiste uitoefening van hun taken.

Insolad-praktijkregels

De praktijkregels zijn beoogd als richtsnoer voor de curator. Het doel van de praktijkregels is het bevorderen van verdere professionalisering en kwaliteitsverbetering van de beroepsuitoefening van de curator. De praktijkregels beogen 'de witte vlekken', waar noch wet noch jurisprudentie richting geven, te vullen aan de hand van de 'heersende leer' in de kringen van curatoren. De praktijkregels hebben geen dwingend karakter, maar zijn richtinggevend van aard.

In de richtlijn worden de grondbeginselen voor een curator genoemd die bepalen dat de curator onafhankelijk en integer moet zijn, zijn werkzaamheden zorgvuldig, vakkundig en doelmatig moet uitvoeren, in redelijkheid moet handelen, en moet streven naar objectiviteit en zich altijd moet laten leiden door de belangen van de boedel.

¹⁴ Art.14 lid 1 Fw.

¹⁵ Art.1.2. onder a Recofa-richtlijn.

¹⁶ Art.14 lid 1 Fw.

¹⁷ Art.68 lid 1 Fw.

¹⁸ Art.64 Fw.

¹⁹ MvT Faillissementswet.

²⁰ HR 24 februari 1995, NJ 1996,472 (*Sigmacon II*).

Recofa-richtlijnen

De Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling bevatten bepalingen die bedoeld zijn ter uniformering van het rolbeleid van de rechtbanken. Tevens bevatten de Recofa-richtlijnen algemene instructies voor de curatoren en bewindvoerders. De rechtbank kan afwijken van de richtlijnen, indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven.²¹

2.1.4. Aansprakelijkheid curator

Een curator kan aansprakelijk worden gesteld voor zijn handelen. In beginsel is de curator in zijn hoedanigheid (q.q.) aansprakelijk en komt de schadevergoeding ten laste van de boedel. Wanneer de curator een onrechtmatige daad pleegt in zijn hoedanigheid (q.q.), dan ontstaat een boedelschuld.²² Een curator kan ook persoonlijk worden aangesproken. Aansprakelijkheid pro se houdt in dat de curator persoonlijk aansprakelijk is indien hij onrechtmatig handelt. Mocht er schade ontstaan, dan zal de curator dit uit zijn privévermogen moeten vergoeden.

De zorgvuldigheidsnorm uit het Maclou-arrest geldt voor de curator als maatstaf voor het verrichten van zijn taak.²³ In het Maclou-arrest heeft de Hoge Raad een specifieke zorgvuldigheidsnorm geformuleerd: 'een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht. Daarnaast dient de curator rekening te houden met de belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid.

2.1.5. De rol van de rechter-commissaris

In het vonnis van faillietverklaring wordt een van de leden van de rechtbank benoemd tot rechter-commissaris in het faillissement.²⁴ De rechter-commissaris houdt toezicht op de wijze, waarop de curator zijn taak vervult.²⁵ Hij toetst of de curator zich houdt aan de wet, handelt in het belang van de boedel en of hij zijn taak behoorlijk vervult.²⁶ De curator heeft voor veel handelingen een machtiging, toestemming of goedkeuring nodig van de rechter-commissaris.

2.1.6. De schuldeisers

Het faillissement doet alle gelegde (conservatoire en executoriale) beslagen vervallen en executies eindigen, omdat de instandhouding daarvan in strijd is met het doel van het faillissement: de verdeling van de boedel onder alle schuldeisers.²⁷ De vorderingen van schuldeisers die voor het faillissement zijn ontstaan, zijn gegroepeerd in diverse rangen waarbij pas uitgekeerd kan worden aan de volgende rang op het moment dat de eerdere rang volledig is voldaan. Doorgaans worden uit de boedel, nadat de separatisten hun verhaalsrechten hebben uitgeoefend, eerst de boedelschuldeisers betaald. Daarna volgen de preferente (wettelijke en feitelijke) schuldeisers en tot slot de concurrent schuldeisers. Hieronder zullen de schuldeisers afzonderlijk worden besproken.

²¹ Art.1.5 Recofa-richtlijn.

²² HR 21 februari 1992, NJ 1992,321 (van Gastel q.q./Heppe).

²³ HR 19 april 1996, NJ 1996,727 (Maclou/Curatoren van Schuppen).

²⁴ Art.14 lid 1 Fw.

²⁵ Art.64 Fw.

²⁶ H. de Coninck- Smolders e.a. 2010, p.11.

²⁷ Art.33 lid 1 en 2 Fw.

2.1.6.1. Boedelschuldeisers

Boedelschulden worden gemaakt in het kader van het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Zij zijn ontstaan na faillietverklaring en door toedoen van de curator of ingevolge de wet. Boedelschulden of faillissementskosten worden onmiddellijk uit de boedel en voor alle andere schuldeisers betaald.²⁸

De boedelschulden kunnen worden onderscheiden in algemene en bijzondere kosten. De bijzondere faillissementskosten zijn de kosten die worden gemaakt bij het te gelde maken van een bepaald vermogensbestanddeel, bijvoorbeeld taxatiekosten. Deze kosten worden van de kosten van de opbrengst afgetrokken. De algemene faillissementskosten komen ten laste van de opbrengst van het goed waarvoor deze zijn gemaakt, echter is vaak de boedelopbrengst onvoldoende om alle boedelschuldeisers te voldoen. De algemene faillissementskosten worden dan omgeslagen over de boedel. Dat betekent dat de algemene faillissementskosten naar evenredigheid van de vordering over alle boedelschuldeisers worden verdeeld.²⁹

2.1.6.2. Separatisten

De hypotheek- en pandhouder nemen in een faillissement een aparte positie in. Zij vormen de eerste rang schuldeisers. Deze groep schuldeisers heeft het recht van parate executie en kunnen hun recht uitoefenen alsof er geen faillissement is. Zij kunnen het goed waarop hun hypotheek-of pandrecht rust ook tijdens het faillissement van de schuldenaar verkopen zonder over een executoriale titel te beschikken.³⁰

2.1.6.3. Preferente schuldeisers

Er zijn ook wettelijke en feitelijke preferente schuldeisers. De rechten van deze laatste groep schuldeisers vloeien voort uit wederkerige overeenkomsten en betreffen het eigendomsvoorbehoud, het retentierecht en het recht van reclame. De wettelijke preferente schuldeisers bestaan uit de fiscus³¹ en het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen³² (UWV). Tot de preferente schuldeisers behoren de schuldeisers met een bijzonder voorrecht³³ en een algemeen voorrecht.³⁴ De fiscus staat hoger in rang dan de schuldeisers met een bijzonder en/of algemeen voorrecht.

2.1.6.4. Concurrente schuldeisers

De concurrent schuldeisers hebben geen voorrang. Zij moeten hun vordering indienen bij de curator. Wanneer alle boedelschulden en schuldeisers met een voorrecht zijn betaald en er blijft nog een bedrag over, dan wordt dit bedrag verdeeld over de concurrent schuldeisers naar evenredigheid van de omvang van hun vordering. In onderstaand figuur 1 worden voorbeelden van verschillende soorten schuldeisers weergegeven.

Schuldeiser	Voorbeeld
Boedelschuldeiser	Veilinghuis - kosten veiling inboedel
Separatist	Pandhouder, hypotheekhouder
Preferente wettelijke schuldeiser	Belastingdienst, UWV
Preferente feitelijke schuldeiser	Leverancier met eigendomsvoorbehoud
Concurrente schuldeiser	Leverancier

Figuur 1. Voorbeelden verschillende soorten schuldeisers.

²⁸ Groot 2011, p.31.

²⁹ Pouw en Israël 2009, p.143.

³⁰ Art.57 lid 1 Fw jo. art. 3:248 lid 1 en art. 268 lid 1 BW.

³¹ Art.21 lid 1 Invorderingswet.

³² Art.60 Wet financiële sociale verzekeringen.

³³ Art. 3:284 e.v. BW.

³⁴ Art.3:288 en 3:289 BW.

2.2. De onderneming in de surseance van betaling

De surseance van betaling kan worden aangevraagd door de onderneming die voorziet dat zij met het betalen van haar opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan.³⁵

De surseance van betaling is een algemeen uitstel van betaling, verleend door de schuldeisers aan de onderneming met als doel de onderneming tijd te gunnen haar zaken op orde te krijgen, zodat de onderneming kan worden voortgezet opdat de onderneming dan in staat zal zijn haar schuldeisers te voldoen.³⁶

De onderneming die de surseance van betaling aanvraagt, dient daartoe een verzoekschrift in dat door de onderneming en haar advocaat wordt ondertekend.³⁷ Een voorlopige surseance wordt door de rechtbank onmiddellijk verleend.³⁸ Voor de definitieve verlening van de surseance speelt de schuldeisersstemming een rol. Er wordt een datum bepaald voor een schuldeisersvergadering. Tijdens deze vergadering zal er worden beslist over de verlening van de definitieve surseance. Indien de houders van meer dan een vierde van de op deze vergadering vertegenwoordigde schuldvorderingen of meer dan een derde van het aantal schuldeisers tegenstemmen, wordt geen definitieve surseance verleend.³⁹ Evenmin wordt de surseance verleend, indien niet het vooruitzicht bestaat dat de schuldenaar na verloop van tijd zijn schuldeisers niet kan bevredigen.⁴⁰

Door middel van een surseance kunnen de concurrente schuldeisers hun opeisbare vorderingen tijdelijk niet invorderen. De positie van de onderneming wordt tegenover de concurrente schuldeisers als het ware bevroren. De onderneming zal wel de verplichtingen jegens haar werknemers moeten blijven nakomen. Als gevolg van de surseance vervallen eventueel door derden gelegde beslagen en wordt de reeds door concurrente schuldeisers in gang gezette executie van beslagen zaken, dienende tot verhaal van schulden, geschorst.⁴¹ De zekerheidsgerechtigden (houders van een hypotheek en/of pandrecht) en preferente schuldeisers blijven ondanks de surseance gerechtigd om hun vorderingen te vervolgen.

De surseanceregeling werkt al jaren niet bevredigend. De surseance vormt in grote meerderheid van de gevallen het 'voorportaal' van faillissement.⁴² Bijna alle surseances eindigen in een faillissement.⁴³ Afnemers en leveranciers, reageren op het bericht van een surseance, in de gedachte dat een surseance veelal tot het faillissement leidt van de onderneming, alsof het een faillissement betreft, waardoor het feitelijke faillissement haast onvermijdelijk wordt. Al jaren worden suggesties gedaan voor verbetering en vernieuwing van de surseanceprocedure.

2.2.1. De rol van de bewindvoerder

Bij de verlening van de surseance worden door de rechtbank één of meer bewindvoerders aangesteld die samen met de schuldenaar het beheer over die zaken voeren.

De bewindvoerder houdt toezicht op het beheer van het vermogen van de onderneming. Het bestuur van de onderneming heeft tijdens de surseance voor alle beheers- en beschikkingsdaden toestemming nodig van de bewindvoerder.⁴⁴ De bewindvoerder zal

³⁵ Art. 214 lid 1 Fw.

³⁶ Groot 2011, p.1.

³⁷ Art. 214 lid 2 Fw.

³⁸ Art. 215 Fw.

³⁹ Art. 218 Fw.

⁴⁰ Oosthout 1998, p.27.

⁴¹ Art. 230 Fw.

⁴² Wessels 2011, p.7.

⁴³ Wessels 2011, p.7, Van Oers 2007, p.51

⁴⁴ Art.228 Fw

direct na zijn benoeming contact opnemen met de onderneming om inzicht te krijgen in de stand van zaken.

2.2.2. De rol van de rechter-commissaris

De rechtbank kan naast het benoemen van één (of meer) bewindvoerder(s) ook een rechter-commissaris benoemen.⁴⁵ In de surseance van betaling kan de rechter-commissaris worden beschouwd als de adviseur van de bewindvoerder; niet als toezichthouder.⁴⁶

2.3. Conclusie

In dit hoofdstuk is gekeken wanneer sprake is van een insolvente onderneming. Men spreekt van een insolvente onderneming als een onderneming in de staat verkeert dat zij niet meer aan haar financiële verplichtingen kan voldoen.

De Faillissementswet kent twee instrumenten die de gevolgen regelen van onvermogen van een onderneming om haar verplichtingen na te komen: het faillissement en de surseance van betaling.

Het faillissement van een onderneming is een beslag op het gehele vermogen van de onderneming ten behoeve van alle schuldeisers met als doel het te gelde maken en verdelen van het vermogen van de onderneming onder de schuldeisers.

De surseance van betaling is een algemeen uitstel van betaling, verleend door de schuldeisers aan de onderneming met als doel de onderneming tijd te gunnen haar zaken op orde te krijgen, zodat de onderneming voortgezet kan worden, opdat de onderneming dan in staat zal zijn de schuldeisers te voldoen.⁴⁷ De surseance van betaling werkt echter al jaren niet bevredigend. Het is zelfs zo dat bijna alle surseances eindigen in een faillissement.⁴⁸

⁴⁵ Art.223a Fw.

⁴⁶ Oosthout 1998, p.31.

⁴⁷ Groot 2011, p.1.

⁴⁸ Wessels 2011, p.7, Van Oers 2007, p.51

3. DE DOORSTART VAN EEN INSOLVENTE ONDERNEMING

In dit hoofdstuk wordt gekeken naar de doorstart van een insolvente onderneming, zoals deze in de wet en de literatuur staat beschreven. Er bestaan verschillende doorstartmethodes. In het kader van dit onderzoek is de aandacht gericht op de meest voorkomende doorstartmethode, de activatransactie na faillissement.

3.1. De doorstart

De Nederlandse wetgeving biedt geen definitie en aanknopingspunten voor de doorstart van een insolvente onderneming. In de literatuur worden verschillende definities genoemd. In dit onderzoek wordt de definitie van Oosthout⁴⁹ aangehouden, omdat deze definitie het meest omvattend is. Oosthout verstaat onder een doorstart “iedere vorm van voortzetting van een insolvente onderneming, nadat de oorzaken van het structureel liquiditeitstekort zijn opgespoord en zijn weggenomen, een schuldsanering heeft plaatsgevonden en de overtoollige werknemers zijn afgevoerd”. Voor de doorstart van een insolvente onderneming zijn diverse redenen aan te wijzen. Zo kan de wens bestaan tot behoud van de onderneming, of het voorkomen van vernietiging van kapitaalgoederen, of het behoud van werkgelegenheid en kennispotentieel⁵⁰.

Het voortzetten van een onderneming door de curator, zoals genoemd in art. 98 Fw is niet hetzelfde als de overgang van een onderneming⁵¹. Bij de overgang van een onderneming is sprake van een overgang van een economische entiteit met behoud van identiteit. Daar is bij een doorstart geen sprake van. De doorstart is een voortzetting van ingrijpend beschikbare bedrijfsmiddelen, kapitaal en arbeid. Dat betekent dat bij de doorstart sprake is van een samenhang tussen de doorgestarte activa en passiva, die daaraan meerwaarde geeft: de meerwaarde van de samenhangende activa en passiva moet de doorstart zin geven.⁵²

Er bestaan verschillende doorstartconstructies, daarin zijn twee hoofdvormen te onderscheiden:

1. de doorstart binnen dezelfde rechtspersoon en
2. de doorstart van een onderneming in een andere rechtspersoon.

De realisering van de doorstart van een onderneming binnen dezelfde rechtspersoon kan via een akkoord (de insolvente onderneming kan een akkoord aanbieden aan haar schuldeisers) of een doorstart vanuit de surseance van betaling.

Bij een doorstart in een andere rechtspersoon worden de noodzakelijke activa (en soms passiva) overdragen aan een andere onderneming, dit wordt de activatransactie genoemd.

3.2. De activatransactie

Een doorstart van een insolvente onderneming na activatransactie vindt plaats wanneer een doorstart binnen de bestaande onderneming niet haalbaar worden geacht. Dit komt doordat de vermogenspositie van de onderneming te ver is uitgehold en/of de kosten van sanering van de schuldenlast en een reorganisatie niet door de onderneming kunnen worden opgebracht, waarbij aandeelhouders en derden niet bereid zijn om deze te financieren.⁵³ Een doorstart van een insolvente onderneming is in dit geval slechts nog mogelijk door middel van een de overdracht van een onderneming aan een andere

⁴⁹ Oosthout 1998, p.39.

⁵⁰ Insolad 2008, p.135.

⁵¹ Insolad 2008, p.99.

⁵² Insolad 2008, p.102.

⁵³ Oosthout 1998, p.39.

onderneming.

3.2.1. De procedure

De rechtsgrond voor de activatransactie en de verkoop van de onderneming ligt in artikel 101 Fw. Op grond van dit artikel is de curator bevoegd goederen te vervreemden, indien en voor zover de vervreemding noodzakelijk is, om de kosten van het faillissement te bestrijden. De schade bij een activatransactie na faillissement is over het algemeen groot. Door het faillissement van de onderneming is het vertrouwen van de leveranciers, financiers, afnemers en andere betrokkenen geschonden. De voortzettende ondernemer zal om het vertrouwen in de onderneming te behouden en te herstellen, moeten investeren.⁵⁴

3.2.2. De rol van de curator

Het bestuur van de insolvente onderneming is tot aan het faillissement verantwoordelijk voor het beheer van het vermogen en bevoegd tot het verrichten van beheersdaden.⁵⁵ Het bestuur van de onderneming verliest als gevolg van de faillietverklaring het beheer en beschikking over haar vermogen. De bestuurders van de onderneming zijn vanaf dat moment niet meer bevoegd tot het verrichten van beheersdaden. De curator, die belast is met het beheer en het vereffenen van de boedel ten behoeve van de schuldeisers, neemt deze taak over. Na de faillietverklaring tracht de curator zo snel mogelijk inzicht te krijgen in de liquiditeits- en vermogenspositie van de onderneming, de aard van de onderneming en de oorzaak van het faillissement.⁵⁶

Zoals is vermeld, is de taak van de curator gericht op vereffening van de boedel. Alle activa van de onderneming dienen te gelde worden gemaakt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De curator verkoopt de activa op een zodanige wijze dat de meeste kans bestaat op een goede opbrengst.⁵⁷ De curator dient zich te oriënteren voordat hij een verkoopproces start en hij dient een transparant verkoopproces na te streven.

Voortzetting van de onderneming gedurende enige tijd na het faillissement leidt tot een beter liquidatiesaldo dan onmiddellijke beëindiging van de bedrijfsactiviteiten. Ofwel de curator zal dus proberen de onderneming als 'going concern' voort te zetten indien dit in het belang is van de boedel. De curator zal moeten vaststellen of de onderneming nog kan worden voortgezet en of redelijkerwijs te verwachten is dat bij voortzetting van de bedrijfsvoering de boedelverplichtingen kunnen worden nagekomen.⁵⁸ Een voorbeeld van voortzetting na faillissement is het bedrijf DAF N.V. In 1993 ging truckfabrikant DAF failliet, maar doordat het vertrouwen van de leveranciers en de afnemers in DAF bleef, heeft de curator de onderneming 'going concern' kunnen voorzetten. In 1996 is DAF in afgeslankte vorm doorgestart, doordat het Amerikaanse Paccar, DAF heeft overgenomen.⁵⁹

Als blijkt dat de onderneming niet aan de boedelverplichtingen kan nakomen, wordt de onderneming onmiddellijk gestaakt. Wanneer de onderneming wordt gestaakt, maar de onderneming wil nog wel tot een doorstart komen, dan zal snel gehandeld moeten worden. Naar mate de onderneming langer stilligt, zullen meer partijen, waar de betrokkenheid voor een succesvolle doorstart is vereist, zich van de onderneming af gaan

⁵⁴ Oosthout, p.40.

⁵⁵ Oosthout, p.41.

⁵⁶ Oosthout, p.42.

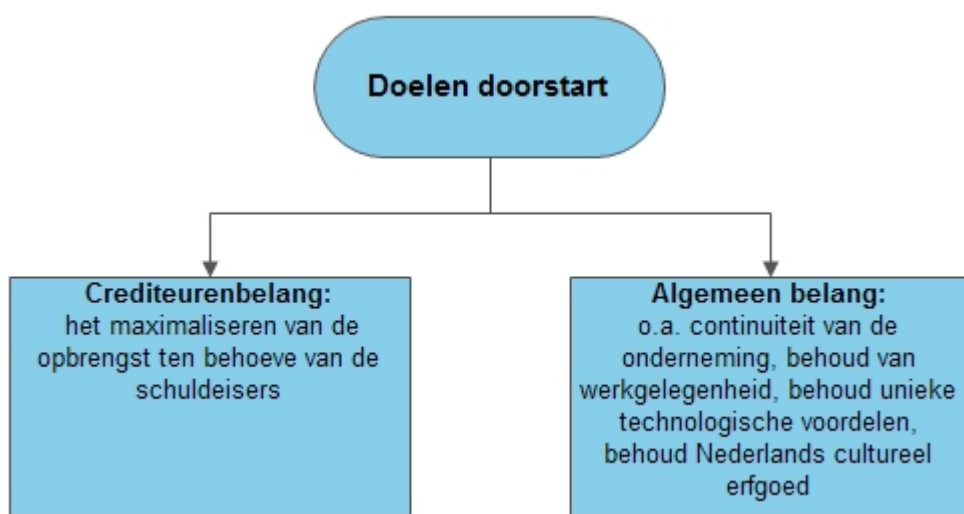
⁵⁷ Art.3.1 Praktijkregels.

⁵⁸ Oosthout, p.42.

⁵⁹ G. Herderscheê, 'DAF herrezen uit de as', *De Volkskrant*, 20 februari 2007.

wenden: werknemers zullen op zoek gaan naar ander werk, leveranciers trekken zich terug en afnemers gaan op zoek naar een andere leverancier die beter in staat zal zijn de continuïteit van het leveren van goederen of diensten te waarborgen.⁶⁰

Een belangrijke vraag die naar voren komt is: mag een curator ook genoeg nemen met een lagere opbrengst indien daarmee het voortbestaan van de onderneming zeker worden gesteld? Naar inzicht van de Hoge Raad was het doel het maximaliseren van de opbrengst ten behoeve van de crediteuren. In het Sigmacon arrest⁶¹ stelt de Hoge Raad haar doel bij en oordeelt dat de curator ook het algemeen belang, waaronder o.a. wordt verstaan de continuïteit van de onderneming en het behoud van de werkgelegenheid, dient mee te wegen. De curator zal het crediteurenbelang en het maatschappelijk belang tegen elkaar moeten afwegen. Hieronder volgt een schema om de doelen van de doorstart te verduidelijken:



Figuur 2. Doelen doorstart.

3.2.3. Verkoop van de activa

De belangstellenden voor een doorstart moeten zich snel bij de curator melden want, zoals al genoemd, zal voor een succesvolle doorstart na faillissement snel gehandeld moeten worden. Iedere dag dat een failliet bedrijf namelijk niet doorstart, wordt de kans kleiner dat een nieuw begin een succes wordt. De gegadigde(n) zal/zullen samen met de curator moeten bepalen welke activa (en eventuele passiva) hij wenst over te nemen, onder welke voorwaarden en tegen welke prijs. De curator zal onderhandelen met de partij met wie hij verwacht op de snelst mogelijke termijn een transactie overeen te kunnen komen. Om de kans op een succesvolle doorstart te vergroten zou een activa-transactie bij voorkeur zo kort mogelijk na de faillietverklaring moeten plaatsvinden, maar een curator heeft wel tijd nodig om zich op de hoogte te stellen van de stand van zaken en de mogelijkheid te onderzoeken om de opbrengst van de boedel te maximaliseren. Wanneer de curator en de voortzettende ondernemer het eens zijn geworden over de prijs en de voorwaarden waaronder de activa-transactie tot stand kan komen, dient de overdracht van bedrijfsmiddelen tot stand te worden gebracht. De overdracht van een onderneming door middel van een activa (en passiva)-transactie houdt in dat de activa worden verkocht en geleverd aan de kopende vennootschap.

⁶⁰ Oosthout, p.42.

⁶¹ HR 12 mei 1989, NJ 1990, 130 en HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472.

3.3. Positie werknemers

Een algemene regel is dat de werknemers tijdens de overdracht van een onderneming meegaan.⁶² Door de overdracht van de onderneming gaan de rechten en verplichtingen (o.a. uit de arbeidsovereenkomst), die op dat moment gelden tussen de werkgever en de werknemer, van rechtswege over op de verkrijger.

Deze algemene regel is niet van toepassing bij een faillissement. Bij een faillissement ontslaat de curator alle werknemers. De voortzettende ondernemer is vrij in de selectie van zijn werknemers naar persoon, naar aantal en hij is vrij in het bepalen van de primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden.

3.4. Positie schuldeisers

De schuldeisers spelen geen rol tijdens de doorstart. Ze worden pas achteraf over de doorstart geïnformeerd.

3.5. Nadelen activatransactie

In de loop van de tijd zijn er in de praktijk bij een doorstart van een gefailleerde onderneming na activatransactie, knelpunten naar voren gekomen. De belangrijkste (knel)punten die in de praktijk van de reguliere doorstart van een insolvente onderneming, door middel van een activatransactie als nadeel worden ondervonden, zijn hieronder opgesomd:

1. Een activatransactie is onvoldoende te plannen vóór het tijdstip van faillietverklaring, omdat er onzekerheid bestaat over de keuzes die de curator na zijn benoeming zal maken.
2. Een insolventieprocedure brengt een onvermijdelijk groot waardeverlies met zich mee, doordat leveranciers zich terug trekken, noodzakelijke faciliteiten worden beëindigd/ kunnen niet worden gecontinueerd, de (betere) werknemers zoeken een andere werkgever en klanten zeggen hun overeenkomst op en vertrekken naar andere leveranciers. Wanneer de onderneming niet 'going concern' kan worden doorgestart, nemen de nadelen exponentieel toe.⁶³
3. Het is bij een activatransactie na faillissement moeilijk ofwel bijna onmogelijk om een onderneming die meer geld waard is, dan wanneer alle activa van een onderneming los worden verkocht, voor een dienovereenkomstige prijs te verkopen. Dit komt onder andere door factoren die de prijs drukken, zoals gebrekkige informatievoorziening en de beperkte onderhandelingsalternatieven.
4. De curator heeft vaak niet genoeg tijd om een goede koper te vinden die de onderneming wil doorstarten. Tevens ontbreekt de tijd voor de bidders om de informatie over de onderneming te bestuderen en een bod uit te brengen.

3.6. Conclusie

Een doorstart van een insolvente onderneming vanuit een activatransactie is een op zich zelf goed werkende procedure om een onderneming te herstructureren.

De activatransactie is een snelle methode, maar een nadeel van deze snelheid is dat meestal geen hoge prijs zal worden verkregen, dit mede gelet op de externe bekendheid van de insolventiestatus van de onderneming. Door het bekend worden van deze status zullen leveranciers, klanten, en werknemers afhaken dan wel hun prestaties opschorten of meer voorwaarden stellen.

⁶² Art.7:663 BW.

⁶³ Huydecoper 2013.

4. DE 'VERBETERDE' DOORSTART: TOEPASSING VAN DE PRE-PACK IN NEDERLAND

In het vorige hoofdstuk is de doorstart van een insolvente onderneming vanuit een activatransactie aan bod geweest. In dit hoofdstuk wordt een (nieuwe) doorstartprocedure, ook wel naar het Engels voorbeeld de pre-pack genoemd, die binnen enkele gerechtsarrondissementen sinds enkele jaren in de praktijk wordt toegepast, in kaart gebracht. Gekeken wordt waar deze procedure op is gebaseerd, daar op het eerste gezicht geen wettelijke gronden of juridische basis bestaan voor deze doorstartmethode. Vervolgens wordt gekeken naar de jurisprudentie op het gebied van de "Nederlandse pre-pack" en tot slot wordt de rol van de stille bewindvoerder, de rechter-commissaris en de schuldeisers in de Nederlandse pre-pack uiteengezet.

4.1. De Nederlandse pre-pack

De Nederlandse pre-pack is een procedure waarbij een onderneming de rechtbank verzoekt om een stille bewindvoerder te benoemen, voorafgaand aan de surseance of het faillissement, om de mogelijkheden te onderzoeken voor een eventuele doorstart van de onderneming.

De pre-pack is een in de praktijk ontwikkeld instrument dat inspeelt op de snelheid waarmee een insolvente onderneming kan doorstarten en waarbij de insolventiestatus van de onderneming niet extern bekend wordt. De Nederlandse wetgeving voorziet niet in deze procedure. Om de pre-packprocedure in kaart te brengen hebben daarom interviews plaatsgevonden met insolventiedeskundigen op het gebied van de pre-pack.⁶⁴

In de eerste plaats is gesproken met de insolventierechtadvocaten van AKD, de heer mr. P.J. Peters (insolventierechtadvocaat en curator, hierna: de heer Peters) en de heer mr. F. el Houzi (insolventierechtadvocaat, hierna: de heer El Houzi). Zij hebben al eens als stille bewindvoerder opgetreden.

In de krant Het Parool⁶⁵, heeft de heer mr. L. Deterink (hierna te noemen: de heer Deterink), insolventierechtadvocaat bij Deterink Advocaten & Notarissen en curator, een uitgebreid interview gegeven waarbij hij inzicht geeft in de pre-pack procedure en de voordelen van deze procedure. De heer Deterink is een (ervarings)deskundige op het gebied van de pre-pack: hij heeft in Nederland al een aantal pre-packs gedaan. Een recent voorbeeld hiervan is de doorstart van het champignon bedrijf "Prime Champ" in april 2013.

Ook in een interview in het NRC Handelsblad laat de heer Deterink zich uit over de pre-pack en het belang van een stille bewindvoerder in het doorstartproces.⁶⁶ De heer Deterink geeft in dit interview aan een grote voorstander te zijn van de pre-pack; hij geeft aan dat dit een krachtig instrument is om de kans op een succesvolle doorstart van de insolvente onderneming, met behoud van werkgelegenheid, te verbeteren.

Om het beleid van de rechtbank in kaart te brengen omtrent de pre-pack is de rechtbank Oost-Brabant benaderd voor een interview. De heer mr. P.J. Neijt (hierna: de heer Neijt), faillissementsrechter bij de rechtbank Oost-Brabant, was bereid inzicht te geven in deze nieuwe doorstartprocedure en het beleid van de rechtbank Oost-Brabant hieromtrent.

⁶⁴ Opgemerkt dient te worden dat de pre-pack procedure is beschreven naar interpretatie van de auteur.

⁶⁵ T. Damen, 'Stille bewindvoerder redt bedrijf beter', *Het Parool*, 23 maart 2013, p. 30-31.

⁶⁶ C. Driessen & P. van der Steen, 'Interview Louis Deterink', *NRC Handelsblad*, 11&12 mei 2013, p. 2-3.

De rechtbank Rotterdam is ook benaderd voor een interview over de pre-pack. Rechtbank Rotterdam geeft echter aan zich niet uit te kunnen laten over het beleid van de rechtbank Rotterdam. Dit omdat de pre-pack een 'hot' onderwerp is, dat in de insolventiewereld de aandacht heeft en waarover binnen de Rechtspraak uitvoerig wordt gesproken.

Deze Nederlandse procedure is mede gebaseerd op de herstructureringsprocedure uit Engeland; de pre-pack-administration (ook wel het fenomeen uit het Angelsaksische recht genoemd). De Nederlandse procedure, wordt daarom ook wel naar het Engelse begrip de pre-pack genoemd. In hoofdstuk 5 zal de Engelse pre-pack uitvoerig worden behandeld.

4.2. De Nederlandse procedure

Een onderneming met financiële problemen verzoekt de rechtbank om een surseance van betaling of een faillissement. De onderneming verzoekt tevens door een begeleidend schrijven om de aanstelling van een stille bewindvoerder. Uit de verschillende interviews blijkt, dat er nog geen duidelijk beleid bestaat hoe een rechtbank een dergelijk verzoek tot aanstelling van een stille bewindvoerder beoordeelt. Dient het verzoek te voldoen aan bepaalde vereisten en kan het al dan niet meewerken aan een pre-packverzoek als discretionaire bevoegdheid worden gezien? De heer Neijt geeft aan dat de rechtbank Oost-Brabant een verzoek tot stille bewindvoering beoordeelt door na te gaan of de onderneming voldoet aan de voorwaarden die de surseance of het faillissement stellen. Daarnaast moet het benoemen van een stille bewindvoerder zorgen voor meerwaarde.

In plaats van een openbare terechtstelling, zoals het uitspreken van een surseance of een faillissement, wordt achter de schermen een toekomstig een stille bewindvoerder aangesteld. Dit aanstellen van een toekomstig of stille curator of bewindvoerder gebeurt telefonisch en wordt per brief bevestigd door de rechtbank. De stille bewindvoerder gaat op verzoek van de rechtbank 10 of 12 dagen van te voren de mogelijkheden onderzoeken van een overname, uitkoop of een doorstart na faillissement. De stille bewindvoerder sluit met de onderneming een overeenkomst, waarbij de onderneming instemt met de inschakeling van een stille bewindvoerder. In deze overeenkomst wordt de rol van de stille bewindvoerder vastgesteld en is een geheimhoudingsbeding opgenomen, zodat beide partijen geen informatie tijdens de voorfase van het faillissement blootleggen.

In deze aanloopfase van het faillissement kan de stille bewindvoerder in het geheim al aan een mogelijke doorstart van de onderneming werken. Doordat een stille bewindvoerder in een vroeg stadium financiers en overnamekandidaten zoekt, stijgt de kans op een succesvolle overname of uitkoop. Dit omdat de onderneming niet stil komt te liggen en de leveranciers en afnemers niet op de hoogte zijn van de financiële staat van de onderneming. De toekomstig curator schat in of het ontvangen bod een hogere opbrengst met zich mee brengt dan wanneer de activa los worden verkocht. Tussentijds heeft de rechter-commissaris nog contact met de stille bewindvoerder over eventuele potentiële kopers en tegen welk bod. De rechter-commissaris dient ook zijn goedkeuring te verlenen aan de stille bewindvoerder. Indien wilsovereenstemming tussen de stille bewindvoerder, de koper en de rechter-commissaris wordt bereikt kan het faillissement worden aangevraagd. De stille bewindvoerder wordt vrijwel altijd⁶⁷ aangesteld als curator in het faillissement. Zo spoedig mogelijk na de (wanneer mogelijk nog op de dag zelf), kunnen de activa daadwerkelijk worden verkocht.

⁶⁷ Een stille bewindvoerder wordt niet aangesteld als curator van de insolvente onderneming als blijkt dat hij tegenstrijdige belangen heeft. Een stille bewindvoerder heeft tegenstrijdige belangen, wanneer hij als advocaat al is opgetreden voor één van de andere partijen in het faillissement, zoals de leveranciers.

Volgens de geïnterviewde insolventiedeskundigen heeft deze procedure ten opzichte van de reguliere doorstartprocedure een aantal evidente voordelen:

- Het verkopen van een lopend bedrijf (going concern) levert meer op dan een onderneming die al failliet is.
- Het vertrouwen van de klanten, leveranciers en het vertrouwen van het personeel blijft behouden (want met publiciteit van het faillissement is dat vertrouwen in één klap weg)
- De stille bewindvoerder heeft meer tijd om een doorstart mogelijk te maken in het belang van (onder meer) de werknemers en de schuldeisers.

4.3. Totstandkoming

In de praktijk werd (in ieder geval bij de rechtbank Oost-Brabant) al jaren, voordat gebruik werd gemaakt van de pre-pack procedure, een bewindvoerder of curator enkele dagen voordat de surseance of het faillissement werd uitgesproken, geïnformeerd of hij vrij stond om de surseance of het faillissement af te handelen. Tevens werd gekeken of de surseance of het faillissement schikte in de agenda van de bewindvoerder/curator. De bewindvoerder/curator werd in deze dagen in de gelegenheid gesteld om zich voor te bereiden op aankomende surseance of faillissement. Deze procedure is nu in de praktijk verder uitgebreid en kan als aanknopingspunt worden gezien voor de Nederlandse pre-pack procedure.

Het veelbesproken en toonaangevende artikel is het artikel '*Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!*' van mr. drs. N.W.A. Tollenaar (insolventieadvocaat bij RESOR N.V. in Amsterdam. Advocatenkantoor RESOR is een grote naam in de insolventiewereld) in het Tijdschrift voor Insolventierecht. Dit artikel bepleit de introductie van een Nederlandse pre-pack en heeft eveneens geleid tot de totstandkoming van de praktijk zoals deze nu gaat. Faillissementsrechter Neijt heeft in het interview aangegeven dat mede doordat hij geïnspireerd was door het artikel van Tollenaar, de eerste pre-pack tussenbeschikking heeft gewezen. Deze uitspraak wordt in behandeld in paragraaf 4.5.

4.4. (Wettelijke) grondslag

De huidige Nederlandse Faillissementswet biedt voor deze nieuwe doorstartmethode na faillissement, althans voor de betrokkenheid van een stille bewindvoerder en rechter-commissaris voorafgaand aan het faillissement, geen wettelijke grondslag. Het is in eerste instantie dus onduidelijk waar de betrokkenheid van een stille bewindvoerder en rechter-commissaris voorafgaand aan het faillissement op is gebaseerd.

Volgens de Heer Neijt is de Faillissementswet niet volledig toereikend. Ook het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering spelen een rol in het Faillissementsrecht. Dit wordt bevestigd door de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft al meermalen bepalingen van de derde titel van het eerste boek van Burgerlijke Rechtsvordering (verzoekschriftprocedure in eerste aanleg) toegepast in verzoekschriftprocedures op grond van de Faillissementswet.⁶⁸ Op grond van art. 284 jo. 194 Rv kan een deskundige worden benoemd op verzoek van de rechter of op verzoek van de partijen. De stille bewindvoerder kan worden aangemerkt als deskundige. Dit blijkt ook uit de jurisprudentie die in de volgende paragraaf zal worden besproken. Een wetswijziging is gelet op bovenstaande dus niet noodzakelijk. Om echter het beginsel

⁶⁸ Art.362 Fw, HR 11 april 2008, LJV BC2721, Van Sint Truiden & Verstijlen 2012.

rechtszekerheid te waarborgen, is het codificeren van de pre-pack van belang. Ondernemingen en ook rechtbanken raken op deze manier bekender met de pre-pack.

4.5. De rechtspraak

Dit houdt in dat er grote verschillen bestaan per arrondissement. In het ene arrondissement wordt een verzoek tot pre-pack gehonoreerd en in het andere arrondissement niet. Van diverse rechtbanken, zoals de rechtbank Oost-Brabant, Amsterdam, Rotterdam en Zwolle (nu rechtbank Overijssel) is bekend dat zij een verzoek tot een pre-pack hebben ingewilligd. Van andere rechtbanken is niet bekend of zij werken met de pre-pack en/of zij achten dat de pre-pack in strijdigheid is met de wet. In onderstaande tabel⁶⁹ is overzichtelijk weergegeven welke rechtbanken werken met de pre-pack:

Rechtbank	Pre-pack
Amsterdam	X
Den Haag	X
Gelderland	X
Limburg	-
Midden- Nederland	-
Noord-Holland	-
Noord-Nederland	-
Oost-Brabant	X
Overijssel	X
Rotterdam	X
Zeeland-West-Brabant	-

Legenda: X betekent dat deze rechtbank de Nederlandse pre-pack recentelijk heeft toegepast.
- Niet bekend of geen nadere informatie verkregen.

Figuur 3. Tabel rechtbanken en pre-pack

Uitspraken waarin een verzoek tot een pre-pack wordt ingewilligd, worden op een hoge uitzondering na, niet gepubliceerd. Dit is omdat het niet in de aard van een pre-pack ligt om de uitspraak openbaar te maken.

Op dit moment zijn drie uitspraken gepubliceerd waarin een onderneming met betalingsproblemen heeft verzocht, met het oog op de toepassing van de pre-pack, om een deskundige te benoemen voorafgaand aan het faillissement. Deze uitspraken zijn gepubliceerd, omdat zij vernieuwend en/of toonaangevend zijn. Deze uitspraken met annotatie worden hieronder besproken:

*Rechtbank 's-Hertogenbosch tussenbeschikking 22 februari 2011*⁷⁰

In deze uitspraak heeft een schuldeiser een faillissementsverzoek ingediend. Op grond van art. 6 lid 3 Fw is bepaald dat een faillissement op verzoek van een schuldeiser wordt uitgesproken, indien aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste dient te blijken van het bestaan van een vorderingsrecht van de schuldeiser en ten tweede dient te blijken van het bestaan van feiten en omstandigheden welke aantonen dat de onderneming in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen. Wil aan deze voorwaarde zijn voldaan dan moet in ieder geval sprake zijn van pluraliteit van schuldeisers. Is van pluraliteit gebleken dan dient vervolgens te worden onderzocht of

⁶⁹ Deze tabel is opgesteld aan de hand van telefonische interviews (april – mei 2013).

⁷⁰ Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011/375 m. nt. prof. mr. Van Hees.

hierdoor de toestand is ontstaan dat de onderneming heeft opgehouden te betalen.

De rechtbank oordeelt in deze uitspraak dat zij op basis van de beschikbare informatie onvoldoende kan beoordelen of de onderneming in een toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen. Bij de beoordeling van de vraag of de onderneming in een faillissementstoestand verkeert, zal moeten worden onderzocht of zij in staat is binnen redelijke termijn tot een verkoop te komen. Om hier nader onderzoek naar te doen, gaat de rechtbank over tot benoeming van een deskundige op grond van art. 194 Rv. De rechtbank beveelt een onderzoek door een deskundige ter beantwoording van de vragen of welke de mogelijkheden zijn om de onderneming buiten faillissement te continueren, al dan niet in de huidige vorm en welke omstandigheden en feiten van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of de schuldenaar verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. De deskundige zal aan de rechtbank verslag uitbrengen omtrent zijn bevindingen.

De rechtbank benoemt voor het geval de rechtbank in haar eindbeslissing tot de conclusie komt dat een faillissement moet worden uitgesproken, dat de in beginsel aangewezen deskundige tot curator wordt benoemd en de rechtbank stelt ook al een rechter-commissaris aan. De rechtbank wil met het op voorhand aanwijzen van een curator en rechter-commissaris, bevorderen dat ook voor het geval een faillissement onvermijdelijk blijkt te zijn, de waarde van de onderneming kan worden gemaximaliseerd.

Annotatie prof. mr. J.J. van Hees

Naar inzien van de annotator prof. mr. J.J. van Hees geeft deze beslissing van de rechtbank 's-Hertogenbosch invulling aan het steeds groter wordende gapende gat tussen de wetgeving en de behoeften van de praktijk en kan de uitspraak worden gezien als overbrugging van de kloof tussen wetgeving en praktijk in de fase voordat het faillissement van een onderneming wordt uitgesproken. Deze uitspraak is bijzonder om twee redenen:

1. de rechtbank gaat in het kader van de behandeling van dit verzoek over tot de benoeming van een deskundige.
2. De rechtbank kondigt in haar beslissing aan dat, indien de bevindingen van de deskundige ertoe leiden dat het faillissement wordt uitgesproken, deze deskundige en de rechter onder wiens leiding de deskundige zijn onderzoek dient te verrichten, zullen worden benoemd tot curator en rechter-commissaris.

Deze beslissing door de rechtbank is tot stand gekomen door de faillissementsaanvraag van een schuldeiser. Mr. Van Hees stelt dat naar zijn inziens een deskundige ook op verzoek van een schuldenaar (buiten het procedurele kader) moet kunnen worden aangewezen.

Gerechtshof 's-Hertogenbosch tussenbeschikking 4 juli 2012⁷¹

Het Hof 's-Hertogenbosch heeft een vergelijkbare uitspraak als de rechtbank gedaan. Het Hof benoemt in een tussenbeschikking een deskundige. De deskundige krijgt de taak om in overleg met de onderneming te zoeken naar mogelijkheden die moeten leiden tot betaling aan de Bank (de hele schuld of een aanvaardbaar deel) binnen een afzienbare tijd. Tevens dient de deskundige zich een oordeel te vormen over de actuele vermogenspositie en betalingscapaciteiten van de ondernemingen met het oog op beantwoording van de vraag of zij verkeren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen.

⁷¹ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, JOR 2013/26 m. nt. Van Andel (*Landsbanki/Vos*).

Annotatie mr. drs. W.J.M. van Andel

Naar inzien van de annotator, mr. drs. W.J.M. van Andel, benoemt het Hof een deskundige, omdat het Hof zich afvraagt of het belang van partijen wel gediend is met een faillissement. Volgens de annotator treedt het Hof hier buiten haar toetsingskader van art. 6 lid 3 Fw. Op grond van art. 6 lid 3 Fw wordt een faillissement uitgesproken als aan de in het artikel genoemde eisen is voldaan. Er is dus geen sprake van een discretionaire bevoegdheid van de rechter. De eis dat het belang van de aanvrager (laat staan het belang van de schuldenaar) gediend moet zijn met een faillietverklaring, wordt in art. 6 lid 3 Fw niet gesteld.

Volgens het Hof moet de deskundige zich mede een oordeel vormen over de actuele vermogenspositie en betalingscapaciteiten van de schuldenaar gelet op de beantwoording van de vraag of zij verkeren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen. Dit is niet de primaire reden voor de benoeming van de deskundige. De primaire reden is dat het Hof met tussenkomst van de deskundige, overleg wil brengen tussen de ondernemingen en hun bankiers (die ook belang zullen hebben bij het afwenden van een faillissement, aldus het Hof), zodat gezocht kan worden naar mogelijkheden die moeten leiden tot betaling van de gehele vordering. Volgens Van Andel is er sprake van een creatieve vordering, die mogelijk het voor alle partijen het beste resultaat oplevert. Maar als de schuldeiser ter zitting had verklaard niets te voelen voor benoeming van een deskundige met als primaire taak het tot stand brengen van overleg, had het Hof naar mening van de annotator niet de bevoegdheid gehad een deskundige te benoemen gelet op het door art. 6 lid 3 Fw wettelijk kader.

Rechtbank Maastricht 28 november 2012⁷²

De onderneming heeft bij verzoekschrift de rechtbank verzocht om haar in staat van faillissement te verklaren, maar voor daartoe over te gaan en hangende dat verzoek, een onderzoek te bevelen door een deskundige op de voet van art. 194 Rv (met het oog op om toepassing te geven aan de figuur van de pre-pack). De deskundige zou in beslotenheid zijn onderzoek moeten verrichten en binnen twee weken van zijn bevindingen verslag uitbrengen aan de rechtbank. Daarbij zou het in de rede liggen dat de betreffende deskundige tot curator zal worden aangesteld en de rechter-commissaris zal door de rechter benoemd worden.

Volgens de rechtbank volgt uit de eigen aangifte van de schuldenaar genoegzaam dat hij verkeert in een toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. De rechtbank zal hem bij deze stand van zaken failliet moeten verklaren. Het verzoek om voorafgaand aan het faillissement over te gaan tot benoeming van een deskundige, om de mogelijkheden van een doorstart te onderzoeken, vindt geen steun in de wet.

De verwijzing naar de tussenbeschikking van de rechtbank te 's-Hertogenbosch en de (ongepubliceerde) beschikking van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch kan de rechtbank niet baten. In die zaken kon een deskundigenbericht worden bevolen, omdat niet summierlijk was gebleken dat de schuldenaar verkeerde in een toestand van te hebben opgehouden te betalen, maar in dit geval staat dit vast. Een deskundigenonderzoek kan daarom niet opgedragen worden, nog daargelaten dat een dergelijk onderzoek zich in zijn algemeenheid niet verder zou kunnen uitstrekken dan tot de vraag of de schuldenaar verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen. Zou de rechter zich, door bij wege van een deskundigenbericht vooruit te lopen op een doorstartscenario, begeven op het terrein van het beheer en de vereffening van de boedel, wat bij de huidige stand

⁷² Rechtbank Maastricht 28 november 2012, JOR 2013/63 m. nt. prof. mr. Van Hees.

van de wetgeving niet mogelijk is. De rechtbank verklaart de schuldenaar niet-ontvankelijk in zijn verzoek een deskundige te benoemen. De rechtbank verklaart de onderneming in staat van faillissement.

Annotatie prof. mr. J.J. van Hees

Naar mening van de annotator, prof. mr. J.J. van Hees, getuigen de overwegingen van de rechtbank in deze zaak van een beperktere opvatting over de rol van een deskundige in het kader van een faillissementsaanvraag dan die van rechtbank en het hof 's-Hertogenbosch.

Volgens de annotator zal de praktijk zeker lering trekken uit deze uitspraak en constateren dat de opvattingen van rechters over de vraag of een deskundige kan worden benoemd in het kader van een faillissementsaanvraag en de omvang van de aan deze te geven opdracht nogal uiteenlopen en in het ene arrondissement op een meer welwillende benadering kan worden gerekend dan in het andere. Volgens de annotator zal het ertoe leiden, dat in voorkomende gevallen zal worden gekeken naar de mogelijkheid van zetenvverplaatsing. De conclusie die de annotator trekt is dat totdat de (aangekondigde) wetgeving tot stand is gekomen, de schuldenaren die zijn aangewezen op rechtbanken met een terughoudend beleid, verstoken zijn van de mogelijkheid zich in de fase voorafgaand aan het faillissement te laten begeleiden door een door de rechtbank aangewezen deskundige. Het bovenstaande vonnis biedt in een dergelijk geval alleen nog het aanknopingspunt, indien uit de eigen aangifte niet genoegzaam blijkt dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.

4.6. De stille bewindvoerder

In deze paragraaf wordt de rol van de stille bewindvoerder in de Nederlandse pre-pack procedure uitgelicht.

4.6.1. De rol van de stille bewindvoerder

De curator of bewindvoerder in spe dient wanneer hij is aangesteld door de rechter-commissaris als stille bewindvoerder, uitsluitend de belangen te dienen van gezamenlijke schuldeisers (en de werknemers). Een stille bewindvoerder kan niet worden gezien als een verlengstuk van de onderneming. De stille bewindvoerder heeft louter tot taak om zich te laten informeren en zich een oordeel te vormen over de gang van zaken bij de onderneming voorafgaande aan een eventueel verzoek tot faillietverklaring. De stille bewindvoerder is geen adviseur van de onderneming. Hij heeft geen positie of bevoegdheden in de onderneming en heeft aan de onderneming geen enkele verplichting.⁷³ De stille bewindvoerder is wel bevoegd om de onderneming suggesties te geven. De onderneming is echter niet gehouden om aan verzoeken of suggesties van de onderneming gevolg te geven. De stille bewindvoerder kan bijvoorbeeld suggesties geven over een transactie die de onderneming wil uitvoeren. Hiermee kan voorkomen worden dat de onderneming voor het faillissement onverplichte rechtshandelingen verricht, waarvan hij bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn (paulianatransacties).⁷⁴

4.6.2. Honorering

De onderneming verplicht zich de kosten van de stille bewindvoerder te betalen op basis van het toepasselijke curatorentarief. Het curatorentarief bedraagt in 2013 EUR 198,00 per uur.⁷⁵ Het curatorentarief wordt vermenigvuldigd met een factor. Deze factor wordt

⁷³ *Overeenkomst tot inschakeling van een stille bewindvoerder*, Modelovereenkomst stille bewindvoering.

⁷⁴ Art. 42 Fw.

⁷⁵ Dit bedrag is opgesteld door Recofa en Insolad.

bepaald aan de hand van deskundigheid van de stille bewindvoerder en de complexiteit van de zaak.

4.6.3. Aansprakelijkheid

De enige verplichting van de stille bewindvoerder aan de onderneming is die van geheimhouding. De stille bewindvoerder zal bij schending van deze geheimhoudingsverplichting jegens de onderneming aansprakelijk zijn op grond van de algemene regels van contractuele aansprakelijkheid. Buiten contractuele aansprakelijkheid van de stille bewindvoerder wordt beheerst door het algemene aansprakelijkheidsrecht voor de onrechtmatige daad.

4.6.4. Geheimhouding

De stille bewindvoerder zal, zonder voorafgaande toestemming van de onderneming, in zijn rol als stille bewindvoerder geen derden benaderen en geen informatie over de onderneming verstrekken. De stille bewindvoerder is echter wel bevoegd om te allen tijde zijn informatie over de onderneming met de rechter-commissaris en de rechtbank te delen en om alle verkregen informatie na eventuele faillietverklaring openbaar te maken.

4.7. De rechter-commissaris

De rechter-commissaris beoordeelt of hij ingaat op het verzoek van de onderneming om een stille bewindvoerder aan te stellen. Daarbij kijkt de rechter-commissaris of het aanstellen van een stille bewindvoerder voorafgaand aan de surseance of het faillissement, daadwerkelijk meerwaarde oplevert voor de schuldeisers ten opzichte van een regulier faillissement. Daarnaast wordt gekeken of is voldaan aan de vereisten die horen bij het verzoek tot een surseance van betaling of een faillissement.

Uit het interview met de heer Neijt blijkt dat de rechtbank Oost-Brabant tot nu toe geen verzoek van een onderneming om een stille bewindvoerder heeft geweigerd. Enkel wanneer niet was voldaan aan de gestelde vereisten die horen bij een surseanceverzoek of een faillissementsaanvraag werd een verzoek afgewezen. Zonder deze vereisten, zoals een liquiditeitsopgave, kan de rechtbank geen beeld vormen van de financiële situatie van de onderneming.

De rechter-commissaris blijft gedurende de pre-pack een rol spelen. Indien de onderneming, bijvoorbeeld direct na het uitspreken van het faillissement een doorstart wil maken, dan dient de rechter-commissaris zijn goedkeuring voor de verkoop te verlenen. Daarbij gaat hij na of sprake is van een bod tegen een redelijke prijs, waarbij de opbrengst groter wordt geacht dan wanneer de activa los worden verkocht.

4.8. Schuldeisers

In de pre-pack spelen de schuldeisers nauwelijks een rol. Het is volgens de deskundigen wel mogelijk dat de schuldeisers een verzoek tot een stille bewindvoerder kunnen indienen. De rechter zal zich dan moeten uitlaten over dit verzoek tot aanstelling van een stille bewindvoerder.

4.9. Praktijkvoorbeeld: Surseance – en Faillissementsverslag Schoenenreus⁷⁶

In deze paragraaf wordt een praktijkvoorbeeld aangehaald: het faillissementsverslag van Schoenenreus B.V. (hierna: Schoenenreus). Korte stukken uit het faillissementsverslag zullen aangehaald worden, om een beeld te krijgen van doorstart na faillissement waar een stille bewindvoerder is aangesteld.

In dit faillissement heeft de rechtbank Oost-Brabant een stille bewindvoerder aangesteld.

⁷⁶ Surseance- en faillissementsverslag Schoenenreus B.V., 8 maart 2013.

Schoenenreus is, door een teruglopende omzet, veroorzaakt door gedaalde consumentenbestedingen als gevolg van de eurocrisis, de concurrentie van online webwinkels en hoge huren voor de winkels, in financiële problemen geraakt. Het bestuur van Schoenenreus zag zich genoodzaakt om op 3 januari 2013 de rechtbank Oost-Brabant te verzoeken om – zover mogelijk – een stille bewindvoerder te benoemen, zulks vooruitlopend op een aan te vragen voorlopige surseance van betaling/en of faillissement. De rechtbank heeft het verzoek tot benoeming van een stille bewindvoerder gehonoreerd en mr. G. te Biesebeek van het kantoor Aben & Slag Advocaten uit Budel op 3 januari 2013 als zodanig benoemd. Op 10 januari 2013 is vervolgens aan Schoenenreus op diens eigen verzoek voorlopige surseance van betaling verleend. Op 24 januari 2013 is op verzoek van de bewindvoerder en het bestuur van Schoenenreus de voorlopige surseance van betaling ingetrokken en is aansluitend het faillissement uitgesproken.

In de korte periode van de stille bewindvoering (3 januari 2013 - 10 januari 2013) is op korte tijd inzicht verkregen in de bedrijfsstructuur, de ondernemingsactiviteiten en de financiële huishouding en zijn door de bewindvoerder met het oog op de naderende staat van insolventie communicatielijnen uitgezet en maatregelen getroffen, alles met als doel om voor zoveel mogelijk een doorstart na insolventie te kunnen realiseren.

Gelet op de belangen van de crediteuren, maar ook gelet op het maatschappelijk belang bij het behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid heeft de bewindvoerder (later de curator) in overleg met ING Bank besloten om de winkels na het uitroepen van de surseance van betaling open te houden teneinde continuering van de onderneming (al dan niet na faillissement) mogelijk te maken. De inspanningen van de bewindvoerder (later de curator) concentreerden zich in het begin dan ook in hoofdzaak op het: (i) operationeel houden van de organisatie, en (ii) het onderzoek naar de mogelijkheden voor continuering van de onderneming. In dat kader heeft veelvuldig overleg plaatsgevonden met belangrijke partijen, zoals leveranciers, transporteurs en verzekeraars.

Al snel was er een partij, gesteund door de ING Bank, die serieuze plannen had om een kansrijke doorstart van Schoenenreus te realiseren. De bewindvoerder (later curator) is hier onderhandelingen mee opgestart. Deze onderhandelingen hebben uiteindelijk geresulteerd in een doorstart waarbij voor ca. 1000 van de 1500 werknemers werkgelegenheid behouden is en ca. 2/3 van de 200 filialen open blijven.

Dit resultaat was, zo wordt beschreven in het Faillissementsverslag van Schoenenreus, moeilijker geweest, zo niet, niet te realiseren geweest indien voorafgaande aan de officiële surseance van betaling, geen periode van stille bewindvoering was ingesteld. De “stille” periode van voorbereiding was, zo meent de curator, noodzakelijk om een eventuele doorstart voor te bereiden en uiteindelijk te realiseren.

4.10. Conclusie

In de praktijk wordt een doorstart van een insolvente onderneming voorbereid met de pre-pack. Deze procedure wordt niet wettelijk erkend, maar het is een procedure die in de praktijk is ontstaan, mede doordat het Nederlandse insolventierecht toe was aan hervormingen. Uit de gesprekken en de interviews met de insolventiedeskundigen is gebleken dat voor het ontstaan van de pre-pack een aantal aanknopingspunten zijn te noemen.

Voordat gebruik werd gemaakt van de pre-pack procedure, werd al enkele jaren (in ieder geval bij rechtbank Oost-Brabant) gebruik gemaakt van een procedure, waarbij een bewindvoerder/curator enkele dagen vóór het uitspreken van de surseance of het faillissement op de hoogte werd gesteld van zijn aankomende benoeming. De bewindvoerder/curator kon op deze manier checken of hij vrij stond, of het schikte in

zijn agenda en hij werd in de gelegenheid gesteld om al enkele voorbereidingen te treffen. De pre-pack kan worden gezien als een uitbreiding van deze procedure.

Een tweede aanknopingspunt is de doorstartprocedure in Engeland. In Engeland wordt de pre-pack al veelvuldig met succes toegepast (zie hoofdstuk 5).

Een derde aanknopingspunt is het artikel van Tollenaar dat faillissementsrechter Neijt heeft geïnspireerd tot het wijzen van de eerste pre-pack beschikking.

Naar mening van de rechtbank Oost-Brabant, zo blijkt uit het interview met de heer Neijt, maar ook uit de jurisprudentie, kan een stille bewindvoerder benoemd worden op grond van artikel 284 jo. 194 Rv wanneer uit de feiten en omstandigheden onvoldoende is gebleken dat de onderneming in een toestand verkeert van te hebben opgehouden te betalen. Bij de beoordeling van de vraag of de onderneming in een faillissementstoestand verkeert, zal moeten worden onderzocht of zij in staat is binnen redelijke termijn tot een verkoop te komen. De deskundige onderzoekt in eerste instantie of er mogelijkheden zijn om de onderneming buiten faillissement te continueren in afgeslankte vorm. Wanneer een faillissement onvermijdelijk blijkt te zijn, wil de rechtbank met het op voorhand aanwijzen van een toekomstig curator (de stille bewindvoerder) en rechter-commissaris, de waarde van de onderneming maximaliseren. Het deskundigenartikel kan worden toegepast, omdat de Faillissementswet niet volledig toereikend is. Door de Hoge Raad is bepaald dat het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ook daarbij van toepassing kunnen zijn.

In Nederland bestaan nog grote verschillen tussen rechtbanken omtrent het beleid van de pre-pack. Zo blijkt uit de jurisprudentie dat rechtbank Maastricht niet bereid is om mee te werken aan een pre-pack verzoek. Volgens Rechtbank Maastricht blijkt uit de eigen aangifte van de onderneming genoegzaam dat de onderneming is opgehouden te betalen.

Uit de gepubliceerde pre-packuitspraken kunnen twee conclusies worden getrokken: (i) een deskundige (stille bewindvoerder) kan benoemd worden indien uit de feiten en omstandigheden onvoldoende is gebleken dat de onderneming verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen en (ii) een pre-pack is toegestaan indien uit de eigen aangifte niet genoegzaam blijkt dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.

5. DE ENGELSE PRE-PACK

Duitsland, België, Frankrijk, Spanje en Griekenland hebben recent de wetgeving aangepast om onnodige faillissementen te vermijden. Deze landen hebben hun faillissementswetgeving aangepast naar voorbeeld van de Engelse wetgeving.⁷⁷ Binnen Europa wordt Engeland namelijk gezien als de meeste geschikte jurisdictie voor een financiële herstructurering.⁷⁸ Een herstructureringsprocedure waar in Engeland al veelvuldig gebruik van wordt gemaakt, is de pre-pack administration. De doorstart van een (insolvente) onderneming in de Nederlandse insolventiepraktijk is gedeeltelijk gebaseerd op deze Engelse procedure. In dit hoofdstuk worden de totstandkoming, het gebruik in de praktijk van de pre-pack administration en de kritiepunten uiteengezet, om uiteindelijk te constateren hoe men ooit is begonnen met een procedure die niet geschoeid is op de wet. Mocht men een succesvolle Nederlandse pre-pack in willen realiseren, is een beter inzicht in de juridische achtergrond van de Engelse pre-pack van belang.

5.1. Insolventieprocedures Engeland

Op grond van de Insolvency Act 1986 kunnen bestuurders van een onderneming die in financiële moeilijkheden verkeert, verschillende stappen ondernemen. Zo kunnen de bestuurders proberen om tot een vrijwillig akkoord (*voluntary arrangement*) met de schuldeisers te komen. Een andere stap die de bestuurders kunnen zetten is het indienen van een verzoek om een *administration*. Daarnaast bestaat er nog de *administrative receivership* (de toelichting op deze begrippen volgt hierna). De laatste mogelijkheid die de Insolvency Act de bestuurders biedt, is *winding-up*. De winding-up procedure kan gezien worden als 'het faillissement van een onderneming'.

De pre-pack administration kan in Engeland gecombineerd worden met twee procedures, de administration en de administrative receivership. Voor de ontwikkelingen van de pre-pack administration zijn deze twee procedures van belang geweest.⁷⁹ Deze procedures zullen daarom worden beschreven, alvorens de pre-pack administration wordt toegelicht.

5.1.1. Administration

De administration is geregeld in bijlage 16 van de Enterprise Act 2002, genaamd 'Schedule B1 Insolvency Act 1986, administration'. De administration is te vergelijken met de Nederlandse surseance van betaling.

De administration is een insolventieprocedure die erop gericht is om de onderneming 'going concern' voort te zetten.⁸⁰ De administrator, te vergelijken in Nederland met een curator, dient dit doel na te streven en dient hierbij de belangen van de schuldeisers te behartigen. Mocht de administrator dit doel niet kunnen realiseren, dan dient hij er voor te zorgen dat er een beter resultaat voor de schuldeisers wordt bereikt dan wanneer de onderneming failliet wordt verklaard. De secured schuldeisers (de schuldeisers met een zekerheidsrecht) zijn gaan inzien dat het meer oplevert als de onderneming via administration voortgezet wordt, in plaats van de situatie, dat de onderneming eerst in liquidation verkeerd en daarna voortgezet wordt. Om na te gaan of administration mogelijk is, dient de rechter eerst vast te stellen dat de onderneming niet meer aan zijn schulden

⁷⁷ B. Wessels, 'Rechtbank moet de pijn van lege boedels verdelen', *Het Financieele Dagblad*, 2 november 2012.

⁷⁸ Mr. drs. N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechtters van Nederland: geef ons de pre-pack!', *TvI* 2011/23.

⁷⁹ Goode 2011, p.33-35.

⁸⁰ Enterprise Act 2002, par.3, Sch. B1, Insolvency Act 1986.

kan voldoen.⁸¹ Tevens moet blijken dat het doel van de administration behaald kan worden, namelijk, de onderneming (geheel of gedeeltelijk) redden, waarbij het belang van de schuldeisers voorop staat zodat de activiteiten van de onderneming voortgezet kunnen worden. De High Court heeft echter in diverse uitspraken geoordeeld dat het voor ondernemingen mogelijk is om in administration te gaan zonder tussenkomst van de rechter. Volgens High Court of Justice of Chancery Division of England and Wales (hierna: de High Court) staat de administrator in de beste positie om te bepalen of de onderneming niet meer aan zijn schulden kan voldoen.

De belangrijkste gevolgen van indiening van een verzoek om een administration zijn dat (i) de rechten van de schuldeisers bevroren worden en (ii) voorkomen wordt dat een winding-up (faillissementsprocedure) tegen de onderneming wordt gestart. Dit zijn belangrijke voordelen want zij zorgen ervoor dat de onderneming een adempauze krijgt. De bestuurders krijgen de kans om orde op zaken te stellen zonder dat zij door de crediteuren worden belaagd. Totdat het verzoek wordt toegewezen zijn de bestuurders verantwoordelijk voor de gang van zaken. Zij lopen dan nog steeds het risico van aansprakelijkheid op grond van de Insolvency Act. Wordt het verzoek toegewezen dan neemt de administrator de bedrijfsvoering over.

5.1.2. Administrative receivership

Administrative receivership is een procedure die erop gericht is om de zekerheidsrechten van de floating charge houder (de floating charge is een bijzonder soort bezitloos pandrecht dat slechts kan worden gevestigd op het vermogen van een vennootschap) uit te winnen. Bestuurders van een onderneming kunnen een schuldeiser die een floating charge heeft op het vermogen van de onderneming ertoe bewegen om een administrative receiver aan te stellen. Deze functionaris vervult een dubbelrol. Hij behartigt in de eerste plaats de belangen van de floating charge houder die hem heeft aangesteld. Hij is echter ook een vertegenwoordiger van de onderneming en heeft als zodanig ook een zorgplicht naar de onderneming.

De receiver beschikt op grond van de Insolvency Act over ruime bevoegdheden. Deze bevoegdheden stellen hem in staat het bedrijf voort te zetten indien hij van mening is, dat de belangen van de floating charge houder hiermee gediend zijn. Een voordeel van administrative receivership is dat de activa van de vennootschap, vanaf het moment van het benoemen van een receiver, beschermd zijn tegen maatregelen van overige schuldeisers. De onderneming krijgt zo, evenals bij een verzoek om administration, een adempauze.⁸²

5.1.3. Verschillen tussen administration en administrative receivership

Het belangrijkste doel van de administration is dat de onderneming 'going concern' wordt voortgezet, waarbij de administrator handelt in het belang van de onderneming en de gezamenlijke schuldeisers. Het belangrijkste doel van de administrative receivership is dat de receiver handelt in het belang van de floating charge houder die de receiver heeft aangesteld. Indien zijn zorgplicht jegens de floating charge houder en zijn zorgplicht jegens de vennootschap conflicteren, moet hij de eerste laten prevaleren.⁸³ De receiver zal dus het bedrijf alleen mogen voortzetten als dit in het belang is van de floating charge houder.

⁸¹ Enterprise Act 2002, par. 11, Sch. B1 Insolvency Act 1986.

⁸² Lennarts 1999, p.136.

⁸³ Goode 2011, p.216.

5.2. De pre-pack administration

Na de aanpassing van de Enterprise Act in 2002 is het gebruik van de pre-pack administration (hierna: pre-pack) toegenomen.⁸⁴ De pre-pack is niet expliciet geregeld in de Engelse wetgeving, maar is in de praktijk tot stand gekomen. De pre-pack kan gezien worden als een bijzondere procedure, want de pre-pack procedure is een aparte procedure binnen de administration en de administrative receivership.

De pre-pack maakt het voor een onderneming die in financiële moeilijkheden verkeert, mogelijk om voorafgaand aan de administration een beoogd administrator te benoemen. De beoogde administrator kan benoemd worden door het bestuur, de aandeelhouders of de floating charge houders. De administrator gaat in deze pre-benoemingsfase op zoek naar een koper voor de gehele, dan wel een gedeelte van de activa van de onderneming. De administrator is betrokken bij de verkooponderhandelingen en de administrator stelt ook de voorwaarden voor de verkoop vast.

Vervolgens vraagt de onderneming, of de zekerheidsgerechtigde, de administration aan, zonder tussenkomst van de rechter. Vrijwel tegelijk met de opening van de administration ondertekent de administrator de koopovereenkomst, waarna de overdracht van de activa plaatsvindt en de onderneming direct 'going concern' wordt voortgezet. Voor de buitenwereld is de onderneming nimmer failliet geweest.

De voornaamste doelen van de pre-pack zijn behaald, als de onderneming 'going concern' is voortgezet, de koper een redelijke prijs heeft betaald voor de activa en de voorwaarden redelijk zijn.⁸⁵

5.3. De administrator

In deze paragraaf worden de taken en bevoegdheden van de administrator tijdens de pre-pack administration uiteengezet.

5.3.1. Taak administrator

Er is geen wettelijke regeling die het handelen van de een administrator regelt in de periode voordat de administration is geopend. In de periode voorafgaande aan de opening van de administration heeft de beoogde toekomstige administrator geen formele status.⁸⁶ Wanneer de onderneming in administration verkeert, is de administrator op grond van par. 2, Sch.B1, Insolvency Act 1986 wel verplicht de volgende doelen na te streven (in volgorde van prioriteit):

1. Rescuing the company as a going concern;
2. Achieving a better result for the company creditors as a whole than would be likely if the company were wound up (without first being in administration);
3. Realizing property in order to make a distribution to one or more secured or preferential creditors.⁸⁷

Het uitgangspunt van de Enterprise Act 2002 is dat de administrator een plan moet opstellen ter realisering van de hierboven genoemde wettelijke doeleinden. Dit plan dient de administrator zo snel mogelijk aan de secured crediteuren (de schuldeisers met

⁸⁴ Tollenaar 2011.

⁸⁵ Goode 2011, p.412-416.

⁸⁶ Tollenaar 2011.

⁸⁷ Enterprise Act 2002, par.3, Sch. B1, Insolvency Act 1986.

zekerheidsrecht) ter stemming voor te leggen.⁸⁸ In de rechtspraak zijn hierop echter uitzonderingen ontwikkeld. Deze uitzonderingen zullen worden besproken in paragraaf 4.4.

5.3.2. Statement of Insolvency Practise (SIP 16)

Zoals genoemd is er geen wettelijke regeling die het handelen van een administrator regelt in de periode voordat de administration is geopend. Om het handelen van de in administrator in de pre-benoemingsfase toch te kunnen reguleren is er onder verantwoordelijkheid van de Insolvency Service een richtlijn opgesteld, de zogenoemde Statement of Insolvency Practise (SIP16).

5.3.2.1. Positie van de schuldeisers

De SIP 16 is op 1 januari 2009 in werking getreden en ziet met name erop toe om de pre-pack voor de unsecured schuldeisers (de schuldeisers zonder zekerheidsrecht) transparanter te maken en inzicht te geven in het handelen van de administrator.

De secured schuldeisers (de schuldeisers met zekerheidsrecht) hebben een gunstige positie in een pre-pack. Zij krijgen in een pre-pack veelal een groot deel van hun vordering voldaan. Tevens hebben zij zeggenschap in een pre-pack, omdat hun instemming is vereist. Er bestaat onder de unsecured schuldeisers echter wel kritiek op de wijze waarop een prijs tot stand komt in de periode voor de opening van de administration, want de unsecured schuldeisers hebben op grond van de jurisprudentie geen inspraak. Volgens de jurisprudentie ligt het in de aard van een pre-pack dat de unsecured schuldeisers geen inspraak hebben tijdens de voorbereiding van de verkoop van de activa. Het is daarom van belang dat de administrator hen informatie verschaft en hen voorziet van een uitgebreide toelichting en rechtvaardiging waarom een pre-pack verkoop werd ondernomen, zodat de schuldeisers overtuigd raken dat de administrator in zijn handelen rekening heeft gehouden met de belangen van de schuldeisers.

Bij een gewone administration hebben de administrators bij de verkoop de plicht om de onderneming zo breed mogelijk onder potentiële kopers in de markt te zetten en om zo het hoogste bod eruit te halen. De negatieve impact blijft in dit geval beperkt, want het is al duidelijk dat de onderneming in een toestand van administration verkeert. Bij een pre-pack is dit anders, want een pre-pack vindt in volledige beslotenheid plaats.⁸⁹

De richtlijn SIP 16 is voornamelijk gericht op informatieverstopping. In de SIP 16 par. 9. wordt een niet-limiterende lijst genoemd. In deze lijst staat de informatie die de administrator bij een pre-pack aan de schuldeisers moet verschaffen:

- de kennismaking met de administrator;
- De omvang van de betrokkenheid van de administrator voorafgaand aan zijn benoeming;
- De marketingactiviteiten van de onderneming;
- Alle taxaties;
- Eventuele alternatieve wijzen van aanpak;
- De administrator moet aantonen waarom het niet mogelijk was om de onderneming als 'going concern' te verkopen;
- De identiteit van de koper;
- De relatie tussen de koper en de bestuurder of aandeelhouder;
- De namen van de bestuurders die betrokken zijn bij het beheer of het eigendom van de koper;

⁸⁸ Enterprise Act 2002, par. 49, 51 en 107,108, Sch. B1, Insolvency Act 1986.

⁸⁹ Tollenaar 2011.

- De details van de betrokken activa en de aard van de transactie;
- De tegenprestatie voor de transactie- en de betalingsvoorwaarden.

5.3.2.2. De positie van de administrator

In de richtlijnlijn SIP 16 wordt verder het handelen van de administrator nader omschreven. Een administrator heeft een adviserende rol. De administrator moet duidelijk zijn tegenover de bestuurders van de onderneming over de aard en de omvang van zijn rol. De administrator adviseert in het belang van de schuldeisers en de vennootschap als geheel. De administrator adviseert de bestuurders niet over hun persoonlijke positie. Daarnaast moet de administrator, bij het overwegen van de verkoop van de ondernemingsactiviteiten of de activa, voldaan hebben aan de vereisten van para. 3 (lid2) en para 3 (lid 4) of Sch. B1 van de Insolvency Act.

Deze bepalen dat:

- de administrator moet handelen in het belang van de schuldeisers en de onderneming;
- waarbij het doel is om vorderingen van de secured schuldeisers te voldoen.

De SIP 16 is niet wettelijk bindend, maar nalatigheid kan wel leiden tot actie. In het arrest *Clydesdale Financial Services Ltd and others vs Smailes*⁹⁰ oordeelt de High Court dat het niet nakomen van SIP 16 door een administrator geen op zichzelf staande reden is om de administrator te ontslaan.

5.3.3. Code of Ethics

Op 1 januari 2009 is ook de Code of Ethics in werking getreden. In de Code of Ethics staan voorwaarden die de administrator in acht dient te nemen en dient te waarborgen zodat de administrator deskundig, objectief, zorgvuldig en integer handelt. De belangenafweging van de administrator speelt hierbij een grote rol.

5.4. Jurisprudentie

De pre-pack is een figuur die in de praktijk is ontwikkeld. Het handelen van een administrator voorafgaande aan de opening van de administration, is niet wettelijk geregeld. De jurisprudentie heeft bij de totstandkoming van de pre-pack en de rol van administrator tijdens een pre-pack een grote rol gespeeld. Daarnaast zijn er in de jurisprudentie enkele uitzonderingen ontwikkeld.

5.4.1. Uitzonderingen

In onderstaande zaken gaat het niet om een pre-pack, maar gaat het om versnelde activatransacties. Deze activatransacties vonden plaats voorafgaande aan de crediteurenvergadering, maar waren voorbereid tijdens en niet voorafgaande aan de administration.

De High Court oordeelt in de uitspraak *Re T&D Industries Plc*⁹¹ dat de administrator geen goedkeuring vóór de verkoop van de activa nodig heeft van de rechtbank. Voor deze uitspraak dienden activatransacties op grond van de Insolvency Act 1986 aan de rechtbank voorgelegd te worden. De High Court is hier tevens van oordeel dat de administrator de bevoegdheid heeft om de activa te verkopen zonder dat hij hiervoor de goedkeuring van de crediteuren nodig heeft. Een crediteurenvergadering is op basis van deze uitspraak geen vereiste meer. De High Court komt tot deze beslissing, zodat de administrator snel en flexibel kan handelen om waarde te behouden. De eis van

⁹⁰ High Court of Justice Chancery Division 8 december 2009, *Clydesdale Financial Services Ltd and others v Smailes* [2009] EWHC 1745 (Ch).

⁹¹ Chancery Division 8 november 1999, *Re T&D Industries plc* [1999] EWHC 302 (Ch).

goedkeuring van de rechtbank en de crediteuren vertraagt onnodig de verkoop.

De uitspraak *Re T&D Industries Plc* is gewezen voor de komst van de pre-pack en de Enterprise Act 2002. Bij de totstandkoming van de Enterprise Act 2002 is er ook rekening gehouden met deze uitspraak. De wetgever heeft in de Enterprise Act 2002 de rol van de rechtbank beperkt (par. 68 sch. B1 Insolvency Act 1986).

In de uitspraak *Re Transbus International Limited*⁹² wordt de uitspraak *Re T&D Industries Plc* bevestigd: De High Court oordeelt eveneens dat voor het verkopen van de activa bij de administration geen toestemming meer nodig is van de rechtbank en de crediteuren.

5.4.2. Totstandkoming pre-pack

De uitspraak *DKLL Solicitors vs Revenu and Customs*⁹³ betreft de eerste uitspraak die betrekking heeft op de pre-pack na de invoering van de Enterprise Act 2002. Deze uitspraak is belangrijk geweest voor de doorbraak van de pre-pack als herstructureringsmethode. Tevens heeft deze uitspraak de pre-pack tot een efficiëntere procedure gemaakt. In deze uitspraak oordeelde de High Court dat, ook voor de opening van de administration, voorbereide pre-packs toelaatbaar zijn en bevestigde dat de administrator voor het aangaan van de transactie geen toestemming van de rechter of crediteuren nodig heeft om de onderneming te verkopen. De High Court was van mening dat een administrator beter in staat is te oordelen over de staat van de onderneming dan een rechter. Tot slot oordeelt de High Court in deze uitspraak dat, bij de beoordeling of de onderneming tot de administration moet worden toegelaten, niet enkel naar de verkoopprijs van de onderneming moet worden gekeken, maar dat de administrator ook rekening moet houden met de maatschappelijke belangen, zoals het behoud van werkgelegenheid.

De uitspraak *Hellas Telecommunications*⁹⁴ is een bevestiging van de uitspraak *DKLL Solicitors*. In *Hellas Telecommunications* oordeelt de High Court dat de rechtbank twee vragen dient te beantwoorden om te bepalen of de onderneming tot de administration kan worden toegelaten. De eerste vraag is of de onderneming daadwerkelijk insolvent is. De tweede vraag is of de administrator voldoet aan ex par. 3, Sch. B1 Insolvency Act 1986. De rechtbank hoeft bij deze tweede vraag niet te kijken of er eventueel een beter resultaat behaald kan worden via een andere procedure. De High Court geeft in deze uitspraak de administrator nadrukkelijk de vrijheid om een pre-pack te realiseren.

In de uitspraak *Re Kayley Vending*⁹⁵ heeft de High Court nadere richtlijnen vastgesteld voor de toepassing van de pre-pack, waarbij waarde aan de richtlijn SIP 16 wordt toegekend.

De High Court oordeelde in deze uitspraak dat bij een verzoek om administration dezelfde informatie verstrekt moet worden aan de rechtbank dan de informatie die verstrekt moet worden aan de unsucured schuldeisers (schuldeisers zonder zekerheidsrecht) op grond van SIP 16. De richtlijn SIP 16 blijft ondanks deze uitspraak niet bindend. Tevens heeft de High Court in *Keyley Vending* geoordeeld dat de rechtbank op grond van par. 13, Sch. B1, Insolvency Act 1986 een discretionaire bevoegdheid heeft om de kosten voor vergoeding (de kosten die de beoogde administrator heeft gemaakt voorafgaande

⁹² Chancery Division 27 april 2004, *Re Transbus International Ltd* [2004] EWHC 932 (Ch).

⁹³ High Court of Justice of Chancery Division 6 maart 2007, *DKLL Solicitors v Revenue and Customs* [2007] EWHC 2067 (Ch).

⁹⁴ High Court of Justice Division 26 november 2009, *Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA* [2009] EWHC 3199 (Ch).

⁹⁵ High Court of Justice Division 15 mei 2009, *Re Kayley Vending* [2009] EWHC 904 (Ch).

aan de administration) toe te wijzen.

De rechtbank dient te oordelen of de schuldeisers daadwerkelijk voordeel hebben gehad bij de werkzaamheden die door de administrator zijn verricht.

5.6. Kritiek op de pre-pack

In deze paragraaf kijken we naar de kritiek die vooral in de Engelse media is ontstaan op de pre-pack procedure.⁹⁶ Bij een (eventuele) Nederlandse pre-pack zijn dit aandachtspunten om tot een succesvolle pre-pack in Nederland te komen. De voornaamste punten van kritiek in de Engelse literatuur betreffen:

1. Strijdigheid met de Enterprise Act 2002;
2. Gebrek aan transparantie;
3. Ongereguleerde honorering van administrators;
4. Belangenconflicten;
5. 'Phoenix company'.

5.6.1. Strijdigheid met de Enterprise Act

Het eerste kritiekpunt is dat de pre-pack procedure geen wettelijke grondslag heeft in de Insolvency Act 1986. De praktijk wijkt af van het wettelijke model: het begin van het proces in het wettelijke model is het eind van het proces van de pre-pack.⁹⁷ Tevens is bepaald in de jurisprudentie dat de unsecured schuldeisers geen betrokkenheid hebben in het proces en achteraf met de pre-pack worden geconfronteerd. Doordat er geen wettelijke basis is en wettelijk toezicht ontbreekt, ontstaat er ruimte voor misbruik.

5.6.2. Gebrek aan transparantie

Een tweede kritiekpunt op de pre-pack is het gebrek aan transparantie. Uit de jurisprudentie vloeit namelijk voort dat een pre-pack geen instemming van de unsecured schuldeisers behoeft. De unsecured schuldeisers hebben zo geen inzicht in de wijze waarop de prijs tot stand komt in de periode voor de opening van de administration. De unsecured schuldeisers hebben zo geen gelegenheid om hun belangen te beschermen. De Insolvency Service heeft om deze reden de richtlijn SIP 16 opgesteld (zie paragraaf 4.3.2.).

5.6.3. Honorering

Een derde kritiekpunt is dat er een gebrekkige basis bestaat voor de administrators in de pre-pack fase. Het is niet duidelijk op welk moment de kosten van de administrator dienden te worden betaald. De kosten worden soms aangemerkt als boedelkosten en soms moet de onderneming de kosten van de beoogde administrator pre-benoemingsfase vooraf betalen.

In 2008 heeft een aanpassing van de Insolvency Rules plaatsgevonden. In de Insolvency Rules wordt een juridische basis gegeven voor de vergoeding van de kosten in de voorfase. De kosten voor werkzaamheden in de pre-benoemingsfase kunnen worden aangemerkt als boedelkosten. De administrator dient wel tot in detail uit te zetten welke werkzaamheden hij heeft verricht, waarom deze werkzaamheden noodzakelijk waren en hoe deze werkzaamheden hebben bijgedragen aan het bereiken van één van de wettelijke doeleinden.⁹⁸

⁹⁶ PLC, 'Pre-packs in administration: a quick guide', Corporate Practical Law.

⁹⁷ Stephan Davkes QC, 'Pre-pack – he who pays the piper calls the tune', *Recovery Summer* 2006, p.18.

⁹⁸ Rule 33, Insolvency Rules 2008.

5.6.4. Belangenconflict

Een vierde kritiekpunt is het belangenconflict. Een administrator die door de bestuurders van de onderneming bij de onderneming wordt betrokken en later ook door de bestuurders tot administrator zal worden benoemd, is mogelijk geneigd een voorgestelde verkoop van de onderneming aan datzelfde management minder kritisch te beoordelen. Op 1 januari 2009 trad naast de SIP 16 ook de Code of Ehtics for Insolvency Practitioners in werking. Deze Code of Ethics is opgesteld om belangenconflicten zoveel mogelijk uit de weg te gaan.

5.6.5. 'Phoenix companies'⁹⁹

Tot slot bestaat het kritiekpunt dat de pre-pack kan worden vergeleken met een 'Phoenix company'. Een pre-pack kan door het bestuur van een onderneming worden misbruikt. Als een onderneming wordt verkocht en men hevelt activa over naar een nieuwe onderneming en men laat de passiva achter in de oude onderneming, dan is de nieuwe onderneming schuldenvrij. Als het bestuur de onderneming tegen (een te lage prijs) terugkoopt, dan maakt het bestuur misbruik van de pre-pack. In zo'n geval spreekt men van een 'Phoenix company'.

5.7. Vergelijking praktijk Engeland. vs. praktijk Nederland

De procedure die zich in de praktijk in Nederland voordoet in de praktijk in Engeland zijn in kaart gebracht. Tussen beide praktijken kan nu een (rechts)vergelijking worden gemaakt, waarbij de verschillen tussen beide procedures uiteengezet zijn:

- In Engeland is er in de rechtspraak bepaald dat er voor de verkoop van de activa geen toestemming nodig is van de rechtbank. In de Engelse pre-pack ontbreekt het rechterlijk toezicht. De High Court heeft geoordeeld dat dat een administrator beter in staat is te oordelen over de staat van de onderneming dan een rechter. De rechterlijke goedkeuring kan er ook voor zorgen dat het proces wordt vertraagd.

In de Nederlandse praktijk is er voor de verkoop van de activa de rechtelijke goedkeuringstoets van de rechter-commissaris nodig. Dit zou de procedure kunnen vertragen, maar het toezicht van de rechter-commissaris zou er ook voor kunnen zorgen dat de procedure wordt gewaarborgd en dat gevallen van misbruik worden voorkomen.

- In Engeland wordt de beoogde administrator benoemd door het bestuur van de onderneming, de aandeelhouders of de floating charge houders. Doordat een administrator door de bestuurders van de onderneming bij de onderneming wordt betrokken en later ook door de bestuurders tot administrator zal worden benoemd, is de administrator mogelijk geneigd een voorgestelde verkoop van de onderneming aan datzelfde management minder kritisch te beoordelen.

In Nederland wordt de toekomstige curator ofwel de stille bewindvoerder door de rechtbank benoemd. De toekomstige curator heeft door zijn benoeming door de rechtbank een onafhankelijke positie. Belangenconflicten kunnen op deze manier worden voorkomen.

- In Engeland was het op grond van de Insolvency Act 1986 een vereiste dat voor

⁹⁹ Een phoenix is een fabeldier uit de Griekse mythologie dat in staat is om uit zijn eigen as herboren te worden.

de verkoop van de activa dat de rechtbank en de secured crediteuren hun goedkeuring verleenden. In de rechtspraak zijn echter uitzonderingen ontstaan, waarbij de administrator voor de verkoop van de activa geen goedkeuring meer behoeft van de rechtbank en de secured crediteuren.

In Nederland is voor de verkoop van de activa wel instemming vereist van de rechter-commissaris, maar schuldeisers spelen in de Nederlandse pre-pack praktijk geen rol. Toestemming van de crediteuren voor de verkoop van de activa is dan ook geen vereiste.

5.8. Conclusie

Een herstructureringsprocedure waar in Engeland al veelvuldig en met succes gebruik van wordt gemaakt, is de pre-pack administration. De pre-pack administration heeft in Engeland geen wettelijke grondslag, maar het is een figuur die in de praktijk is ontstaan en door middel van de rechtspraak verder is uitgewerkt. De uitspraak DKLL Solicitors is een belangrijke uitspraak geweest voor de pre-pack administration. Sinds deze uitspraak is de pre-pack een geaccepteerde methode om een doorstart voor te bereiden. In de uitspraak DKLL Solicitors heeft de High Court bevestigd dat de administrator voor het aangaan van de transactie geen toestemming van de rechter of schuldeisers nodig heeft om de onderneming te verkopen.

In de Engelse pre-pack hebben de secured schuldeisers een sterke positie. Zij krijgen veelal een groot deel van hun vordering voldaan. De positie van de unsecured schuldeisers is daarentegen minder sterk. Om te positie van de unsecured schuldeisers te versterken is richtlijn SIP 16 ontwikkeld. Volgens deze richtlijn dienen de unsecured schuldeiser te worden voorzien van een uitgebreide toelichting en rechtvaardiging waarom een pre-pack verkoop werd ondernomen, zodat de schuldeisers overtuigd kunnen raken dat de administrator in zijn handelen rekening heeft gehouden met de belangen van de schuldeisers.

6. DE TOEKOMST VAN DE PRE-PACK IN NEDERLAND

In dit hoofdstuk wordt het toekomstbeeld van de betrokken partijen bij een Nederlandse pre-pack in kaart gebracht.

6.1. Toekomstbeeld Commissie Insolad

Naar aanleiding van commentaar van insolventierechtadvocaten in de media dat de Faillissementswet toe is aan hervormingen, heeft de Minister van Justitie in een brief aan de Tweede Kamer van 27 november 2012¹⁰⁰ aangekondigd de Faillissementswet te willen moderniseren. De minister noemt als één van de maatregelen om het reorganiserend vermogen van bedrijven te versterken, de invoering van een vorm van stille bewindvoering. De Commissie Aanpassing Faillissementswet van Insolad heeft in aansluiting daarop op 13 december 2012 een voorstel aan de minister aangeboden, waarin onder meer de mogelijkheid wordt geopend tot benoeming van een gerechtelijk insolventieadviseur buiten faillissement.

Het voorstel is volgens Commissie Insolad bedoeld om geconstateerde gebreken in het Nederlandse insolventierecht weg te nemen. Daarbij is vooral gelet op wetgeving uit Engeland, omdat Engeland wordt gezien als meeste geschikte jurisdictie voor financiële herstructureringen. Commissie Insolad heeft met dit voorstel bedoeld om de wetgever een handvat te bieden dat zijn grondslag heeft in de praktijk. Hieronder wordt gekeken naar Titel IV van het voorstel, omdat deze titel van toepassing is op stille bewindvoering.

Titel IV (Insolad Aanpassing Faillissementswet)

Een schuldenaar kan, indien hij redelijkerwijs voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan, de rechtbank verzoeken een gerechtelijk insolventieadviseur aan te stellen.¹⁰¹ Dit verzoek dient vergezeld te gaan met een lijst van baten en lasten, een liquiditeitsprognose en een opgave van zekerheid voor voldoening van de kosten en de beloning van de gerechtelijke insolventieadviseur.¹⁰² De rechtbank zal een gerechtelijk insolventieadviseur en een lid van de rechtbank benoemen tot rechter-commissaris.¹⁰³

De rol van de gerechtelijke insolventieadviseur buiten insolventie is het adviseren van de schuldenaar over zijn mogelijkheden tot het continueren van de bedrijfsvoering buiten faillissement. Daarnaast kan de insolventieadviseur een rol spelen bij de pre-pack door een beoogde doorstart voor de faillietverklaring of surseanceverlening voor te bereiden. Waardevernietiging kan op deze manier zo zoveel mogelijk worden voorkomen.

Het voorstel tot aanpassing van de Faillissementswet van de Commissie Insolad kan gezien worden als een uitbreiding van de pre-pack praktijk zoals deze nu gaande is. Bij titel IV zijn wel kanttekeningen te plaatsen. In het voorstel wordt gesproken van een gerechtelijk insolventieadviseur, waar het zijn hoofdtaak is het adviseren van de onderneming tot het continueren van de bedrijfsvoering buiten faillissement. Op dit moment is stille bewindvoering gericht op het onderzoeken naar eventuele doorstartmogelijkheden vanuit faillissement. Hiervoor is, zo blijkt uit de interviews en de jurisprudentie, in eerste instantie geen wetswijziging nodig.

Daarnaast heeft op dit moment de stille bewindvoerder niet de taak om op te treden als

¹⁰⁰ Kamerstukken II, 2012/2013, 29 911 nr.74.

¹⁰¹ Art.361a Voorstellen Wijzigingen Faillissementswet Commissie INSOLAD.

¹⁰² Art 361b Voorstellen Wijzigingen Faillissementswet Commissie INSOLAD.

¹⁰³ Art 361c Voorstellen Wijzigingen Faillissementswet Commissie INSOLAD.

adviseur van de onderneming, maar hij heeft enkel de taak om zich te informeren en de belangen te dienen van de gezamenlijke schuldeisers. Een mogelijk belangenconflict kan ontstaan wanneer de stille bewindvoerder op verzoek van de onderneming deze onderneming adviseert. Tevens dient te worden afgevraagd of dit voorstel tot aanpassing van de Faillissementswet niet de zoveelste poging tot wijziging is van het insolventierecht. Het vorige Voorontwerp van de Faillissementswet van de Commissie Kortmann¹⁰⁴, waarin al wordt gesproken tot aanstelling van een stille bewindvoerder, is door de minister van Veiligheid en Justitie verworpen omdat het voorstel te controversieel zou zijn. De kans bestaat dat ook het voorstel van de Commissie Insolad in de la verdwijnt. Gezien het feit dat Duitsland, België en Frankrijk al wel de stille bewindvoerder in hun wetgeving hebben opgenomen, is de kans toegenomen dat ook de Nederlandse wetgeving zal worden aangepast.

6.2. Toekomstbeeld Tollenaar

Tollenaar gaf tijdens het congres Eyes on Insolvency¹⁰⁵ in Amsterdam zijn visie over de toekomst van de stille bewindvoerder. De stille bewindvoerder zou volgens Tollenaar nog andere functies, behalve het voorbereiden van een doorstart vanuit faillissement, kunnen vervullen.

- Het tot stand brengen of voorbereiden van een doorstart buiten faillissement.
- De stille bewindvoerder zou naar analogie met de Engelse pre-pack als een “receiver” buiten faillissement het pandrecht op de onderneming kunnen uitwinnen. De stille bewindvoerder zou dan belast zijn met de taak om de onderneming als going concern geheel buiten faillissement te verkopen.
- De stille bewindvoerder kan adviseren en/of aanbieden van een akkoord.
- De stille bewindvoerder kan als een door de rechtbank benoemde deskundige, de rechtbank voorlichten over de financiële situatie van de onderneming in het kader van een verzoek tot faillietverklaring.¹⁰⁶

Ook bij het voorstel van Tollenaar om de rol van stille bewindvoerder uit te breiden zijn kanttekeningen te plaatsen. Het voorstel is voorbarig. Op dit moment zijn er tussen rechtbanken grote verschillen omtrent het beleid met betrekking tot de pre-pack. Om een succesvolle Nederlandse pre-pack te realiseren, zal eerst het vertrouwen in de pre-pack bij de rechtbanken moeten groeien, voordat er nagedacht kan worden over een mogelijke uitbreiding van de rol van de stille bewindvoerder. Daarnaast zijn deze wijzigingen enkel door middel van een wetswijziging uit te voeren.

6.3. Andere toekomstbeelden

Op dit moment liggen er buiten de onder 6.1 en 6.2 beschreven visies geen andere formele visies van aanpassing van de faillissementswet op tafel.

De rechtbanken in Nederland zijn op dit moment verdeeld in hun standpunt of een pre-pack rechtsgeldig is en kan worden toegepast. Volgens faillissementsrechter Neijt is het in de toekomst van belang om de pre-pack te codificeren. Dit om de rechtszekerheid en de bekendheid omtrent de pre-pack te waarborgen. Ondernemingen en rechtbanken zijn

¹⁰⁴ Voorontwerp Insolventiewet, Voorstel commissie Kortmann, 1 november 2007.

¹⁰⁵ Eyes on Insolvency is een congres over hervormingen van het Nederlandse Insolventierecht. Dit congres is gehouden op 18 april 2012 te Amsterdam.

¹⁰⁶ N.W.A. Tollenaar (RESOR), ‘Nederland weer terug als financieel centrum! Een houtskoolschets voor hervorming’, *Eyes on Insolvency*, 17 april 2013, p.33.

door het codificeren van de pre-pack op de hoogte van het bestaan en het rechtsgeldig aanstellen van een stille bewindvoerder voorgaand aan de surseance of het faillissement.

Op dit moment is er geen visie van de partij Recofa bekend. Recofa heeft (nog) geen (wet)voorstel gepubliceerd zoals Insolad dat wel heeft gedaan.

De curatoren zoeken op dit moment op persoonlijke titel de publiciteit en proberen om op deze wijze de wetgevende macht te beïnvloeden om de stille bewindvoerder geaccepteerd te krijgen (zie de interviews in Het Parool en het NRC Handelsblad met de heer Deterink).

Andere visies kunnen worden ontleend aan de rechtsvergelijking met betrekking tot de recente ontwikkelingen in Duitsland, België, Frankrijk, Oostenrijk, Spanje en Griekenland. Al deze landen hebben recent hun faillissementswetgeving aangepast en naar de het Engelse voorbeeld van de pre-pack een vorm van 'stille bewindvoerderschap' ingevoerd.

7. AANDACHTSPUNTEN PRE-PACK

Uit de literatuur en de interviews met de insolventiedeskundigen komen enkele aandachtspunten naar voren waarop gelet dient te worden wanneer men een pre-pack wil toepassen. De meest genoemde aandachtspunten zullen in dit hoofdstuk worden besproken.

7.1. Ongeoorloofde handelingen

In deze paragraaf worden enkele aandachtspunten en juridische consequenties beschreven waar men op dient te letten bij de toepassing van de pre-pack. Het kan zijn dat de onderneming bij het inschakelen van een stille bewindvoerder ter voorbereiding van een activatransactie uit faillissement nadrukkelijk het faillissement van de onderneming voorziet. Dit levert aandachtspunten op in verband met Beklamel-aansprakelijkheid, de faillissementspauliana en de selectieve betaling.¹⁰⁷

7.1.1. Beklamel-aansprakelijkheid

Volgens de Beklamel-norm die in het arrest Beklamel¹⁰⁸ is ontstaan, handelt een bestuurder van de onderneming onrechtmatig jegens een schuldeiser, als hij namens de onderneming verplichtingen is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijs moest begrijpen dat de onderneming niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en hij geen verhaal kan bieden voor de schade die de schuldeisers op grond daarvan zouden lijden. De schuldeisers zijn bevoegd om een bestuurder van een onderneming aansprakelijk te stellen op grond van een onrechtmatige daad. Van belang hierbij is dat de bestuurder van zijn handelen een voldoende ernstig persoonlijk verwijt kan worden gemaakt.

Bij een pre-pack is het de bedoeling dat de stille bewindvoerder een verkoop voorbereidt, de onderneming voortzet om de waarde te behouden. Tijdens deze voorfase gaat de onderneming verplichtingen aan in het kader van de bedrijfsuitvoering, terwijl hij weet dat dat de onderneming niet aan de verplichtingen kan voldoen en er een faillissement volgt.

7.1.2. Faillissementspauliana

Bij de toepassing van de pre-pack is ook de faillissementspauliana een aandachtspunt. Er is sprake van een faillissementspauliana indien de onderneming voor faillissement onverplichte rechtshandelingen heeft verricht en waarvan de onderneming wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn.

Betalingen die in de pre-pack fase worden verricht kunnen als paulianeus worden aangemerkt, maar de betalingen die voor de voortzetting van de onderneming in de pre-pack fase noodzakelijk zijn, worden geacht de boedel te dienen. Het is redelijk om te veronderstellen dat voortzetting van de bedrijfsactiviteiten gedurende het verkoopproces in de voorfase tot waardebehoud en een hogere verkoopopbrengst zal leiden. Partijen mogen er dan van uitgaan dat betalingen die noodzakelijk zijn voor de bedrijfsvoortzetting niet benadelen en in beginsel niet paulianeus zijn.¹⁰⁹

7.1.3. Selectieve betalingen

Wanneer een betaling niet paulianeus is, is het nog wel mogelijk dat een transactie onrechtmatig is op grond van het leerstuk van de selectieve betaling. Onder selectieve betalingen wordt de situatie verstaan waarin de onderneming voor het faillissement nog enkele schuldeisers voldoet, wetende dat zijn financiële verplichting zodanig is dat hij niet

¹⁰⁷ Tollenaar 2011.

¹⁰⁸ HR 6 oktober 1989, NJ 1990, 286.

¹⁰⁹ Tollenaar 2011.

meer aan zijn verplichtingen zal kunnen voldoen en dus andere schuldeisers onbetaald zal achterlaten.¹¹⁰ De hoofdregel is dat selectieve betaling van schulden buiten faillissement geoorloofd is. De selectieve betaling van schuldeisers kan onder omstandigheden onrechtmatig zijn, indien duidelijk is dat er een faillissement aan zal komen en er sprake zal zijn van een tekort.

In de pre-pack fase geldt dat selectieve betalingen die voor de bedrijfsvoortzetting noodzakelijk zijn, in de regel het belang van de boedel dienen. Maar selectieve betalingen daarentegen die niet het belang van de boedel dienen, zouden in de pre-pack fase tot aansprakelijkheid van de bestuurders van de onderneming kunnen leiden, ook al zijn deze betalingen niet paulianeus.¹¹¹

7.2. Overige aandachtspunten

In deze paragraaf komen nog enkel andere aandachtspunten aan de orde waar men bij het toepassen van een pre-pack op dient te letten.

7.2.1. De rechtbank

Het is nog afhankelijk per rechtbank of er een stille bewindvoerder kan worden benoemd in het kader van een surseance/faillissementsaanvraag. In het ene arrondissement kan op een meer welwillende benadering worden gerekend dan in het andere arrondissement (zie ook figuur 3 in paragraaf 4.5.).

7.2.2. Voortijdig bekend raken

De pre-pack veronderstelt dat de voorbereiding van de activatransactie achter de schermen kan plaatsvinden. Tijdens de voorbereiding zal het risico ontstaan dat de pre-pack voortijdig bekend wordt en dat de partijen die betrokken zijn bij de verkoop van de onderneming in tijdnood komen.¹¹²

Daarnaast is het een aandachtspunt dat de schuldeisers die door de stille bewindvoerder betrokken worden in de voorfase zich stil houden. Wanneer bekend wordt dat een onderneming verkeert in financiële problemen, zullen de werknemers, leveranciers zich alsnog terugtrekken. Het evidente voordeel van de pre-pack is dan weg.

7.2.3. Inspraak schuldeisers/transparantie

De pre-pack wordt achter de schermen voorbereid. Het is mogelijk dat de schuldeisers zich voor een voldongen feit geplaatst voelen en daarbij trachten de uitvoering van de transactie te voorkomen dan wel te bemoeilijken door verzet aan te tekenen tegen de faillietverklaring¹¹³ dan wel te trachten in rechte uitvoeringsmaatregelen te laten verbieden.¹¹⁴

De insolventiedeskundigen noemen als aandachtspunt dat de schuldeisers in een regulier faillissement bij verzoekschrift tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris kunnen opkomen, of van deze een bevel uitlokken, omdat dat de curator een bepaalde handeling verrichte of een voorgenomen handeling nalaten.¹¹⁵ Bij een pre-pack is er sprake van een besloten procedure, daar de schuldeisers dus niet weten wat er in de voorfase van het faillissement afspeelt en de tijd voor de schuldeisers om zo'n verzoek in

¹¹⁰ Faber e.a. 2008, p.239.

¹¹¹ Zie ook Tollenaar 2011.

¹¹² E. Loesberg, 'Heiligt het doel de middelen. Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk*, 2013/1.

¹¹³ Art.10 Fw.

¹¹⁴ Loesberg 2013.

¹¹⁵ Art. 69 Fw.

te dienen beperkt is. Transparantie van wat er zich in de voorfase heeft afgespeeld is daarom van grote waarde. De rechtbank Oost-Brabant stelt verplicht dat er in het faillissementsverslag wordt vermeld dat er voorafgaand aan het faillissement een stille bewindvoerder is geweest en welke handelingen deze stille bewindvoerder heeft verricht, zodat blijkt dat de stille bewindvoerder heeft gehandeld in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.

7.2.4. Belangenconflict

De stille bewindvoerder moet in de pre-pack fase bedacht zijn op het bewaken van de belangen van de schuldeisers. In het geval de onderneming de rechtbank verzoekt tot het aanstellen van een stille bewindvoerder zal de onderneming verwachten dat de stille bewindvoerder optreedt in het belang van de onderneming. Hoewel de onderneming (of de schuldeiser) verzoekt om een stille bewindvoerder zal de stille bewindvoerder altijd de belangen van de schuldeisers behartigen.

8. Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk wordt antwoord worden gegeven op de centrale onderzoeksvraag. Tevens zullen er aanbevelingen worden gegeven hoe in Nederland een succesvolle doorstart met de pre-pack gerealiseerd kan worden.

De centrale onderzoeksvraag luidt:

Hoe kan een succesvolle doorstart met de pre-pack gerealiseerd worden, gelet op de reguliere doorstart van een insolvente onderneming in de insolventiepraktijk en gelet op de beschrijving van de theorie van een pre-pack en de toepassing ervan in de praktijk in Nederland en Engeland, mede gezien de betrokken literatuur, jurisprudentie en het wetsvoorstel?

8.1. Conclusies

In Nederland wordt gesproken van een insolvente onderneming wanneer een onderneming in een staat verkeert waarin een onderneming niet aan zijn financiële verplichtingen kan voldoen. De Faillissementswet kent twee instrumenten die de gevolgen regelen van onvermogen van een onderneming om zijn verplichtingen na te komen: het faillissement en de surseance van betaling. De surseance van betaling werkt echter al jaren niet bevredigend, bijna alle surseances eindigen in een faillissement.

Het is voor een insolvente onderneming mogelijk om een doorstart te maken, wanneer de curator dit in het belang acht van de boedel. Een doorstart geschiedt meestal aan de hand van een activatransactie, waarbij de noodzakelijke activa (en passiva) worden overdragen aan een andere onderneming. De doorstart vanuit activatransactie is een op zich zelf goed werkende procedure om een onderneming te herstructureren; de activatransactie is een snelle doorstartmethode. Een nadeel echter van deze snelheid is dat vaak geen hoge prijs zal worden verkregen, dit mede gelet op de externe bekendheid van de insolventiestatus van de onderneming.

In de praktijk wordt een doorstart voorbereid door middel van een “pre-pack”. In de Nederlandse pre-pack verzoekt een onderneming met betalingsproblemen de rechtbank om een surseance van betaling of om een faillissement. Daarbij verzoekt de onderneming via een begeleidend schrijven tevens om de aanstelling van een stille bewindvoerder. Ook een schuldeiser kan verzoeken om de benoeming van een stille bewindvoerder. De stille bewindvoerder wordt door de rechtbank (in een tussenbeschikking) aangesteld. Door de rechtbank wordt getoetst of de aanstelling van een stille bewindvoerder een zekere meerwaarde heeft en dat extra waardeverlies kan worden vermeden. Tevens moet zijn voldaan aan de vereisten voor de indiening van een surseance of een faillissement. De rechtbank benoemt voorafgaand aan de surseance of het faillissement ook een rechter-commissaris.

De Nederlandse pre-pack is een manier van werken in de praktijk die niet ondersteund wordt door de wet. Door middel van literatuuronderzoek en het houden van interviews is onderzocht waar de betrokkenheid van een stille bewindvoerder en rechter-commissaris voorafgaand aan het faillissement op is gebaseerd en wat de juridische achtergrond is van de Nederlandse pre-pack. Er zijn verschillende aanknopingspunten voor de toepassing van de pre-pack gevonden:

- *(Wettelijke) grondslag*
Uit het interview met de heer Neijt blijkt (dit is tevens bevestigd door de Hoge Raad, 11 april 2008, LJV BC 2721) dat wanneer de Faillissementswet niet volledig toereikend is, het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ook van toepassing kunnen zijn om de Faillissementswet aan te

vullen. Volgens de heer Neijt kunnen de artikelen 284 jo. 194 Rv, waar de rechtbank kan bevelen een deskundige te benoemen, gezien worden als grondslag voor het benoemen van een stille bewindvoerder. Dit blijkt ook uit de eerste pre-pack tussenbeschikking die de heer Neijt heeft gewezen.

Daarnaast is gebleken uit het interview met de heer Neijt dat de benoeming van een stille bewindvoerder voorafgaand aan de surseance of het faillissement kan worden gezien als een uitbreiding van een procedure die al jaren in de praktijk werd toegepast. De bewindvoerder/curator die de rechtbank van plan was te benoemen in de surseance/het faillissement werd al enkele dagen van te voren op de hoogte gesteld om na te gaan of hij vrij was. Ook werd hij al voorzien van de nodige informatie.

- *Jurisprudentie*

Er zijn drie uitspraken omtrent de pre-pack gepubliceerd. Uit deze drie pre-packuitspraken kunnen twee conclusies worden getrokken: (i) een deskundige (een stille bewindvoerder) kan worden benoemd indien uit de feiten en omstandigheden onvoldoende is gebleken dat de onderneming verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen en (ii) een pre-pack is toegestaan indien uit de eigen aangifte van de schuldenaar niet genoegzaam is gebleken dat hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.

De pre-pack jurisprudentie kan worden gezien als een overbrugging van de kloof tussen de wetgeving en de praktijk in de fase voordat de surseance of het faillissement van een onderneming wordt uitgesproken. Het is echter op dit moment nog afhankelijk van de rechtbank en haar beleid of het verzoek tot stille bewindvoerder ook daadwerkelijk wordt ingewilligd.

- *Insolventiedeskundigen*

Het veelbesproken en toonaangevende artikel '*Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!*' van Tollenaar in het Tijdschrift voor Insolventierecht kan worden gezien als aanknopingspunt voor de totstandkoming van de Nederlandse pre-pack. Dit artikel bepleit de introductie van de Nederlandse pre-pack en heeft eveneens geleid tot de totstandkoming van de praktijk zoals deze nu gaat. De heer Neijt heeft in het interview aangegeven dat hij mede geïnspireerd door het artikel, de eerste pre-pack beschikking heeft gewezen.

- *Ervaringen buitenland*

In Engeland wordt een met de Nederlandse pre-pack vergelijkbare procedure toegepast: de pre-pack administration. De Nederlandse procedure is ontstaan door succesvolle ervaringen met de pre-pack in Engeland. In Engeland wordt er sinds de invoering van de Enterprise Act 2002 al veelvuldig gebruik gemaakt van de pre-pack administration. De pre-pack administration heeft in Engeland evenmin een wettelijke grondslag, maar het ook daar een figuur die in de praktijk is ontstaan en door middel van de rechtspraak verder is uitgewerkt. De uitspraak DKLL Solicitors is een belangrijke uitspraak geweest voor de pre-pack administration. Deze uitspraak heeft ervoor gezorgd dat de pre-pack wordt geaccepteerd om een doorstart van een onderneming voor te bereiden. In deze uitspraak heeft High Court bevestigd dat de administrator voor het aangaan van de transactie geen toestemming van de rechter of schuldeisers nodig heeft om de onderneming te verkopen. Dit is een verschil met de Nederlandse pre-pack. In de Nederlandse pre-pack wordt de stille bewindvoerder benoemd door de rechtbank. Tevens houdt de rechter-commissaris in een Nederlandse pre-pack toezicht gedurende het proces en dient hij voor de verkoop van de onderneming zijn goedkeuring te verlenen.

De schuldeisers met zekerheidsrechten hebben in de pre-pack in Engeland een sterke positie. Zij krijgen veelal een groot deel van hun vordering voldaan. De positie van de unsecured schuldeisers is daarentegen minder sterk. Om de positie van de unsecured schuldeisers te versterken is de richtlijn SIP 16 ontwikkeld. Volgens deze richtlijn dienen de unsecured schuldeiser te worden voorzien van een uitgebreide toelichting en rechtvaardiging waarom een pre-pack verkoop werd ondernomen, zodat de schuldeisers overtuigd raken dat de administrator in zijn handelen, rekening heeft gehouden met de belangen van de schuldeisers.

Het faillissementsrecht in Nederland voldoet niet meer aan de eisen van deze tijd en is toe aan hervormingen. Door middel van moderne communicatiemiddelen is de transparantie hoog en daar waar het vroeger dagen duurde voordat een faillissement bekend werd, zijn leveranciers, afnemers en werknemers nu al binnen een paar uur op de hoogte. De pre-pack is een juridisch instrument dat inspeelt op deze snelheid. Door voorafgaand aan de surseance of het faillissement een stille bewindvoerder te benoemen om een doorstart voor te bereiden, wordt voorkomen dat leveranciers, afnemers en werknemers op de hoogte raken van het faillissement en zich terug trekken. Waardeverlies dat gepaard gaat met een faillissement kan door de pre-pack worden voorkomen.

De pre-pack is een figuur die, net zoals de Engelse pre-pack, in de praktijk is ontstaan. Er bestaat op het eerste gezicht in de Faillissementswet geen wettelijke grondslag, maar art. 284 jo. 194 Rv kunnen als grondslag worden gezien. De schuldenaar (de onderneming met betalingsproblemen) en schuldeisers kunnen verzoeken om een pre-pack. De deskundige, als stille bewindvoerder, onderzoekt in eerste instantie of er mogelijkheden zijn om de onderneming buiten faillissement te continueren in afgeslankte vorm, al dan niet in de huidige vorm. Wanneer een faillissement onvermijdelijk blijkt te zijn, wordt door het vooraf aanwijzen van de toekomstige curator en de rechter-commissaris bevorderd dat de waarde van de onderneming wordt gemaximaliseerd.

In eerste instantie is een wetswijziging dus niet noodzakelijk, maar om de pre-pack tot een succesvol juridisch instrument te maken, moet deze toegankelijk zijn voor ondernemingen. Om ondernemingen te wijzen op het bestaan van de pre-pack is het codificeren van de pre-pack in de Faillissementswet van belang. Rechtbanken zullen op deze manier ook bekender raken met de stille bewindvoerder.

Om een succesvolle doorstart met een pre-pack te bewerkstelligen, zijn er nog een aantal andere aandachtspunten:

- **Ongeoorloofde handelingen:** beklamel-aansprakelijkheid, faillissementspauliana en selectieve betalingen.
- **Voortijdig bekend raken:** de pre-pack veronderstelt dat de voorbereiding van de activatransactie achter de schermen kan plaatsvinden. Tijdens de voorbereiding zal het risico ontstaan dat de pre-pack voortijdig bekend wordt en dat de partijen die betrokken zijn bij de verkoop van de onderneming in tijdnood komen.
- **Verzet schuldeisers:** de pre-pack wordt achter de schermen voorbereid. Het is mogelijk dat de schuldeisers zich voor een voldongen feit geplaatst voelen en daarbij trachten de uitvoering van de transactie te voorkomen dan wel te bemoeilijken door verzet aan te tekenen tegen de faillietverklaring. Transparantie van het verkoopproces kan dit voorkomen.
- **Belangenconflict:** de stille bewindvoerder moet in de pre-pack fase bedacht zijn

op het bewaken van de belangen van de belangen van de crediteuren. Doordat de onderneming verzoekt tot het aanstellen van een stille bewindvoerder zal de onderneming verwachten dat de stille bewindvoerder optreedt in de belangen van de onderneming.

Als mijn opdrachtgever bovenstaande elementen in acht neemt, is het succesvol uitvoeren van een pre-pack in de praktijk, zoals dat in de doelstelling verwoord is, zeker mogelijk.

8.2. Aanbevelingen

Om een succesvolle doorstart met de pre-pack te kunnen bewerkstellingen, kunnen de volgende aanbevelingen worden gegeven.

- *Het codificeren van de pre-pack*

Om een succesvolle Nederlandse pre-pack te kunnen bewerkstelligen is het een aanbeveling om de pre-pack op te nemen in de Nederlandse Faillissementswet. Het opnemen van één artikel in de Faillissementswet, waarin staat dat het voor een onderneming mogelijk is om voorafgaand aan het faillissement een deskundige/stille bewindvoerder te benoemen die eventuele doorstartmogelijkheden onderzoekt, is al voldoende voor de toepassing van een pre-pack. Met het codificeren van de pre-pack ontstaat rechtszekerheid voor de ondernemingen en rechtbanken raken bekend met de figuur de pre-pack.

Recofa en Insolad zouden een nuttige functie kunnen vervullen met betrekking tot het codificeren van de pre-pack. Recofa en Insolad kunnen aandringen bij de minister tot wetgeving. De meeste advocaten van AKD van de praktijkgroep ondernemingsrecht, insolventierecht- en procesrecht zijn lid van de nationale specialistenvereniging voor insolventierecht, Insolad. Zij zouden als lid van Insolad invloed kunnen uitoefenen op regelgeving.

Daarnaast zouden Recofa en Insolad zelf richtlijnen en beleidsregels kunnen opstellen waarin de rol van de stille bewindvoerder en de rechter-commissaris in het proces nader wordt omschreven.

- *Richtlijn transparantie opstellen*

Het is een aanbeveling om een richtlijn op te stellen waarbij de transparantie van het proces voor de schuldeisers wordt gewaarborgd. In deze richtlijn staat geregeld dat de stille bewindvoerder zich in de surseance en/of het faillissementsverslag te verantwoorden. De stille bewindvoerder dient in het verslag gedetailleerd te omschrijven hoe het verkoopproces is verlopen, waarbij hij duidelijk maakt dat hij heeft getracht het beste resultaat te bereiken voor de schuldeisers. Door openheid van zaken te geven zullen de schuldeisers de mogelijkheid om verzet aan te teken tegen de faillietverklaring sneller laten vallen.

- *Onafhankelijkheid stille bewindvoerder en rechter-commissaris*

Het is een aanbeveling dat de stille bewindvoerder en de rechter-commissaris door de rechtbank zelfstandig worden geselecteerd. Doordat zij zelfstandig door de rechtbank worden geselecteerd ontstaat onafhankelijkheid en wordt de taak van de stille bewindvoerder en de rechter-commissaris om de belangen van de schuldeisers te bewaken, versterkt.

- *Rechterlijk toezicht tijdens de verkoop*

Om een succesvolle Nederlandse pre-pack te realiseren is het een aanbeveling om het toezicht van de rechter-commissaris tijdens de verkoop te behouden.

Een transactie onder toezicht van de rechter-commissaris is sterker dan een onderhandse transactie waarbij het onafhankelijke toezicht van de rechtbank ontbreekt.

- *Voorkomen dat een pre-pack voortijdig bekend raakt*
Om het risico te beperken dat een pre-pack voortijdig bekend raakt, dient de kring van personen en partijen die bij de voorbereiding van de doorstart betrokken zijn zo klein mogelijk te worden gehouden.
- *Belangenconflicten voorkomen*
Het is een aanbeveling om de rol van stille bewindvoerder te beperken tot rol van informant. Dit om het risico op een belangenconflict te beperken.
- *Waakzaamheid stille bewindvoerder*
Een stille bewindvoerder dient bedacht te zijn op ongeoorloofde handelingen van de onderneming in de voorfase, vooral wanneer een onderneming bij het inschakelen van een stille bewindvoerder ter voorbereiding van een activatransactie uit faillissement nadrukkelijk het faillissement van de onderneming voorziet. Alle handelingen en betalingen die de onderneming verricht in de voorfase moeten erop zijn gericht de boedel te dienen.
- *Oprichten interne kwaliteitscommissie*
Het is een aanbeveling voor AKD om een interne kwaliteitscommissie op te richten van twee of drie insolventieadvocaten die zich volledig hebben gespecialiseerd in stille bewindvoering. Zij kunnen aangesteld worden door de rechtbank als stille bewindvoerder. Tevens kunnen ze elkaar controleren of in het proces volledig de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden gediend.
- *Het opstellen van een intern beleid over de stille bewindvoerder*
Zolang er niets over stille bewindvoering in de wet is vastgelegd en Insolad geen praktijkregels heeft opgesteld, is het een aanbeveling voor AKD om het eigen beleid op te stellen en vast te leggen in interne richtlijnen hoe een stille bewindvoerder in de fase voorafgaand aan de surseance of het faillissement dient te handelen.
- *Optimaliseren communicatie tussen de rechtbanken en AKD met betrekking tot de stille bewindvoerder*
Het is een aanbeveling voor AKD om de verstandhouding tussen de rechtbanken en AKD op het gebied van stille bewindvoering te verbeteren. Rechtbanken zijn nog onvoldoende bekend met de pre-pack praktijk en de resultaten die daarmee kunnen worden behaald. Goede communicatie tussen de rechtbanken en de curatoren van AKD kunnen ervoor zorgen dat rechtbanken een verzoek tot een stille bewindvoerder (eerder) inwilligen.
- *Aanvullend en kwantitatief onderzoek naar de pre-pack*
Op dit moment zijn er nog te weinig zaken waarbij de pre-pack is toegepast om een uitspraak met significantie te kunnen doen of de toepassing van de pre-pack inderdaad, zoals door verschillende curatoren wordt bepleit, bijdraagt aan een succesvolle doorstart.
- *Rechtsvergelijkend onderzoek*
Het is een aanbeveling om een rechtsvergelijkend op te stellen naar de wijze waarop in Engeland, Duitsland, België, Frankrijk, Oostenrijk, Spanje en Griekenland de stille bewindvoerder in de faillissementswetgeving is vastgelegd.

9. EVALUATIE

In dit hoofdstuk wordt de reflectie weergegeven op het verloop van het proces, de betrouwbaarheid van het onderzoek en de wijze waarop het onderzoek is verricht.

Het onderzoek is gestart met het opstellen van een onderzoeksplan. Het opstellen van het onderzoeksplan verliep echter niet zonder slag of stoot, omdat op het eerste gezicht geen probleem leek te zijn met de toepassing van de Nederlandse pre-pack. Ook was de doelstelling van AKD met betrekking tot het onderwerp niet duidelijk. AKD wilde meer informatie over de pre-pack. Ze wilde zoal weten hoe je succesvol de pre-pack toepast, hoe een pre-pack procedure gaat en wat de rol van de stille bewindvoerder is ten tijde van een pre-pack. Om deze redenen was het niet eenvoudig om een goede probleembeschrijving, centrale vraag en deelvragen op papier te zetten. Het onderzoeksplan is dan ook gedurende de afstudeerperiode een aantal maal herschreven en geherformuleerd.

De pre-pack is een figuur die in de praktijk wordt toegepast, maar de pre-pack heeft geen grondslag in de Nederlandse wetgeving. Er zijn drie uitspraken die betrekking hebben op de pre-pack gepubliceerd. In de uitspraken van de rechtbank en het Hof 's-Hertogenbosch wordt een pre-pack mogelijk geacht. De rechtbank Maastricht is van mening dat de benoeming van een stille bewindvoerder in strijdig is met de wet. Hier ontstaat het probleem, want waar is de pre-pack die in de praktijk al wordt toegepast op gebaseerd en zijn er aanknopingspunten te vinden voor de toepassing van de Nederlandse pre-pack. Deze vormen de leidraad van mijn scriptie.

Om dit probleem te onderzoeken hebben interviews plaatsgevonden. De interviews zijn niet apart uitgewerkt in een bijlage, omdat de antwoorden op de interviewvragen letterlijk zijn verwerkt in de tekst. Tijdens het uitwerken van de antwoorden kan de validiteit enigszins aangetast zijn door onjuiste interpretatie van de antwoorden tijdens de interviews. De antwoorden van de insolventiedeskundigen kwamen echter zo met elkaar overeen, dat de betrouwbaarheid van dit onderzoek behouden blijft.

De deskundigen die meegewerkt hebben aan dit onderzoek zijn van mening dat een pre-pack een waardevolle methode is om een doorstart van een (insolvente) onderneming voor te bereiden. Om een succesvolle doorstart met de pre-pack te kunnen realiseren, is het codificeren van de pre-pack van belang. Door het vaststellen in de wet ontstaat rechtszekerheid voor de ondernemingen en rechtbanken raken ermee vertrouwd.

BRONVERMELDING

Literatuur

De Coninck- Smolders e.a. 2010

H. de Coninck-Smolders e.a., *praktijkboek insolventierecht, faillietverklaring, curator en r-c*, Deventer: Kluwer 2010

Deterink 2008

Mr. A.A.M. Deterink e.a., *Insolad. Doorstart*, Deventer: Kluwer 2008.

Faber e.a. 2008

Faber e.a., *De bewindvoerder, een octopus*, Deventer: Kluwer 2008.

Finch 2002

V. Finch, *Corporate insolvency law. Perspectives and Principles*, Cambridge: University Press 2002.

Goode 2011

R. Goode, *Principles of corporate insolvency law*, Sweet and Maxwell, London 2011.

Groot 2011

Mr. E.F. Groot, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Huizink 2012

Mr. J.B. Huizink, *Insolventie*, Deventer: Kluwer 2012.

Lennarts 1999

Mr. M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 1999.

Van Oers 2007

Mr.dr. M.H.M. van Oers AA/Actuaris AG, *de Doorstart van een NV/BV bij insolventie*, Deventer: Kluwer 2007.

Oosthout 1998

Drs. H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming*, Deventer: Kluwer 1998.

Polak & Pannevis 2011

NJ. Polak en M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Pouw en Israël 2009

Mr. Th.A. Pouw en mr. J. Israël, *Boom Basics Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Schaaijk 2011

G.A.F.M. Van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch Onderzoek*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers 2011.

Van Sint Truiden & Verstijlen 2012

M.Ph. van Sint Truiden en F.M.J. Verstijlen, *Insolventierecht tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2012.

Wessels 2011

Prof. mr. B. Wessels, *Surseance van betaling*, Deventer: Kluwer 2011.

Publicaties**Apeldoorn 2012**

J.C. van Apeldoorn, 'Pre-packs', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012, 17.

Beke & Wolterman 2012

K. Beke & P. Wolterman, 'Verslag seminar 'De Nederlandse pre-pack- ready for take off?', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012, 31.

Beke & Wolterman 2012

K. Beke & P. Wolterman, 'Wijs bij bankroet de curator in stilte aan', *Het Financieele Dagblad*, 3 mei 2012, www.fd.nl (zoek op pre-pack).

Damen 2013

T. Damen, 'Stille bewindvoerder redt bedrijf beter', *Het Parool*, 23 maart 2013, p. 30-31.

Driessen & Van der Steen

Driessen & Van der Steen, 'Interview Louis Deterink', *NRC Handelsblad*, 11 en 12 mei 2013, p. 2 -3.

HO 2009

L.C. HO, 'Interrogating and indulging pre-packs: Re Kayley Vending' *Corporate Rescue and Insolvency* 2009, 2.

Herderscheê 2007

Gijs Herderscheê, 'DAF herrezen uit de as', *De Volkskrant*, 20 februari 2007.

Huydecoper 2013

Mr. J.L.R.A. Huydecoper, 'de Pre pack liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, 5.

Kapitein 2012

F.J.L. Kapitein, 'Verslag van: INSOLAD Workshop "aanpassing Faillissementswet', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2012, 9.

Koster 2013

H. Koster, 'Herstructurerings bij insolventie: naar de pre-pack plus!', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013, 7.

Loesberg 2013

Mr. E Loesberg, 'Heiligt het doel de middelen? Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht', *Tijdschrift voor Ondernemingsrechtpraktijk* 2013 1.

PLC

PLC, 'Pre-packs in administration- a quick guide', PLC Restructuring and Insolvency.

Quaedackers 2013

R.P.J. Quaedackers, 'Pre-pack. Is een deskundigenbericht met het oog op een pre-pack mogelijk?' (Sieswerda Taxi's B.V.), *Rechtspraak Insolventierecht* 2013, 22.

Scheurs 2013

F. Scheurs, 'Pre-pack: nieuwe kansen voor de doorstart', BZ financiering maart 2013.

Steverink 2012

J. Steverink, 'Goed voorbereid failliet', Hekkelman Advocaten en Notarissen, Ondernemingsrecht nieuws, 19 december 2012.

Tollenaar 2011

N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechtters van Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2011, 3.

Treanor 2009

J. Treanor, 'Explainer: options for companies in financial difficulties', *Guardian*, 5 January 2009.

Vermeer 2012

L. Vermeer, 'Pre-pack bij faillissementen; (on)mogelijk in Nederland?', Bogaerts en Groenen advocaten.

Wessels 2012

B. Wessels, 'Rechtbank moet de pijn van lege boedels verdelen', *Het Financieele Dagblad*, 2 november 2012.

Rapporten**Commissie Insolad 2012**

Voorstellen wijzigingen Faillissementswet, Commissie Insolad 2012, p. 31-34.

Kortmann 2007

Voorontwerp Insolventiewet, Commissie Kortmann Insolventierecht 2007, p. 1-318.

Jansen 2012

J.P.A. Jansen, 'Naar een Nederlandse pre-pack procedure? De mogelijkheid voor de invoering van een pre-pack administration naar Engelse context in Nederland, gelet op de belangen van de crediteuren naar Nederlands recht' Tilburg, 2012, Universiteit van Tilburg.

Overige publicaties

Kamerstukken II, 2012/2013, 29 911 nr.74.

Memorie van Toelichting, Faillissementswet.

Modelovereenkomst tot inschakeling van een stille bewindvoerder.

Statement of Insolvency Practise 16.

Surseance- en Faillissementsverslag Schoenenreus B.V.

Jurisprudentie

Hoge Raad der Nederlanden

- HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286. (*Beklamel*).
- HR 12 mei 1989, *NJ* 1990, 130.
- HR 21 februari 1992, *NJ* 1992, 321. (*van Gastel q.q./Heppe*).
- HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472. (*Sigmacon II*).
- HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727. (*Maclou/Curatoren van Schuppen*).
- HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 550.
- HR 11 april 2008, *LJN* BC2721.

Gerechtshof

- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *JOR* 2013/26 m. nt. Van Andel. (*Landsbanki/Vos*).
- Gerechtshof Arnhem 27 november 2012, *JIN* 2013/1 m.nt. Van Peski en Peters.

Rechtbanken

- Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011/375 m.nt. Van Hees
- Rechtbank Maastricht 28 november 2012, *JOR* 2011/375 m.nt. Van Hees.

Engelse jurisprudentie

- High Court of Justice of Chancery Division 6 maart 2007, *DKLL Solicitors v Revenue and Customs* [2007] EWHC 2067 (Ch).
- High Court of Justice Chancery Division 15 mei 2009, *Re Kayley Vending* [2009] EWHC 904 (Ch).
- High Court of Justice Division 26 november 2009, *Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA* [2009] EWHC 3199 (Ch).
- High Court of Justice Chancery Division 8 december 2009, *Clydesdale Financial Services Ltd and others v Smailes* [2009] EWHC 1745 (Ch).
- Chancery Division 8 november 1999, *Re T&D Industries plc* [1999] EWHC 302 (Ch).
- Chancery Division 27 april 2004, *Re Transbus International Ltd* [2004] EWHC 932 (Ch.).