



‘Het ‘beoogd curatorschap’ bij een pre-pack-procedure’

Toetsing van:

Scriptie RE441C

Hogeschool Leiden	Opleiding hbo-rechten
Marina Tipker, s1070507	mr. J. Boonman en mr. I.J.S. van Mierlo
	22 juni 2015
	tweede kans
Klas Law 4B	jaar 4, blok 15/16

Voorwoord

Dit onderzoek is geschreven ter afsluiting van mijn bachelor studie aan Hogeschool Leiden. De opdrachtgever wilde, ter uitbreiding van de portfolio, de mogelijkheden rondom het 'beoogd curatorschap' onderzocht hebben.

Het onderzoek heeft mij van het begin tot het einde geboeid. Het 'beoogd curatorschap' is nog niet wettelijk gereguleerd. Door het ontbreken van een wettelijke basis was het soms lastig om een empirisch onderzoek te verrichten. De vakliteratuur gaf vaak een goede aanvulling.

Ik hoop dat dit onderzoek een goed naslagwerk zal zijn voor de opdrachtgever.

Marina Tipker

Samenvatting

De aanleiding van dit onderzoek zijn de ontwikkelingen in de praktijk. In de praktijk worden pre-pack-procedures toegewezen. De wetgever wil door middel van implementatie van WCO I de praktijk tegemoet komen. Het is voor de opdrachtgever van belang dat duidelijk wordt hoe men benoemd kan worden tot 'beoogd curator' en wat de invulling van het 'beoogd curatorschap' is. De opdrachtgever wil weten waar bij de uitvoering van de rol als 'beoogd curator' tegenaan gelopen kan worden.

De centrale vraag in dit onderzoek is: "wat is, volgens literatuuronderzoek, analyse van faillissementsverslagen en analyse van (toekomstige) wetgeving, het beste advies voor Westland Partners over benoeming tot 'beoogd curator' en invulling van het 'beoogd curatorschap?'. Het doel van dit onderzoek is het leveren van inzicht in de benoeming tot 'beoogd curator' en de invulling van het 'beoogd curatorschap'. Tevens kan het onderzoek dienen als naslagwerk. Hiermee wordt bedoeld dat de werkzaamheden van een 'beoogd curator' kunnen worden nagelezen en worden ingezet nadat de opdrachtgever is benoemd tot 'beoogd curator'. Tot slot kan het onderzoek worden ingezet om een impressie van de praktijk te krijgen.

Om de centrale vraag goed te beantwoorden zijn zes deelvragen onderzocht. De deelvragen zijn onderzocht aan de hand van vakliteratuur, faillissementsverslagen, WCO I en de bijbehorende MvT. Er hebben analyses van faillissementsverslagen plaatsgevonden en vergelijkend literatuuronderzoek. Hier is voor gekozen om een zo compleet mogelijk beeld van de praktijk te vormen en de kwaliteit van het onderzoek te vergroten. In het hoofdstuk 'Praktijkonderzoek' zijn faillissementsverslagen onderzocht. Door deze analyse wordt een impressie van de praktijk geschetst. De faillissementsverslagen schetsen een eenzijdig beeld van de praktijk. Dit komt omdat de faillissementsverslagen alleen worden opgemaakt wanneer na de pre-pack-procedure een faillissement heeft plaatsgevonden. De verslagen van pre-pack-procedures waarbij het niet tot een faillissement is gekomen, worden niet openbaar gemaakt. Daarnaast zijn er geen minimale vereisten vastgesteld waaraan het faillissementsverslag moet voldoen. Daardoor kan het voorkomen dat sommige informatie niet is opgenomen in het verslag.

Uit het onderzoek blijkt dat de rechtbank zelf een 'beoogd curator' aanwijst van de curatorenlijst. Dit is een curator waarvan de rechtbank denkt dat hij capabel is in de uitvoering van de taken. De invulling van de taken van de 'beoogd curator' zijn breed en per casus verschillend. De taken bestaan voornamelijk uit het zich laten informeren, het houden van toezicht, het geven van verklaringen en op verzoek meewerken aan het biedproces.

De 'beoogd curator' kan aansprakelijk gesteld worden. Dit betreft altijd een persoonlijke aansprakelijkheid. De wetgever en vakliteratuur geven aan dat voor de toetsing van de aansprakelijkheid gemeten moet worden aan de 'maclou-norm'.

Aanbevolen wordt om een verzoek van de rechtbank om op te treden als 'beoogd curator' te honoreren. Door de nauwe samenwerking met de 'beoogd rechter-commissaris' biedt dit een goede ervaring die na implementatie van de WCO I van pas kan komen. Ten tweede wordt aanbevolen om vervolgonderzoek te verrichten naar de invulling van de werkzaamheden van de 'beoogd curator'.

De praktijk is op dit moment bezig met de invulling van de taken van de 'beoogd curator'. Daarnaast zou het mogelijk kunnen zijn dat bij de implementatie van WCO I aanpassingen worden gedaan ten opzichte van de onderzochte WCO I in dit onderzoek. Ten derde wordt aanbevolen om de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' te onderzoeken in een

vervolgonderzoek. De praktijk moet nog een duidelijke invulling geven aan de aansprakelijkheid van een 'beoogd curator'. Het van belang dat, alvorens een benoeming wordt geaccepteerd, met de verzekeraar wordt afgestemd of de handelingen in de rol als 'beoogd curator' verzekerd zijn.

Inhoudsopgave

	Pagina
Afkortingen	6
Hoofdstuk 1	7
1.1 Aanleiding onderzoek en probleemanalyse	7
1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen	10
1.3 Operationaliseren van begrippen	11
1.4 Onderzoeksmethode / verantwoording per deelvraag	12
Hoofdstuk 2: Juridisch kader	15
2.1 Wat is blijkens vakliteratuur, de Wet Continuïteit Ondernemingen I en het concept Memorie van Toelichting de voorwaarden en/of eisen om als 'beoogd curator' te worden aangewezen?	15
2.1.1 Wat zijn blijkens de vakliteratuur, de voorwaarden en/of eisen om als 'beoogd curator te worden aangewezen?	15
2.1.2 Wat zijn blijkens het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting, de voorwaarden en/of eisen om als 'beoogd curator' te worden aangewezen?	16
2.1.3. De praktijk	17
2.1.4. Conclusie	17
2.2 Wat zijn blijkens vakliteratuur, het wetsvoorstel Wet continuïteit Ondernemingen I en het concept Memorie van Toelichting de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een 'beoogd curator' toegewezen te krijgen?	18
2.2.1. Wat is blijkens vakliteratuur de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een 'beoogd curator' toegewezen te krijgen?	18
2.2.2 Wat zijn blijkens het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een 'beoogd curator' toegewezen te krijgen?	19
2.2.3 Conclusie	20
2.3 Wat zijn blijkens de vakliteratuur, het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en concept Memorie van Toelichting de werkzaamheden van een 'beoogd curator'?	22
2.3.1 Wat zijn blijkens de vakliteratuur de werkzaamheden van een 'beoogd curator'?	22
2.3.2 Wat zijn blijkens het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting de werkzaamheden van een 'beoogd curator'?	25
2.3.3. Conclusie	28
2.4 Wat is blijkens de vakliteratuur en het concept Memorie van Toelichting de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator'?	31
2.4.1. Wat is de aansprakelijkheid van een 'curator' volgens de vakliteratuur?	31
2.4.2 Wat is de aansprakelijkheid van een 'beoogd curator' volgens de vakliteratuur?	32
2.4.3 Wat is de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' volgens het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting?	33
2.4.4 Conclusie	34
Hoofdstuk 3: Praktijkonderzoek	35

3.1 Wat zijn blijkens de faillissementsverslagen de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een beoogd curator' toegewezen te krijgen?	
3.1.1 Conclusie	36
3.2 Wat zijn blijkens de faillissementsverslagen de verrichte werkzaamheden van de 'beoogd curator' tijdens de pre-pack-procedure?	37
3.2.1 Conclusie	38
Hoofdstuk 4: Resultaten en conclusie	40
Hoofdstuk 5: Aanbevelingen	43
Literatuurlijst	45
Bijlagen	

Afkortingen

BW	Burgerlijk wetboek
Fw	Faillissementswet
Insolad	Vereniging Insolventierecht Advocaten
MvT	Memorie van Toelichting
q.q.	qualitate qua
WCO I	Wet Continuïteit Ondernemingen I

HOOFDSTUK 1: INLEIDING

1.1 Aanleiding onderzoek en probleemanalyse

Westland Partners is, onder andere, actief in het insolventierecht. Westland Partners biedt notarissen, advocaten en curatoren aan. De advocaten en curatoren begeleiden bedrijven en personen, onder andere, in een faillissementsprocedure.

Westland Partners is erop gericht om cliënten binnen het insolventierecht zo volledig mogelijk te begeleiden. Omdat er vooruitlopend op een wetsvoorstel een nieuwe lijn in de jurisprudentie getrokken wordt, is het van belang dat de eisen die gesteld worden aan een 'beoogd curator' uiteen worden gezet.

Bij brief van 26 november 2012 heeft de minister van veiligheid en justitie, de heer mr. I.W. Opstelten, het programma Herijking Faillissementswet aangekondigd¹. In deze brief heeft de minister de Tweede Kamer geïnformeerd over de voortgang van het programma. Uit deze brief blijkt dat het herijkingprogramma een uitgebreid programma is waar zes wetsvoorstellen uit voortvloeien². De Wet Continuïteit Ondernemingen bestaat uit drie wetsvoorstellen. Voor dit onderzoek is de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) van belang. In februari 2014 heeft de Raad voor de rechtspraak positief advies uitgebracht. Op dit moment ligt het wetsvoorstel bij de Raad voor State³.

De inhoud van de WCO I heeft betrekking op de pre-pack-procedure voorafgaand aan een faillissement. Pre-pack staat ook wel bekend als 'stille bewindvoering'. Dit is een procedure waarbij een advocaat als 'bewindvoerder' of 'curator' wordt aangesteld voordat er een surseance van betaling wordt verleend of een faillissement wordt uitgesproken. Dit heet een 'beoogd curator' of 'beoogd bewindvoerder'. Door de pre-pack-procedure kan de 'beoogd curator' zich informeren en een oordeel vormen over de onderneming. Tijdens de informerende fase wordt beoordeeld of het bedrijf, of een deel hiervan, nog een doorstart zou kunnen maken. Wanneer een onderneming daadwerkelijk failliet verklaard wordt, wordt de 'beoogd curator' de curator⁴.

Op dit moment wordt er door acht van de elf Nederlandse rechtbanken, vooruitlopend op het wetsvoorstel WCO I, een 'beoogd curator' toegewezen. De rechtbanken in kwestie vinden het economisch belang namelijk groter dan het afwachten van het wetsvoorstel. De rechtbanken Midden-Nederland, Limburg en Overijssel wijzen geen 'stille bewindvoerders' aan omdat de wettelijke grondslag mist. Deze rechtbanken zijn niet tegen de 'stille bewindvoerder', maar willen niet vooruitlopend op een wetsvoorstel recht toepassen⁵.

In de literatuur wordt vaak gesproken over 'stille bewindvoeder'. De term 'bewindvoerder' impliceert echter een verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. Daarvan is in de voorgestelde regeling absoluut geen sprake. Om die reden is besloten om de term 'stille bewindvoerder' niet te hanteren. Andere termen zoals 'insolventiedeskundige' en 'pre-curator' zijn overwogen. Er is gekozen voor de term 'beoogd curator/bewindvoerder' omdat het gaat om de persoon die de rechtbank voornemens is te benoemen bij een eventueel faillissement⁶.

¹ Kamerstuk II 2012/13, 29 911, nr. 74

² Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 1

³ Raad voor de Rechtspraak 2014

⁴ Schoute 2013

⁵ Raad voor de Rechtspraak 2014

⁶ Memorie van Toelichting bij Wet continuïteit ondernemingen I

De pre-pack-procedure is gebaseerd op een Engels systeem. Het Engelse pre-pack-systeem kent de 'beoogd curator' niet. De toevoeging van de 'beoogd curator' is dat de 'beoogd curator' erop gericht is het faillissement te voorkomen terwijl het Engelse pre-pack-systeem gericht is op een onvermijdelijk faillissement⁷.

De aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' komt op sommige punten overeen met de aansprakelijkheid van een 'curator'. Het grootste verschil is dat de 'beoogd curator' slechts persoonlijk aansprakelijk kan zijn. De tijdsdruk waarin de 'beoogd curator' moet opereren wordt meegewogen in de boordeling door de rechter over de persoonlijke aansprakelijkheid. De factor verandert wanneer blijkt dat de 'beoogd curator' tijdens de pre-pack de gelegenheid heeft gehad om zich in de situatie te verdiepen. "De taken van de 'beoogd curator' zijn flinterdun". Hierdoor lijkt het gevaar voor de aansprakelijkheid gering⁸. Het is niet geheel duidelijk waar de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' ligt.

De minister geeft hier ook geen uitsluitel over. In de MvT geeft de minister een vergelijking tussen de aansprakelijkheid van de 'curator' en de 'beoogd curator'. De toevoeging die gegeven wordt, is dat voor enige aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' sprake zou moeten zijn van een persoonlijk verwijt. Dit zou inhouden dat de 'beoogd curator' zijn fout inzag of redelijkerwijs in had moeten zien. De MvT verwijst hierbij naar de 'maclou-norm': HR 16 december 2011, NJ 2012⁹.

De juridische achtergrond van dit praktijkprobleem ligt voornamelijk in de Faillissementswet. Met de Wet Continuïteit Ondernemingen I, II en III wordt de Faillissementswet uitgebreid. Voor dit onderzoek is alleen WCO I van belang. Dat is op dit moment slechts een wetsvoorstel. Zoals eerder in deze analyse is aangehaald, wordt er door acht van de elf Nederlandse rechtbanken vooruitlopend op dit wetsvoorstel een 'beoogd curator' toegewezen. Hiermee kan een spanningsveld ontstaan tussen de jurisprudentie en de invulling van het wetsvoorstel door de wetgever. In mijn onderzoek richt ik mij op de 'beoogd curator'. De focus ligt vooral op de invulling van de rol van de 'beoogd curator' in een pre-pack-procedure.

In de WCO I en de MvT wordt de pre-pack-procedure bij een faillissement verder uitgewerkt. De regeling is gericht op het invoeren van de mogelijkheid om voorafgaand aan een faillissement een curator toe te wijzen. De 'beoogd curator' kan de afwikkeling van het faillissement faciliteren en de doorstart van de levensvatbare bedrijfsonderdelen na het faillissement bespoedigen. Hiermee hoopt de wetgever dat de waarde en werkgelegenheid van een onderneming behouden kunnen blijven. Verder zou deze wet aansluiten op de praktijk die door de rechtbanken is ontwikkeld¹⁰.

In de WCO I staan de beoogde nieuwe wetten opgesomd. Voor dit onderzoek zijn de volgende artikelen de belangrijkste.

Artikel 363: op grond van dit artikel is het mogelijk een beoogd bewindvoerder/curator toe te wijzen voorafgaand aan een faillissement.

Artikel 364: op grond van dit artikel kan de beoogd curator/bewindvoerder van zijn taken ontheven worden.

Artikel 365: in dit artikel worden de taken en bevoegdheden van de beoogd curator/bewindvoerder uiteengezet.

Artikel 366: beschrijft de kosten van een beoogd curator/bewindvoerder.

Artikel 367: gaat over de beoogd rechter-commissaris¹¹.

⁷ Kamerstuk II, 2012/13, 29 911 nr. 74, par. 3.3 lb

⁸ Verstijlen 2014

⁹ Memorie van Toelichting, artikel 365 lid 2 laatste paragraaf

¹⁰ Inleiding internetconsultatie Wet Continuïteit Ondernemingen I

¹¹ Wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I

De kennisvraag die bij dit onderzoek gesteld kan worden is: 'welke rol en taken zijn toebedeeld aan de 'beoogd curator' op grond van de Wet continuïteit ondernemingen I?'.

Na dit onderzoek wil ik een advies kunnen geven over dit onderwerp. Ik wil een gefundeerd advies kunnen geven op de vraag wanneer een onderneming een geslaagd verzoek zou kunnen indienen om een beoogd curator toegewezen te krijgen. Het doel van dit onderzoek is het leveren van een duidelijk en bruikbaar naslagwerk.

Conclusie

Het doel van dit onderzoek is om de rol van de 'beoogd curator' bloot te leggen. Er zijn op dit moment geen duidelijke handreikingen over de invulling van de rol en taken van de 'beoogd curator'. Zoals hierboven duidelijk wordt, is er slechts een concept van het wetsvoorstel en een concept van de Memorie van Toelichting openbaar gemaakt.

Voordat Westland Partners de taak op zich neemt, wil zij eerst voldoende en uitgebreid geïnformeerd zijn over de rol van de 'beoogd curator'. Het is voor de opdrachtgever van belang dat naast de invulling van de rol als 'beoogd curator' duidelijk wordt tegen welke punten zij aan kan lopen.

Het is voor de wetgever van belang dat tijdens dit onderzoek gekeken wordt naar wat er in het wetsvoorstel staat, wat de wetgever hiermee bedoelt en wat er in de praktijk gebeurt. Op dit moment wordt de 'beoogd curator' al toegewezen door de rechter terwijl de wettelijke regulering nog moet plaatsvinden. Het is nu voor de opdrachtgever niet geheel duidelijk welke werkzaamheden de 'beoogd curatoren' in de praktijk uitvoeren. Uit dit onderzoek moet, onder andere, blijken of de huidige praktijk aansluit bij de intenties van de wetgever.

1.2 Doelstelling, centrale vraag en deelvragen

In deze paragraaf ga ik uiteenzetten wat het doel is, wat de centrale vraag is en wat de deelvragen van dit onderzoek zijn.

Doel

Het doel van dit onderzoek is het geven van een aanbeveling aan Westland Partners. In deze aanbeveling staat beschreven of het wenselijk is voor de opdrachtgever om als 'beoogd curator' op te treden. Het is voor de opdrachtgever van belang dat inzichtelijk wordt wat de rol en taken van een 'beoogd curator' zijn. Daarnaast wil de opdrachtgever weten tegen welke problemen men kan aanlopen tijdens de uitvoering van de rol als 'beoogd curator'. Wanneer de opdrachtgever eventueel als 'beoogd curatorschap' optreedt, zou het onderzoek als een kort naslagwerk gebruikt kunnen worden. In dit onderzoek wil ik een duidelijk antwoord geven op alle fasen die van belang zijn voor het 'beoogd curatorschap'. In deze scriptie staan alle fasen die een 'beoogd curator' kan of moet doorlopen en hoe de invulling van deze fasen eruit zou moeten zien. Hierbij staat de beantwoording van de deelvragen centraal. De centrale vraag wordt beantwoord aan de hand van de beantwoording van de deelvragen.

Centrale vraag:

Wat is, volgens literatuuronderzoek, analyse van faillissementsverslagen en analyse van (toekomstige) wetgeving, het beste advies voor Westland Partners over benoeming tot 'beoogd curator' en invulling van het 'beoogd curatorschap'?

Deelvragen:

Theoretisch-juridisch gedeelte: (hoofdstuk: Juridisch kader)

1. Wat zijn volgens vakliteratuur, het concept wetswijziging Wet Continuïteit Ondernemingen I en het Concept Memorie van Toelichting de voorwaarden en/of eisen om als 'beoogd curator' te worden toegewezen?
2. Wat zijn volgens vakliteratuur, het concept wetswijziging Wet Continuïteit Ondernemingen I en het Concept Memorie van Toelichting de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een 'beoogd curator' toegewezen te krijgen?
3. Wat zijn volgens de vakliteratuur, concept wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en het concept Memorie van Toelichting de werkzaamheden van een 'beoogd curator'?
4. Wat is volgens de vakliteratuur en het concept Memorie van Toelichting de aansprakelijkheid van een 'beoogd curator' tijdens de 'pre-pack-procedure'?

Praktijkonderzoekgedeelte:

5. Wat zijn volgens de faillissementsverslagen de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een 'beoogd curator' toegewezen te krijgen?
6. Wat zijn volgens de faillissementsverslagen de verrichte werkzaamheden van de 'beoogd curator' tijdens de pre-pack-procedure?

1.3 Operationaliseren van begrippen

Beste advies

Er wordt gekeken naar de methode waarin alle juridische verplichtingen zijn meegenomen. Hiervoor is gekozen om te voorkomen dat er een juridische tekortkoming zou kunnen ontstaan bij de uitvoering van de rol als 'beoogd curator'. Daarnaast wordt bij de afweging rekening gehouden met de vakliteratuur. De wetgever ziet het wetsvoorstel namelijk als een kaderregeling. De praktijk krijgt daarom de ruimte om zich te ontwikkelen. Dit houdt in dat er gekeken wordt of de beoogde werkzaamheden door de wetgever wordt uitgewerkt en ingevuld door de vakliteratuur.

Als er meerdere invullingen van de werkzaamheden in vakliteratuur zijn, dan wordt er een vergelijking gemaakt. De vergelijking kijkt naar de meest betrouwbare bron. De meest betrouwbare bron is de bron die het meest primair is, het meest volledig en er wordt gekeken naar de publicatiedatum van de bron.

Verder wordt er gekeken naar een rode draad in de invulling van de werkzaamheden. Er wordt gekozen voor de invulling waarbij alle juridische verplichtingen worden nagekomen en waarbij alle stappen in het proces worden benoemd. Het beste advies wordt het advies waarbij alle juridische verplichtingen zijn opgenomen en waarbij de verplichtingen zo volledig, betrouwbaar en recentelijk mogelijk zijn ingevuld.

Invulling van het 'beoogd curatorschap'

Als eerste wordt er vanuit gegaan dat de 'beoogd curator' is benoemd door de rechter. Hierna moet de 'beoogd curator' werkzaamheden gaan verrichten. De lading van deze term gaat verder dan alleen de werkzaamheden van de 'beoogd curator'. Het gaat namelijk om de verplichtingen, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de 'beoogd curator'.

1.4 Onderzoeksmethode/verantwoording per deelvraag

In deze paragraaf wordt uiteen gezet middels welke methoden de deelvragen beantwoordt worden. Daarnaast wordt per deelvraag een motivatie gegeven voor de gekozen methode en gehanteerde werkzaamheden.

Deelvraag 1: Literatuuronderzoek en wetsanalyse

De vraag die ik in deelvraag 1 beantwoordt is: Wat zijn blijkens vakliteratuur, het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting de voorwaarden en/of eisen om als 'beoogd curator' te worden toegewezen?

Deze vraag is opgesplitst in twee deelvragen. Ten eerste is onderzocht wat blijkens de vakliteratuur de voorwaarden en/of eisen zijn om als een beoogd curator aangewezen te worden. De validiteit is gewaarborgd doordat er meerdere bronnen zijn gelezen. Door het lezen van meerdere bronnen wordt de interpretatievrijheid verkleint. De geraadpleegde bronnen zijn in de voetnoten kort weergegeven en zijn tevens te vinden in de literatuurlijst. Hiermee wordt de herhaalbaarheid en controleerbaarheid gewaarborgd.

Ten tweede ga ik de vraag beantwoorden aan de hand van het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de bijbehorende Memorie van Toelichting. Deze onderzoeksmethode noem ik de wetsanalyse omdat onderzocht is of het wetsvoorstel artikelen heeft besteed aan de eisen die gesteld worden aan een 'beoogd curator'. Het wetsvoorstel verwijst naar de bestaande Faillissementswet. Door deze verwijzingen is de Faillissementswet bij het onderzoek betrokken. Naast deze wetsanalyse is de Memorie van Toelichting geraadpleegd. Uit de Memorie van Toelichting blijkt de invulling van het wetsvoorstel door de wetgever.

Deelvraag 2: Literatuuronderzoek en wetsanalyse

De vraag die in deelvraag 2 beantwoordt is: Wat zijn blijkens vakliteratuur, het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een 'beoogd curator' toegewezen te krijgen?

Deze vraag is in twee onderdelen beantwoord. Ten eerste is onderzocht wat blijkens de vakliteratuur de voorwaarden en/of eisen die gesteld worden aan een schuldenaar om een 'beoogd curator' toegewezen te krijgen. De validiteit is gewaarborgd doordat verschillende bronnen zijn geraadpleegd. Hierdoor wordt ook de interpretatievrijheid verkleind. De geraadpleegde bronnen zijn in de voetnoten kort weergegeven en zijn tevens te vinden in de literatuurlijst. Hiermee wordt de herhaalbaarheid en controleerbaarheid gewaarborgd.

Voor het tweede onderdeel van de deelvraag is het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de bijbehorende Memorie van Toelichting geanalyseerd. Deze analyse heb ik wetsanalyse genoemd omdat is onderzocht of in het wetsvoorstel en in de Memorie van Toelichting aandacht is voor de eisen die gesteld worden aan een schuldenaar. Het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting hebben verwezen naar de bestaande Faillissementswet. Om een zo volledig mogelijk antwoord te realiseren is de Faillissementswet bij de analyse betrokken.

Deelvraag 3: Literatuuronderzoek en wetsanalyse

De vraag die in deelvraag 3 beantwoordt is: Wat zijn blijkens de vakliteratuur, het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting de werkzaamheden van een 'beoogd curator'?

De deelvraag is in twee subvragen opgesplitst. Ten eerste is onderzocht wat blijkt de vakliteratuur een 'beoogd curator' is. Voor de beantwoording is verschillende literatuur geraadpleegd zodat de interpretatievrijheid werd verkleint. Daarnaast is daarmee de betrouwbaarheid en validiteit van het onderzoek vergroot. De geraadpleegde bronnen zijn in de voetnoten kort weergegeven en zijn tevens te vinden in de literatuurlijst. Hiermee wordt de herhaalbaarheid en controleerbaarheid gewaarborgd.

Voor de tweede subvraag is het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting geanalyseerd. De Memorie van Toelichting is met name van belang geweest voor het onderzoek. De Memorie van Toelichting is een uitwerking van het wetsvoorstel. In de Memorie van Toelichting staan de beoogde werkzaamheden van de 'beoogd curator' zoals de wetgever ze heeft bedoeld nauwkeurig uitgewerkt.

Deelvraag 4: Vakliteratuur

De vraag die in deelvraag 4 beantwoordt is: Wat is blijken de vakliteratuur de aansprakelijkheid van een 'beoogd curator' tijdens de 'pre-pack-procedure'?

Deze vraag is opgesplitst in twee onderdelen. In het eerste onderdeel is naar aanleiding van de vakliteratuur de aansprakelijkheid van een curator uiteen gezet. Er wordt duidelijk dat er een vastgestelde norm is waar de rechters de aansprakelijkheid aan kunnen toetsen.

Het tweede onderdeel zet de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' uiteen. De aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' is onderzocht aan de hand van vakliteratuur en de Memorie van Toelichting. De geraadpleegde bronnen zijn in voetnoten weer gegeven en terug te vinden in de literatuurlijst.

Deelvraag 5: Vergelijkend onderzoek

De vraag die in deelvraag 5 beantwoordt is: Wat is zijn blijken de faillissementsverslagen de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een 'beoogd curator' toegewezen te krijgen?

Voor de beantwoording heb ik faillissementsverslagen geanalyseerd. Deze analyse heb ik uitgevoerd door een opgestelde vragenlijst. Eerst heb ik de vragenlijst opgesteld waarna ik 1 proefanalyse heb uitgevoerd. Naar aanleiding van de proefanalyse is de vragenlijst aangepast. In totaal zijn er 10 verslagen geanalyseerd waarvan er 6 bruikbaar zijn. De analyse bestond uit drie kleurcodes. Op deze manier zijn de antwoorden per onderwerp snel terug te vinden in de analyses. De kleurcodes per onderwerp zijn:

- de algemene informatie heeft kleurcode **geel**
- de overwegingen van de rechter heeft kleurcode **roze**
- de overige belangrijke informatie heeft kleurcode **blauw**

Na de analyse zijn de gegevens in een kruisschema gezet. In dit kruisschema staat per faillissementsverslag welke overwegingen zijn gemaakt door de rechters. De analyses en het kruisschema zijn toegevoegd als bijlagen.

Deelvraag 6: Vergelijkend onderzoek

De vraag die in deelvraag 6 beantwoordt is: Wat zijn blijken de faillissementsverslagen de verrichte werkzaamheden van de 'beoogd curator' tijdens de pre-pack-procedure?

Voor de beantwoording van deze vraag heb ik faillissementsverslagen geanalyseerd. Deze analyse heb ik uitgevoerd door een opgestelde vragenlijst. Eerst heb ik de vragenlijst opgesteld waarna ik 1 proefanalyse heb uitgevoerd. Naar aanleiding van de proefanalyse is de vragenlijst aangepast. In totaal zijn er 10 verslagen geanalyseerd waarvan er 8 bruikbaar zijn. De analyse bestaat uit vier onderwerpen met ieder een eigen kleurcode:

- de informerende taak van de 'beoogd curator' = **geel**
- het afleggen van verklaringen door de 'beoogd curator' = **roze**

- de taken van de 'beoogd curator' tijdens een overname = groen
- het waken voor misbruik van het recht door de 'beoogd curator' = blauw

Na de analyse zijn de gegevens in een kruisschema verwerkt. In dit kruisschema staat per faillissementsverslag welke werkzaamheden de 'beoogd curatoren' hebben verricht. De analyses en het kruisschema zijn toegevoegd als bijlagen.

Overige methoden

Over ieder hoofdstuk is een peer-review uitgevoerd. Hiervoor is gekozen om de kwaliteit, betrouwbaarheid en validiteit van het onderzoek te vergroten.

HOOFDSTUK 2: JURIDISCH KADER

2.1 Wat zijn volgens de vakliteratuur, het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting de voorwaarden en/of eisen om als beoogd curator te worden aangewezen?

In deze paragraaf wordt onderzocht wat de voorwaarden en eisen zijn om als 'beoogd curator' te worden aangewezen. Dit hoofdstuk bestaat uit drie subhoofdstukken. In het eerste subhoofdstuk wordt de deelvraag beantwoord op basis van literatuuronderzoek. In het tweede subhoofdstuk wordt de deelvraag beantwoord op basis van WCO I en MvT. In het derde subhoofdstuk wordt de praktijk besproken. Uit dit onderdeel blijkt de situatie zoals die nu is in de praktijk. Ter afsluiting van dit onderzoek wordt een conclusie gegeven.

2.1.1 Wat zijn, volgens de vakliteratuur, de voorwaarden en/of eisen om als 'beoogd curator' te worden aangewezen?

De 'beoogd curator' wordt door de rechtbank aangewezen. Dit wordt gedaan op grond van een verzoek van een onderneming aan de rechtbank¹². De 'beoogd curator' wordt benoemd tot de 'curator' bij de uitspraak van het faillissement¹³.

Om als 'beoogd curator' te worden aangewezen, moet men op de curatorenlijst zijn opgenomen. Dit is noodzakelijk omdat de 'beoogd curator' aangewezen wordt als curator na de uitspraak van het faillissement. De rechter geeft bij de aanwijzing van de 'beoogd curator' aan wie hij voornemens is aan te wijzen als curator als het tot een faillissement komt. Het is voor de opdrachtgever van belang dat de medewerkers die ingezet willen worden als 'beoogd curator' op de curatorenlijst opgenomen zijn.

De Rechtspraak heeft een document gepubliceerd waarin de uitgangspunten bij de benoeming van 'curatoren' staan vastgesteld¹⁴. De plaatsing op de curatorenlijst gaat door het indienen van een schriftelijk verzoek aan de rechtbank. De curatoren staan op één 'curatorenlijst'¹⁵. Bij de uitspraak van een faillissement, kunnen de rechters van deze lijst een curator kiezen. Omdat een 'beoogd curator' een curator wordt na de uitspraak van een faillissement, moet de 'beoogd curator' voldoen aan alle eisen die aan een 'curator' worden gesteld.

Insolad heeft praktijkregels opgesteld voor curatoren. In deze praktijkregels zijn er grondbeginselen opgenomen. Grondbeginselen zijn de eisen waar een curator aan zou moeten voldoen. Volgens de grondbeginselen moet de curator:

- onafhankelijk en integer zijn;
- zich leiden door de belangen van de boedel en andere belangen die een curator zich mede behoort aan te trekken;
- streven naar objectiviteit in zijn oordeelsvorming;
- zijn werkzaamheden zorgvuldig, vakkundig en doelmatig uitvoeren en;
- betamelijk handelen¹⁶.

¹² Loyens en Loeff 2013 en Kreikamp 2013

¹³ Raad voor de Rechtspraak 2014 en Wevers 2014

¹⁴ Boon e.a. 2013, p. 4

¹⁵ Boon e.a. 2013, p. 4

¹⁶ Insolad 2011, p. 2

De praktijkregels van Insolad schrijven gedragsregels voor die niet in de wet zijn vastgesteld. De invulling die Insolad geeft aan deze gedragsregels zijn ter illustratie. Wat is onafhankelijk, integer, objectief en betamelijk handelen? Volgens de Praktijkregels voor curatoren wordt hiermee bedoeld dat in het algemeen de curator zich moet gedragen in overeenstemming met hetgeen onder de omstandigheden van een vakbekwaam en redelijk handelend curator mag worden verwacht¹⁷.

Naast praktijkregels voor de curator heeft het Insolad praktijkregels opgesteld voor de 'beoogd curator'. Deze regels hebben geen dwingend karakter maar dienen slechts als leidraad. Volgens de grondbeginselen moet de 'beoogd curator':

- onafhankelijk en integer zijn;
- objectief in de oordeelsvorming zijn en;
- zijn rol zorgvuldig, vakkundig en doelmatig vervullen¹⁸.

De invulling van deze grondbeginselen is niet verder uitgewerkt in de praktijkregels. Er zijn wel overeenkomsten vast te stellen tussen de grondbeginselen van een 'curator' en de grondbeginselen van een 'beoogd curator'. Beiden zijn onafhankelijk, integer, objectief, zorgvuldig, vakkundig en doelmatig. Omdat er veel overeenkomsten zijn tussen de grondbeginselen kan de invulling van de grondbeginselen worden overgenomen van de praktijkregels voor curatoren.

De 'beoogd curator' zal in de uitoefening van de opgedragen taak zich moeten gedragen in overeenstemming met hetgeen onder gelijke omstandigheden van een vakbekwaam '(beoogd) curator' mag worden verwacht. Wat er van een vakbekwaam 'beoogd curator' mag worden verwacht zal per situatie verschillend zijn. Op de vraag wat er verwacht mag worden van een vakbekwame 'beoogd curator', kom ik terug in het hoofdstuk over de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator'.

2.1.2 Wat zijn, blijkens het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I de Memorie van Toelichting de voorwaarden en/of eisen om als 'beoogd curator' te worden aangewezen?

In de WCO I en de MvT staat niets over de eisen en/of voorwaarden die gesteld worden aan een 'beoogd curator'. Uit de Memorie van Toelichting blijken geen specifieke eisen gesteld te zijn aan een 'beoogd curator'. Er wordt meermaals aangegeven dat een 'beoogd curator' na de uitspraak van een faillissement de 'curator' wordt¹⁹. In artikel 14a WCO I staat dat de rechtbank bij een faillissement de 'beoogd curator' als curator aangesteld. Omdat de 'beoogd curator' de curator wordt bij de uitspraak van het faillissement, moet de 'beoogd curator' aan de eisen van een curator voldoen. In het wetboek Insolventierecht van Kluwer staan de 'Praktijkregels voor curatoren 2011' opgenomen²⁰. Hieruit kan worden opgemaakt dat deze praktijkregels leidend zijn in de benoeming als curator.

De wetgever heeft geen specifieke eisen en/of voorwaarden gesteld aan de benoeming van een 'beoogd curator'. Uit de MvT blijkt dat de WCO I een kaderregeling is. Er is gekozen voor een kaderregeling om de praktijk te ondersteunen en de ruimte te bieden voor nadere invulling van het 'beoogd curatorschap'²¹. Hieruit kan de conclusie getrokken worden dat de wetgever de eisen aan en benoeming van de 'beoogd curator' aan de praktijk over laat.

¹⁷ Insolad 2011, p. 4

¹⁸ Insolad 2014, p.2

¹⁹ Memorie van Toelichting, p. 1, 5 en 7

²⁰ Van Sint Truiden & Verstijlen 2014, p 1045 e.v.

²¹ Memorie van Toelichting, p.1

2.1.3 De praktijk

Naar de acht rechtbanken in Nederland die een 'beoogd curator' toewijzen is een mail gezonden. In deze mail heb ik de vraag gesteld wanneer een curator in aanmerking komt om aangewezen te worden als 'beoogd curator'. Er zijn vier bruikbare antwoorden uit voortgevloeid. Met de rechtbanken Amsterdam, Noord-Nederland en Zeeland-West-Brabant is telefonisch contact geweest. Op basis van de gekregen informatie kan de volgende conclusie getrokken worden.

De 'beoogd curator' is altijd een curator die op de 'curatorenlijst' vermeld staat. Op dit moment kiezen de rechters een 'beoogd curator' uit. De rechters oordelen per casus welke curator zou kunnen optreden als 'beoogd curator'. Dit is vaak een curator met veel ervaring. Wanneer zij een 'beoogd curator' voor ogen hebben, vragen zij telefonisch of de curator bereid is om als 'beoogd curator' op te treden. Als de curator bereid is om op te treden als 'beoogd curator', zal de rechter een verklaring afleggen waarin hij bekend maakt wie hij voornemens is te benoemen bij een faillissement.

2.1.4 Conclusie

Wanneer Westland Partners werknemers als 'beoogd curator' in wil zetten, moeten deze werknemers bevoegd zijn om als curator op te treden. De bevoegdheid om als curator op te treden komt door een benoeming door de rechter bij de uitspraak van een faillissement. De rechter kiest bij een faillissement een advocaat van de 'curatorenlijst'. Om als curator aangewezen te kunnen worden, moet er een schriftelijk verzoek tot plaatsing op de 'curatorenlijst' bij de rechtbank worden ingediend. In de praktijk kiezen de rechtbanken zelf een 'beoogd curator' uit. Wanneer de rechtbank een 'curator' capabel acht, vragen zij aan de 'curator' of hij in de pre-pack zou willen optreden als 'beoogd curator'.

Het Insolad heeft met de 'Praktijkregels beoogd curator' eisen opgesteld waaraan de 'beoogd curator' moet voldoen. Deze eisen komen overeen met de eisen die zij stellen aan een 'curator' in de 'Praktijkregels curatoren'. De 'beoogd curator' is volgens de praktijkregels van het Insolad; onafhankelijk, integer, objectief, zorgvuldig, vakkundig en doelmatig. De invulling van deze eisen kunnen worden overgenomen vanuit de 'Praktijkregels curatoren'. Het uitgangspunt is dat een 'beoogd curator' zo handelt als je van een vakbekwame 'beoogd curator' redelijkerwijs mag verwachten.

De wetgever geeft geen aanvullingen op eisen en/of voorwaarden om als 'beoogd curator' te worden benoemd. De wetgever biedt hierin de praktijk de ruimte om zich te ontwikkelen. Op dit moment worden de curatoren bij een faillissement vrij willekeurig aangewezen. De praktijk is dat de 'beoogd curatoren' worden aangewezen door de rechters op basis van ervaring. Deze manier van benoeming zal naar alle waarschijnlijkheid onveranderd blijven na implementatie van het wetsvoorstel.

2.2 Wat zijn blijkens vakliteratuur, het wetswijziging Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een ‘beoogd curator’ toegewezen te krijgen?

In dit hoofdstuk wordt onderzocht wat de voorwaarden en/of eisen zijn voor een schuldenaar om een ‘beoogd curator’ toegewezen te krijgen. Er wordt ingegaan op de voorwaarden en/of eisen die gesteld worden aan een schuldenaar om een geslaagd verzoek te doen aan de rechtbank. In dit hoofdstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen de informatie uit de vakliteratuur en de WCO I en MvT. Door dit onderscheid is zijn er twee subhoofdstukken ontstaan. Het eerste subhoofdstuk bevat de informatie vanuit de vakliteratuur. Dit is een onderdeel wat niet uitgebreid op de inhoud ingaat. Er is geen vakliteratuur gevonden waarin de uitwerking van het verzoekschrift uitgebreid beschreven staat. De oorzaak hiervan zou kunnen zijn dat er nog geen uniforme regeling is getroffen door de rechtbanken. Daarnaast wordt op dit moment de pre-pack-procedure niet dagelijks toegewezen. Hoeveel pre-pack-procedures worden uitgesproken is niet te controleren omdat de succesvol afgewende faillissementen niet worden gepubliceerd. De wetgever heeft ervoor gekozen deze publicaties achterwege te laten omdat bij een aanstaand faillissement of andere financiële problematiek een onderneming vaak te maken krijgt met negatieve publiciteit wat een sterk waarde verminderend effect van de onderneming als gevolg kan hebben²². Omdat het geen dagelijks voorkomende procedure is waar uniforme regels over zijn afgesproken is de invulling per rechtbank waarschijnlijk licht afwijkend van elkaar. Hierdoor is er geen uniforme invulling van het verzoekschrift. In het tweede subhoofdstuk wordt gekeken naar de informatie vanuit de WCO I en de MvT. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie. In deze conclusie wordt het antwoord op de deelvraag samengevat.

2.2.1 Wat is blijkens vakliteratuur de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een ‘beoogd curator’ toegewezen te krijgen?

De pre-pack-procedure begint met een verzoekschrift aan de rechtbank. Het verzoek tot aanwijzing van een ‘beoogd curator’ wordt verplicht ingediend door een advocaat²³. De verplichting van het indienen van het verzoekschrift door een advocaat is onderstreept in de MvT²⁴. In het verzoekschrift verzoekt de advocaat namens de schuldenaar de rechtbank een curator aan te wijzen die benoemd zal worden als het tot een faillissement komt²⁵.

Het verzoekschrift moet voldoen aan een aantal vereisten. Deze vereisten kunnen per rechtbank verschillen omdat er nog geen vastgesteld beleid is waar het verzoekschrift aan moet voldoen. Wel kan geconcludeerd worden dat het verzoekschrift onderbouwd moet zijn met een toelichting. De toelichting moet ten eerste worden onderbouwd met argumenten waaruit blijkt dat de aanwijzing van een ‘beoogd curator’ in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is. Ten tweede moet in deze toelichting worden beschreven waarom een faillissement tot waardevermindering leidt die door de pre-pack kan worden voorkomen, wat het oogmerk van de pre-pack is en waarom de pre-pack een kans van slagen heeft²⁶. Ten derde zijn de belangen van maatschappelijke aard een belangrijk onderdeel bij de aanwijzing van de ‘beoogd curator’²⁷. Het is bijvoorbeeld van belang om aan te tonen dat de

²² MvT, p. 11 - 12

²³ Hoboken advocaten

²⁴ MvT, p. 13

²⁵ Voom & Van Beek 2013

²⁶ Cools 2014

²⁷ Vroom & Van Beek 2013

werkgelegenheid behouden wordt²⁸. De continuïteit van een onderneming kan onder maatschappelijk belang geschaard worden. Het doorstarten van een (deel van de) onderneming is niet het hoofddoel maar kan bijdragen aan de toets voor het aanwijzen van een ‘beoogd curator’²⁹. Tot slot is het verstandig om stukken bij te voegen die benodigd zijn bij een verzoek tot surseance van betaling³⁰. Hierna volgt een praktijkvoorbeeld waaruit de maatschappelijke belangen van een onderneming blijken. Deze maatschappelijke belangen zijn in de aanwijzing van de ‘beoogd curator’ door de rechter meegewogen.

Voorbeeld

Een praktijkvoorbeeld van een bedrijf met maatschappelijke belangen is De Schoenenreus. De maatschappelijke belangen van De Schoenenreus waren het behoud van de werkgelegenheid en de continuïteit van de onderneming. Na de doorstart zijn de meeste filialen en duizend van de vijftienhonderd personeelsleden behouden³¹. Door de pre-pack-procedure zijn de filialen niet gesloten geweest.

Uit een interview met coördinerend rechter-commissaris bij rechtbank Noord-Holland, de heer mr. drs. A.J. Wolfs³², is duidelijk geworden dat bij de rechtbanken een vragenlijst wordt gehanteerd bij het toewijzen van een ‘beoogd curator’. Aan de hand van deze vragenlijst wordt bepaald of de aanvragende partij een geschikte kandidaat is voor de pre-pack-procedure. De vragenlijst is opgebouwd uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel bestaat uit voorwaarden. De eerste voorwaarde is dat de onderneming zich juridisch heeft laten bijstaan. De andere voorwaarden hebben betrekking op de administratie van de aanvragende partij. Deze moet op orde, betrouwbaar en inzichtelijk zijn. Als aan deze voorwaarden is voldaan, wordt het tweede onderdeel van de vragenlijst gesteld aan de aanvrager. Deze vragen kunnen in drie onderwerpen worden onderverdeeld. Het eerste onderwerp ziet toe op de huidige stand van zaken van de aanvragende partij. Dit heeft betrekking op de (financiële) balans van het bedrijf. Het tweede onderwerp gaat over de door de aanvragende partij genomen stappen die van belang zouden kunnen zijn voor de pre-pack-procedure. Hierbij kan worden gedacht aan eventuele opgestelde taxatierapporten of benaderde overnamekandidaten. Afgesloten wordt met het onderwerp over stakeholders. De rechtbank wil weten welke partijen betrokken zijn bij een onderneming en of (in welke mate) zij op de hoogte zijn van de aangevraagde pre-pack-procedure.

2.2.2 Wat zijn blijkens de wetswijziging Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een ‘beoogd curator’ toegewezen te krijgen?

Als eerste is het van belang om ervan op de hoogte te zijn dat artikel 5 van de Faillissementswet wordt uitgebreid. Dit artikel is van belang omdat de toewijzing van de ‘beoogd curator’ hier zijn wettelijke verankering vindt. In het 1^e lid wordt de verwijzing naar artikel 363 opgenomen³³. In artikel 5 lid 1 van de Faillissementswet staat dat verzoekschriften worden ingediend door een advocaat. Er is gekozen voor de toevoeging van artikel 363 in lid 1 omdat het van belang is dat een schuldenaar zich goed laat informeren over de juridische betekenis voordat hij een verzoek indient. Het is de taak van de advocaat om de schuldenaar goed te informeren. De advocaat moet ervoor zorgen dat de schuldenaar op de hoogte is van de taak van de ‘beoogd curator’ en van zijn eigen beschikkingsbevoegdheid over de onderneming³⁴. Door de toewijzing van een ‘beoogd

²⁸ Dielissen-Breukers & Vink 2013

²⁹ Huffman, van der Pijl & Zaal 2014, p.6

³⁰ Hoboken advocaten

³¹ Achterberg 2013

³² Interview met de heer Wolfs, bijlage 1

³³ WCO I, p. 1

³⁴ MvT, p. 16

curator' verandert niets in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar over zijn onderneming en het daarbij behorende vermogen³⁵.

In de WCO I is met betrekking tot de aanwijzing van een 'beoogd curator' of een 'beoogd bewindvoerder' artikel 363 voorgesteld³⁶. Onder lid 4 van dit artikel wordt duidelijk dat niet iedereen als schuldenaar kan worden aangemerkt. "Een aanwijzing als bedoeld in het eerste lid wordt niet gedaan indien de verzoeker een natuurlijk persoon is die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent". Anders verwoord staat er dat het verzoek mag worden ingediend door een rechtspersoon die een onderneming drijft of een natuurlijk persoon die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent. Er is gekozen voor deze beperking omdat de regeling gericht is op de voorbereiding van een eventueel faillissement van een onderneming die gevoerd wordt door een natuurlijk persoon of rechtspersoon. Dit is de enige beperking die gesteld is aan de regeling. De regeling is toepasbaar op alle ondernemingen, ongeacht de activiteiten en rechtsvorm(en)³⁷.

Onder lid 1 van artikel 363 van de WCO I staat dat de schuldenaar een verzoek moet indienen bij de rechtbank. Dit verzoekschrift moet aan een aantal voorwaarden voldoen. De schuldenaar moet aannemelijk maken dat met de aanwijzing van een 'beoogd curator' het gezamenlijk belang van de schuldeisers is gediend. Daarnaast moet aannemelijk worden gemaakt dat de belangen van maatschappelijke aard ermee gediend zijn. Belangen van maatschappelijke aard zijn bijvoorbeeld: openbare orde en veiligheid of de continuïteit van de onderneming en daarmee het behoud van de werkgelegenheid.

Voor de invulling van dit artikel wordt gekeken naar de uitwerking in de Memorie van Toelichting. Uit de toelichting blijkt dat de rechtbank een besluit neemt op basis van het ingediende verzoek. Het verzoek moet summier zijn. Met een summier verzoek wordt bedoeld dat de rechtbank na een kort en eenvoudig onderzoek moet kunnen vaststellen dat er aanleiding is om tot aanwijzing van een 'beoogd curator' over te gaan³⁸. Verder moet het verzoek een weergave geven van feiten en omstandigheden, welke moeten aantonen dat is voldaan aan de voorwaarden in artikel 363 lid 1 van de WCO I.

Indien de aanvraag is gericht op een spoedige afwikkeling van een faillissement, moet de schuldenaar uiteenzetten welke stappen hij wil nemen in de periode tijdens de benoeming en wat de rol van de 'beoogd curator' hierin is. Indien de aanvraag is gericht op de doorstart van (een deel van) de onderneming, moet de schuldenaar de rechtbank in ieder geval inlichten over de beoogde transactie en over een eventuele overnamekandidaat. Het wetsvoorstel is een kaderregeling. Er wordt aan de rechtbanken de ruimte geboden om ten aanzien van het verzoekschrift een gezamenlijk beleid te ontwikkelen³⁹.

Tot slot zit er een financieel aspect aan de aanvraag. Voor natuurlijke personen zijn de kosten voor een aanvraag € 75,00 en voor rechtspersonen € 112,00⁴⁰. Tegen de beschikking kan geen hoger beroep worden ingesteld⁴¹.

2.2.3 Conclusie

De eerste eis die gesteld wordt is dat een schuldenaar een rechtspersoon moet zijn die een onderneming drijft of een natuurlijk persoon is die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent. Ten tweede dient het verzoek ingediend te worden door een advocaat. Westland Partners

³⁵ MvT, p. 21

³⁶ WCO I, p. 3 -4

³⁷ MvT, p. 18

³⁸ MvT, p. 3

³⁹ MvT, p. 17

⁴⁰ MvT, p. 18

⁴¹ WCO I, p. 4

kan mogelijk cliënten begeleiden in deze procedure. Het verzoek moet summier zijn maar voldoende zijn onderbouwd om aan te tonen dat de pre-pack-procedure van belang kan zijn. Deze toelichting bestaat uit feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat de toewijzing van een 'beoogd curator' bijdraagt aan het gezamenlijk belang van de schuldeisers of bijdraagt aan het maatschappelijk belang. Het maatschappelijk belang is bijvoorbeeld de werkgelegenheid bij continuïteit van de onderneming. Het gezamenlijke belang van de schuldeisers kan worden onderbouwd door een weergave van argumenten en feiten waaruit blijkt dat een faillissement tot waardevermindering leidt die door de pre-pack kan worden voorkomen, wat het oogmerk van de pre-pack is en waarom het een kans van slagen heeft. Ten aanzien van het maatschappelijk belang moet er onderbouwd worden wat de pre-pack-procedure kan bijdragen aan de continuïteit van de onderneming en daarmee het behoud van werkgelegenheid.

De exacte invulling van de verzoekschriften kan per rechtbank verschillen omdat er (nog) geen uniform beleid is. Wel is er een vragenlijst die gehanteerd wordt. Deze vragenlijst is een handvat voor de beoordeling van een aanvraag voor de toewijzing van een pre-pack-procedure. Deze vragenlijst gaat onder andere over de boekhouding/administratie van de onderneming, de stappen die een onderneming zelf al heeft ondernomen en over de stakeholders.

Tot slot zit er een financieel aspect aan het verzoek. De kosten voor het verzoek zijn voor natuurlijke personen € 75,00 en voor rechtspersonen € 112,00. Tegen de beschikking is het niet mogelijk hoger beroep in te stellen.

2.3 Wat zijn blijkens de vakliteratuur, het wetsvoorstel *Wet Continuïteit Ondernemingen I* en de *Memorie van Toelichting de werkzaamheden van een 'beoogd curator'*?

In deze paragraaf staat de vraag 'wat zijn blijkens vakliteratuur, concept WCO I en het concept MvT de werkzaamheden van een 'beoogd curator' centraal. In de huidige praktijk is de 'beoogd curator', en daardoor ook zijn taken, ongereguleerd. Dit hoofdstuk is opgebouwd uit twee subhoofdstukken. In het eerste subhoofdstuk worden de werkzaamheden van de 'beoogd curator' vanuit de vakliteratuur uiteengezet. In dit hoofdstuk staat het '*concept Praktijkregels beoogd curator*' van het Insolad centraal. Zij hebben een vrij duidelijk beeld geschetst van de taken die een 'beoogd curator' moet uitvoeren. In de inleiding van de praktijkregels staat duidelijk vermeld dat de praktijkregels geen dwingend karakter hebben en slechts dienen als richtsnoer⁴². De taken die in de praktijkregels van het Insolad beschreven staan, worden in dit hoofdstuk aangevuld en onderbouwd met andere vakliteratuur. Het hoofdstuk begint bij de aanvang van de pre-pack-procedure en eindigt bij de verslaglegging door de 'beoogd curator'.

In het tweede subhoofdstuk worden de werkzaamheden zoals beschreven in de WCO I en de MvT uiteen gezet. Ter afsluiting zal er een conclusie worden getrokken. In het hoofdstuk 'Wat zijn blijkens de faillissementsverslagen de verrichte werkzaamheden van de 'beoogd curator' tijdens de pre-pack-procedure?' wordt aan de hand van vergelijkend onderzoek een beeld geschetst van de praktijk.

2.3.1 Wat zijn blijkens de vakliteratuur de werkzaamheden van een 'beoogd curator'?

De 'beoogd curator' heeft geen formele positie binnen de onderneming. Hij handelt alleen met instemming van de schuldenaar. De 'beoogd curator' informeert zich, en laat zich informeren over de onderneming⁴³. De 'beoogd curator' kijkt, zwijgt en luistert voornamelijk⁴⁴. Ook wanneer een doorstart niet mogelijk is, kan het bevorderlijk zijn voor de onderneming dat een 'beoogd curator' wordt toegewezen. De 'beoogd curator' kan in dat geval voorbereidingen treffen voor het aankomende faillissement⁴⁵.

De 'beoogd curator' heeft zijn blik gericht op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers maar houdt daarbij rekening met de maatschappelijke belangen. De 'beoogd curator' handelt alleen met instemming van de schuldenaar. Dit betekent niet dat de 'beoogd curator' afhankelijk is van de schuldenaar. De 'beoogd curator' is onafhankelijk en niet verplicht om de instructies van de schuldenaar op te volgen. De 'beoogd curator' kan zijn taak neerleggen wanneer een schuldenaar niet instemt met de voorgestelde koers of geen uitvoering brengt aan gegeven aanwijzingen⁴⁶.

De 'beoogd curator' heeft een adviserende taak. De adviezen worden op verzoek van de schuldenaar gegeven. De schuldenaar kan aan de 'beoogd curator' verzoeken een verklaring af te leggen waarin hij aangeeft welke rechtshandelingen vernietigd worden na een eventuele faillietverklaring, welke goederen vervreemd zullen worden en welke voorbereidingen getroffen kunnen worden om de afwikkeling van een faillissement te bespoedigen. De adviezen zijn van waarde omdat op de rand van een faillissement het soms lastig te bepalen is welke handelingen terug gedraaid worden door middel van actio

⁴² Insolad 2014, p. 1 sub 1.1

⁴³ Insolad 2014, p. 2 sub 3.1 en 3.2

⁴⁴ Verstijlen 2014, p. 3

⁴⁵ Jongepier & Hoogenboezem 2013, p. 2

⁴⁶ Insolad 2014, p. 2 sub 3

pauliana⁴⁷. Actio pauliana is de wettelijke grond waarop een curator een rechtshandeling van een schuldenaar vernietigt. Het doel van actio pauliana is dat na een faillietverklaring de curator de handelingen die nadelig zijn geweest voor de schuldeisers terug kan draaien⁴⁸.

Het kan voorkomen dat een ondernemer een kans van slagen heeft bij het voortzetten van (een deel van) de onderneming. In deze situatie is het van belang dat de 'beoogd curator' er zeker van is dat de schuldenaar over voldoende middelen of financiering beschikt om de voortzetting te realiseren zonder schade aan derden toe te brengen⁴⁹.

Wanneer er sprake is van een doorstart heeft de 'beoogd curator' andere taken. De 'beoogd curator' moet beoordelen of de schuldenaar voldoende inspanning heeft geleverd om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren. Dit doet de 'beoogd curator' door na te gaan of de schuldenaar een behoorlijke marktverkenning heeft uitgevoerd. De schuldenaar voert een behoorlijke marktverkenning uit door alle serieuze gegadigden te benaderen. Hiervoor moet hij eerst onderzoeken wie een serieuze gegadigde is. Na de onderzoeksfase moet de 'beoogd curator' zeker weten dat de schuldenaar een deugdelijk biedproces heeft georganiseerd. Het is de bedoeling dat er concurrentie tussen de gegadigden ontstaat. Daarbij moeten alle gegadigden voldoende tijd en gelegenheid hebben gehad om onderzoek naar de over te nemen onderdelen te doen en daarop een bod uit te brengen. Op verzoek van de schuldenaar mag de 'beoogd curator' feitelijk assisteren tijdens het proces⁵⁰. De marktverkenning en het biedproces kunnen door bijzondere omstandigheden achterwege blijven. Bij het overslaan van het biedproces moet er sprake zijn van een bod dat hoger is dan andere potentiële biedingen. Ook kan het voorkomen dat de afwachting van het biedproces de waarde van de onderneming aantast waardoor er een lagere opbrengst gerealiseerd kan worden. In zulke gevallen mag, met instemming van de 'beoogd curator', het biedproces worden overgeslagen⁵¹. De 'beoogd curator' zal geen medewerking verlenen aan de doorstart als de verkoopprijs niet wezenlijk hoger ligt dan de verwachte opbrengst bij liquidatie⁵².

Het is de taak van de 'beoogd curator' om te waken voor misbruik van het recht. Misbruik kan bijvoorbeeld concurrentievervalsing zijn. Rechtbank Amsterdam wijst, naar aanleiding van de casus van Estro, geen 'beoogd curator' meer toe als er geen externe gegadigden zijn⁵³.

Wanneer er bij een voorgenomen verkoop een (deel van de) overnemende onderneming te koppelen is aan de schuldenaar, moet de 'beoogd curator' waken voor concurrentievervalsing. De 'beoogd curator' treedt terughoudend op en verzekert zichzelf ervan dat concurrenten voldoende de gelegenheid hebben gehad om een bod uit te brengen⁵⁴.

De 'beoogd curator' geeft geen medewerking aan een doorstart wanneer die te kort voor een faillissement wordt aangekondigd. Daarnaast is het een taak van de 'beoogd curator' om ervoor te waken dat er geen misbruik van de regeling wordt gemaakt om af te komen van verplichtingen tegenover werknemers⁵⁵.

⁴⁷ Verstijlen 2014, p.

⁴⁸ Bos 2009

⁴⁹ Insolad 2014, p. 3 sub 4

⁵⁰ Insolad 2014, p. 3 sub 5.1

⁵¹ Insolad 2014, p. 3 sub 5.2

⁵² Insolad 2014, p. 3 sub 5.3

⁵³ Wolfs

⁵⁴ Insolad 2014, p. 3 – 4 sub 5.4 en 5.5

⁵⁵ Insolad 2014, p. 4 sub 5.6 en 5.7

Ter verduidelijking volgt een praktijkvoorbeeld van een onderneming dat zich in financieel zwaar weer bevond. De overnamekandidaat is de investeringsmaatschappij en tevens grootste schuldeiser. Dit voorbeeld maakt duidelijk welke overwegingen worden gemaakt als de ‘beoogd curator’ zijn taken wilt neerleggen.

Estro/Smallsteps

Met betrekking tot eerlijke concurrentie, het neerleggen van de taak als ‘beoogd curator’ en maatschappelijke belangen is de casus van kinderdagverblijf Estro een duidelijk en recent voorbeeld. Kinderdagverblijf Estro heeft een doorstart gemaakt onder de naam Smallsteps. De nieuwe eigenaar is dezelfde als de oude eigenaar, namelijk investeringsmaatschappij HIG capital⁵⁶ (hierna: ‘HIG’). HIG was aandeelhouder van Estro en de grootste schuldeiser. HIG was een potentiële koper en beschikte over veel voorkennis⁵⁷. De bestuursvoorzitter van Estro kon zijn functie blijven uitvoeren bij de doorstart gefaciliteerd door HIG. De ‘beoogd curator’ was de heer mr. W.J.P. (Wouter) Jongepier, werkzaam bij Boekel De Nereé N.V. en de ‘beoogd rechter-commissaris’ was mr. N.A.J. Purcell⁵⁸. Het eerste bod van HIG was, volgens Jongepier, teleurstellend⁵⁹. Op 25 juni 2014 trok HIG zich terug uit de onderhandelingen. Op 26 juni heeft de oorspronkelijke investeerder KKR een bod uitgebracht. Het is opvallend te noemen dat HIG een paar uur later een verbeterd bod uitbracht dat in dezelfde lijn lag als het bod van KKR⁶⁰. Deze situatie is niet de bedoeling van de pre-pack. Het is niet de bedoeling dat een eigenaar exclusief met zichzelf onderhandelt over een doorstart. Er zouden meerdere gegadigden moeten worden benaderd volgens curator Jongepier. Jongepier heeft overwogen om zijn taak als ‘beoogd curator’ neer te leggen maar heeft dit, in overleg met de ‘beoogd rechter-commissaris’ niet gedaan. De maatschappelijke consequenties zouden te zwaar wegen⁶¹. Bij een onmiddellijke staking van de activiteiten zouden 30.000 kinderen acuut zonder opvang zitten en zouden 3.600 mensen hun baan verliezen⁶². Kinderopvangorganisatie SKW liet weten dat zij een onafhankelijk onderzoek rondom de overname willen laten uitvoeren. Het bedrijf had namelijk serieuze interesse in de overname maar is niet benaderd tijdens het biedproces⁶³.

De ‘beoogd curator’ motiveert de schuldenaar om in de aanloop van de doorverkoop van (een deel van) de onderneming zoveel mogelijk openheid tegenover financiers, potentiële gegadigden en de belangrijkste stakeholders te verschaffen. De stakeholders bestaan in elk geval uit de personeelsvertegenwoordigers en vakbonden⁶⁴.

De ‘beoogd curator’ brengt achteraf verslag uit. Het verslag is een compensatie voor het gebrek aan transparantie tijdens de pre-pack-procedure⁶⁵. Wanneer het bij een pre-pack-procedure tot een faillissement of surseance van betaling komt, moet de benoemde curator zo snel mogelijk verslag uitbrengen over de periode als ‘beoogd curator’. Dit verslag moet zo transparant mogelijk zijn en zoveel mogelijk informatie verschaffen. Er dient in elk geval genoeg informatie in het verslag te staan om crediteuren in staat te stellen te controleren of

⁵⁶ Van der Heijden 2014

⁵⁷ Verkerk, Windt & Rozendal 2014

⁵⁸ Faillissementsverslag 1a

⁵⁹ Dijkman 2014 en Van der Heijden 2014

⁶⁰ Dijkman 2014

⁶¹ Van der heijden 2014

⁶² Dijkman 2014

⁶³ Nu.nl 2014

⁶⁴ Insolad 2014, p. 4 sub 7.2

⁶⁵ Verstijlen 2014, p. 4

tijdens de stille periode de belangen van de gezamenlijke schuldeisers voldoende zijn gediend⁶⁶. In het bijzonder moet minimaal de volgende informatie terug te vinden zijn:

- Een chronologische beschrijving van de gang van zaken vanaf de aanvang van het 'beoogd curatorschap' tot het moment van het verslag;
- Het verzoek tot aanwijzing van de 'beoogd curator' en de aanwijzingsbrief van de rechtbank;
- De aanstellingsovereenkomst tussen de 'beoogd curator' en de schuldenaar.

Wanneer er sprake is van een doorstart dient er duidelijk gemaakt te worden waarom voor een doorstart is gekozen. Daarnaast zou uit het verslag moeten blijken waarom de 'beoogd curator' heeft gekozen voor een doorstart en niet voor continuering van de onderneming. Uit het verslag moet ook blijken dat de verkoop meer heeft opgeleverd dan liquidatie van de onderneming. In dit onderdeel is transparantie net zo belangrijk als in het algemene deel van het verslag. De crediteuren moeten kunnen beoordelen of de doorstart in het algemene belang van de schuldeisers is voltrokken. Daarnaast moeten de relevante details van de transactie inzichtelijk zijn.

Naast deze informatie moeten alle overige belangrijke handelingen worden weergegeven samen met de betrokkenheid van stakeholders tijdens de stille periode. Uit het verslag blijkt ook, indien van toepassing, waarom de pre-pack-procedure voortijdig is beëindigd⁶⁷.

2.3.2 Wat zijn blijkens het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting de werkzaamheden van een 'beoogd curator'?

In artikel 365 van de WCO I staan de taken en bevoegdheden van de 'beoogd curator' opgeschreven.

In lid 1 van dit artikel staat dat de 'beoogd curator' bij zijn handelen altijd de taak van de curator als uitgangspunt neemt. De 'beoogd curator' is niet verplicht om aanwijzingen van de schuldenaar op te volgen of van een meerdere van de schuldeiser.

In lid twee staat beschreven wat de 'beoogd curator' mag verklaren wanneer de schuldeiser daarom verzoekt. De 'beoogd curator' mag verklaren;

- of een rechtshandeling, verricht door de schuldenaar, wel of niet zal worden vernietigd na een eventuele faillietverklaring;
- over de voorwaarden waaronder goederen vervreemd zullen worden. De 'beoogd curator' mag verklaren;
- welke voorbereidingen getroffen kunnen worden om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen.

In lid drie staat beschreven dat van de schuldenaar mag worden verwacht dat hij alle relevante informatie verschaft. Met toestemming van de schuldenaar kan de 'beoogd curator' informatie bij derden opvragen of een onderzoek door een derde partij laten verrichten⁶⁸.

Uit de MvT blijkt dat bij lid 1 als eerste onderstreept moet worden hoe belangrijk de onafhankelijke rol van de 'beoogd curator' is. Verder licht de MvT toe wat er bedoeld wordt met de term: "de 'beoogd curator' moet bij zijn handelen de taak van curator als uitgangspunt nemen". De wetgever bedoelt hiermee dat de 'beoogd curator' zijn handelen afstemt op de behoefte van de schuldeisers, zoals het geval is bij het handelen van een curator bij een faillissement. De 'beoogd curator' moet bijvoorbeeld bij het adviseren proberen een zo groot mogelijke winst te behalen zodat (een deel van) de vordering(en) kan/kunnen worden voldaan.

Verder blijkt uit het artikel dat de schuldenaar zelf volledig de beschikking houdt over de onderneming en het vermogen. De 'beoogd curator' neemt namelijk geen actieve rol aan bij de bedrijfsvoering en heeft dan ook geen enkele verplichting tegenover de onderneming. De enige uitzondering is de geheimhoudingsverplichting. De 'beoogd curator' heeft alleen de

⁶⁶ Insolad 2014, p. 5 sub 9.1 en 9.2

⁶⁷ Insolad 2014, p. 6 en 7 Sub 9.2

⁶⁸ WCO I, p. 5

taak om mee te kijken, zich te informeren en een oordeel te vormen over de gang van zaken binnen een onderneming⁶⁹.

In het tweede lid van het artikel wordt duidelijk dat een harmonieuze omgang tussen de schuldenaar en 'beoogd curator' een belangrijk element is. De 'beoogd curator' kan, op verzoek van de schuldenaar, verklaren hoe hij een rechtshandeling, waarvan de schuldenaar voornemens is uit te voeren, zou beoordelen als curator in een eventueel faillissement. Hiermee wordt de vraag beantwoordt of een curator de rechtshandeling wel of niet zou vernietigen op grond van artikel 42 en 47 Fw⁷⁰. In artikel 42 Fw staat de bevoegdheid van een curator om een rechtshandeling te vernietigen die de schuldenaar onverplicht heeft gedaan waarvan hij wist of behoorde te weten dat dit nadelig zou zijn voor de schuldeisers. In artikel 47 Fw staat dat wanneer een schuldenaar een schuld voldoet, de curator deze rechtshandeling kan vernietigen wanneer de ontvanger van de betaling wist dat het faillissement was aangevraagd of de betaling het doel had om één schuldeiser boven andere schuldeisers te begunstigen⁷¹.

Ter verduidelijking zal een voorbeeld volgen waarin een fictief bedrijf dat een noodkrediet wil aangaan. Uit dit voorbeeld blijkt wat de rol van de 'beoogd curator' hierin kan zijn.

Voorbeeld:

De eigenaar van de kledingwinkel Van Sinkel wil een noodkrediet aangaan om zijn onderneming draaiend te kunnen houden tot de doorstart of het faillissement. Dit noodkrediet wordt afgesloten tegen een zekerheidsstelling. De 'beoogd curator' kan verklaren dat hij, na de doorstart of het faillissement, de overeenkomst met de zekerheidsstelling niet zal vernietigen door middel van actio pauliana. Dit geeft de schuldenaar en de verstrekker van het noodkrediet zekerheid. De toezegging van de 'beoogd curator' kan essentieel zijn voor de verstrekker omdat hij het krediet met een hoog risico verschaft maar zijn gevestigde zekerheidsrecht niet zal verliezen na een doorstart of faillissement⁷².

Verder blijkt uit lid 2 dat de 'beoogd curator', op verzoek van de schuldenaar, kan verklaren onder welke voorwaarden verwacht mag worden dat de curator in een faillissement goederen zal vervreemden. Het vervreemden van goederen gebeurt op basis van artikel 101 lid 1 Fw⁷³. In dit artikel staat de bevoegdheid van de curator om goederen te vervreemden. De vervreemding moet noodzakelijk zijn om de kosten van het faillissement te voldoen of goederen zijn die niet bewaard kunnen worden en daardoor nadelig voor de boedel zijn⁷⁴. Dit zijn bijvoorbeeld bederfelijke goederen, goederen die gevoelig zijn voor slijtage of goederen die direct na het faillissement meer opleveren dan op een later moment. Bij een doorstart neemt de doorstartende partij, naast een bedrijfsonderdeel, ook vaak goederen over van de failliete onderneming. Door deze verkoop, die plaatsvindt voor het faillissement, treedt er zo min mogelijk waardeverlies op. Als er een vergelijkbare verkoop is wanneer het faillissement al is uitgesproken, is er toestemming van de curator nodig. Vanwege een snelle doorstart en het waardebehoud is het van belang dat de 'beoogd curator' verklaringen aflegt waaruit een zekerheid ontstaat dat de transactie daadwerkelijk na het faillissement zal worden verricht⁷⁵.

Ter verduidelijking zal een voorbeeld volgen waarin dezelfde fictieve winkel uit het vorige voorbeeld failliet is verklaard en een potentiële overnamekandidaat is gevonden.

⁶⁹ MvT, p. 20 - 21

⁷⁰ MvT, p. 23

⁷¹ Faillissementswet, geraadpleegd op 9 april 2015

⁷² MvT, p. 24

⁷³ MvT, p. 24

⁷⁴ Faillissementswet, geraadpleegd op 12 april 2015

⁷⁵ MvT, p. 24 - 25

Voorbeeld

De kledingwinkel Van Sinkel gaat failliet en heeft een 'beoogd curator' toegewezen gekregen. Van Sinkel wil een doorstart realiseren door het bedrijf te verkopen. Denimdealers is geïnteresseerd en de doorverkoop van de onderneming is zo goed als rond. Naast de onderneming wil Denimdealers alle jeans overnemen van Van Sinkel. Normaal gesproken worden deze transacties voltooid na de faillietverklaring. De 'beoogd curator' vindt dit een goede overeenkomst en kan zich vinden in de afgesproken voorwaarden.

Door deze bepaling kan de 'beoogd curator' verklaren om de voorgenomen transactie tussen de partijen uit te voeren na de uitspraak van het faillissement. Dit betekent dat na de uitspraak van het faillissement de curator de jeans van Van Sinkel, samen met de onderneming, zal verkopen aan Denimdealers.

Uit het derde onderdeel van lid 2 blijkt dat de 'beoogd curator', indien de schuldenaar dit verzoekt, kan aangeven welke voorbereidingen nodig zijn om eventuele nadelige gevolgen van een faillissement af te wenden of zo veel mogelijk te beperken. Deze bepaling is opgenomen naar aanleiding van de faillissementsverslagen en sluit daarmee aan op de praktijk. Uit deze verslagen bleek dat de mogelijkheid voor een 'beoogd curator' om praktische maatregelen aan te kunnen reiken, in het belang van de schuldeiser en de continuïteit van de onderneming kunnen zijn. Deze bepaling kan het beste worden verduidelijkt aan de hand van een voorbeeld⁷⁶.

In het volgende voorbeeld bevindt de overnamekandidaat uit het vorige voorbeeld zich in een faillissement. Dit voorbeeld geeft de taken van de 'beoogd curator' in de praktijk weer.

Voorbeeld

Een aantal jaar na de doorstart gaat het met Denimdealers financieel niet meer goed. Zij zien geen andere uitweg meer en op eigen verzoek wordt het faillissement uitgesproken. De jeansfabrikant heeft alle jeans onder eigendomsvoorbehoud geleverd. Na de uitspraak van het faillissement komt de jeansfabrikant alle geleverde jeans terug halen. Hierdoor komt Denimdealers zonder voorraad te zitten en kan zij niet doordraaien. Doordat de onderneming stil komt te liggen, treedt er waardeverlies op. Dit waardeverlies houdt in dat er minder geld beschikbaar komt voor de schuldeisers. De bepaling uit artikel 365 lid 2 sub c WCO I geeft de 'beoogd curator' de mogelijkheid om samen met Denimdealers te kijken welke jeans er onder voorbehoud zijn geleverd. Daarna kan Denimdealers proberen een regeling te treffen met de jeansfabrikant om de geleverde jeans onder eigendomsvoorbehoud toch te verkopen. De opbrengst van de verkopen van de jeans komen ten goede van de jeansfabrikant. Door deze regeling komt de onderneming niet stil te liggen en blijft de waarde beter behouden.

In lid 3 is bepaald dat een schuldenaar de 'beoogd curator' voorziet van alle informatie die hij nodig heeft. Deze informatie heeft de 'beoogd curator' nodig om een goede verklaring af te kunnen leggen zoals is bedoeld in lid 2. Dit artikel is er niet gericht op het opleggen van een informatieverplichting aan de schuldenaar of een onderzoeksverplichting aan de 'beoogd curator'. Dit lid is opgenomen om te benadrukken dat de informatieverschaffing van de schuldenaar belangrijk is. Wanneer de 'beoogd curator' de mening is toegedaan dat de benodigde informatie niet wordt verstrekt, dan kan hij de rechtbank vragen om hem van zijn taak te ontheffen. Niet expliciet in de voorgestelde wetstekst is weergegeven dat na benoeming van 'beoogd curator' tot curator een verklaring, afgelegd zoals bedoeld in het tweede lid, kan worden terug gedraaid. Dit kan de curator doen wanneer hij ten tijde van de verklaring beschikte over gebrekkige of inadequate informatie. In het derde lid is opgenomen dat de 'beoogd curator' met toestemming van de schuldenaar een derde mag bevragen of

⁷⁶ MvT, p. 25

een onderzoek door een derde mag laten verrichten. Het bevragen van een derde kan van pas komen omdat de 'beoogd curator' een schuldenaar niet kan ontslaan uit zijn geheimhoudingsplicht. Het inschakelen van een derde voor het verrichten van onderzoek kan van pas komen wanneer (een deel van) de onderneming getaxeerd moet worden. Voor deze handelingen is de toestemming van de schuldenaar nodig. De toestemming is nodig omdat er door de toewijzing van een 'beoogd curator' geen verandering plaatsvindt in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar⁷⁷.

2.3.3 Conclusie

De werkzaamheden van de 'beoogd curator' moeten berusten op een aantal beginselen. Deze beginselen zijn voorwaarden en eisen waaraan voldaan moet worden om daadwerkelijke werkzaamheden te kunnen verrichten. Het is voor Westland Partners van belang dat zij er zeker van zijn dat de werkzaamheden die zij willen gaan verrichten in de rol van 'beoogd curator' gebaseerd zijn op deze beginselen.

De grondslag voor de werkzaamheden van de 'beoogd curator':

De 'beoogd curator' kan slechts handelen op verzoek of met toestemming van de schuldenaar. Dit komt omdat er door de aanwijzing van de 'beoogd curator' geen verandering plaatsvindt in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. De 'beoogd curator' is niet afhankelijk van de schuldenaar en dient onafhankelijk te handelen. De 'beoogd curator' stemt al zijn handelen en zijn verklaringen af op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De 'beoogd curator' houdt bij het geven van zijn verklaringen rekening met de maatschappelijke belangen. Dit zijn bijvoorbeeld de werkgelegenheid en continuïteit van de onderneming.

Voor Westland Partners is het belangrijk dat de 'beoogd curator' de beginselen in acht neemt. Bij iedere handeling die de 'beoogd curator' doet, is het van belang dat de beginselen in acht worden genomen.

De werkzaamheden van de 'beoogd curator':

De 'beoogd curator' informeert zich en laat zich informeren over de onderneming. Dit heeft onder andere betrekking op het financiële aspect van de onderneming, de maatschappelijke belangen en de gezamenlijke schuldeisers. Na deze periode kan er een onderscheid gemaakt worden tussen een onderneming die (deels) een doorstart kan maken een onderneming waarvan het faillissement onafwendbaar is.

Bij een onderneming die een doorstart kan maken moet de 'beoogd curator' nagaan of er voldoende middelen zijn om een succesvolle doorstart te realiseren en of er geen derden worden geschaadt bij de doorstart.

Bij een onderneming die een faillissement niet af kan wenden moet de 'beoogd curator' andere werkzaamheden verrichten. De 'beoogd curator' kan op verzoek van de schuldenaar verklaringen afleggen. Deze verklaringen kunnen drie onderwerpen hebben. Het eerste onderwerp is een verklaring van de 'beoogd curator' welke handelingen wel of niet zullen worden vernietigd door de curator na uitspraak van het faillissement. Het onderwerp gaat over welke goederen vervreemd zullen worden na een faillietverklaring. Tot slot kan de 'beoogd curator' een verklaring geven over de te treffen voorbereidingen om de afwikkeling van het faillissement te bespoedigen.

Naast het geven van verklaringen heeft de 'beoogd curator' ook toezichthoudende taken. Het komt vaak voor dat een onderneming eerst failliet verklaard wordt voordat het een doorstart maakt. Dit komt omdat bij een overname zonder faillissement de partij die (een deel van) de

⁷⁷ MvT, p. 27

onderneming overneemt, ook de schuldeisers meeneemt. Wanneer het bedrijf eerst failliet wordt verklaard, neemt de doorstartende ondernemer niet de schuldeisers mee. Het is tijdens het biedproces voor de 'beoogd curator' van belang dat hij zich ervan vergewist dat de schuldenaar voldoende inspanning heeft geleverd om een zo hoog mogelijke winst te behalen. Dit kan de schuldenaar onder andere doen door meerdere partijen te benaderen en deze tegen elkaar op te laten bieden. De 'beoogd curator' mag, op verzoek van de schuldenaar, assisteren tijdens dit biedproces.

Omdat er misbruik van deze regeling gemaakt zou kunnen worden moet de 'beoogd curator' waken voor misbruik van recht. Dit kan bijvoorbeeld concurrentievervalsing zijn of het starten van een procedure om van personeelsleden af te komen.

De 'beoogd curator' kan de rechtbank verzoeken om hem van zijn taken te ontheffen. Dit kan hij verzoeken indien de schuldenaar niet instemt met de gekozen koers of de aanwijzingen van de 'beoogd curator' niet volgt. Verder kan de 'beoogd curator' aan de rechtbank verzoeken hem uit zijn taak te ontheffen als (hij vermoed dat) hem de benodigde informatie niet wordt verstrekt of er bezwaren zijn tegen de samenwerking. Wanneer het vermoeden bestaat dat misbruik wordt gemaakt van het recht, kan de 'beoogd curator' eveneens verzoeken om hem uit zijn taak te ontheffen.

De mogelijkheid voor de 'beoogd curator' om zijn taken neer te leggen, kan door Westland Parters worden ingezet als drukmiddel bij de schuldenaar. Wanneer een bijvoorbeeld weigert een aanwijzing op te volgen, kan Westland Partners de schuldenaar wijzen op de mogelijkheden. Het is dus mogelijk om de taken neer te leggen. Wanneer de taken zijn neergelegd heeft de 'beoogd curator' geen enkele band met de onderneming. De schuldenaar kan dan geen advies of assistentie meer vragen aan de 'beoogd curator'. Daarbij zal de 'beoogd curator' de stand van zaken terug moeten koppelen. De 'beoogd rechter-commissaris' zal op de hoogte worden gebracht van de situatie en oordelen of de 'beoogd curator' zich mag terug trekken. De schuldenaar zal, bij de uitspraak van een faillissement waarschijnlijk een andere curator toegewezen krijgen.

Wanneer het faillissement wordt uitsproken is het de taak van de 'beoogd curator' om een faillissementsverslag te schrijven. In dit verslag moet de curator zo veel mogelijk informatie en transparantie verschaffen over de periode als 'beoogd curator'.

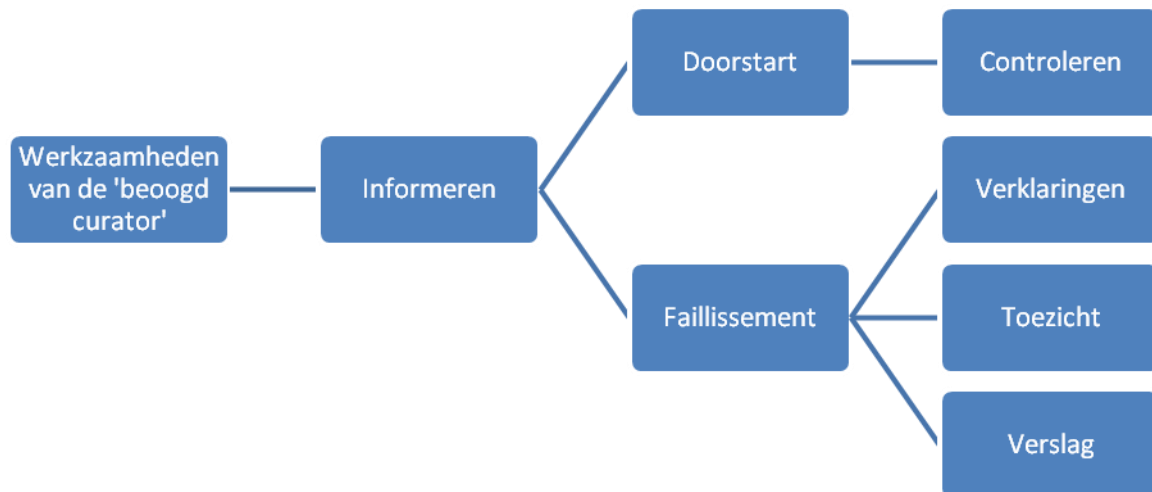
De werkzaamheden van de 'beoogd curator' zijn in een stroomschema gezet. Het eerste onderwerp is informeren. Hier is voor gekozen omdat dit onderwerp de 'beoogd curator' voldoende moet zijn geïnformeerd zodat hij een oordeel kan vormen en advies kan geven. Daarnaast is het van belang dat de 'beoogd curator' zo volledig mogelijk geïnformeerd is zodat hij kan oordelen of een doorstart reëel is of dat een faillissement onafwendbaar is.

Als er sprake is van een doorstart kan de doorstart gerealiseerd worden door de schuldenaar zelf. De schuldenaar kan ervoor kiezen om zelf de doorstart te realiseren of om de onderneming te verkopen aan een derde partij. Omdat het niet tot een faillissement komt, heeft de 'beoogd curator' slechts een controlerende rol. De 'beoogd curator' controleert of de doorstart geen onevenredige schade toebrengt aan derden.

Als een faillissement onafwendbaar is zijn de taken van de 'beoogd curator' uitgebreider. De 'beoogd curator' kan op verzoek verklaringen geven. Deze verklaringen worden gegeven op grond van de informatie waarover de 'beoogd curator' beschikt. De onderwerpen waarover de 'beoogd curator' verklaringen mag geven, zijn eerder in dit hoofdstuk beschreven. De 'beoogd curator' moet toezicht houden op de schuldenaar. De 'beoogd curator' moet erop toezien van de schuldenaar zich zo volledig mogelijk inzet. De schuldenaar kan handelingen verrichten om het faillissement zo spoedig mogelijk af te wikkelen en een zo hoog mogelijke

opbrengst voor de schuldenaren wordt gerealiseerd. De 'beoogd curator' waakt voor misbruik van het recht.

Tot slot moet de 'beoogd curator' een verslag schrijven. Het verslag waarbij het tot een faillissement is gekomen wordt openbaar gemaakt. In het verslag moeten de werkzaamheden van voor het faillissement worden beschreven en de werkzaamheden na het faillissement.



2.4 Wat is blijkens de vakliteratuur de aansprakelijkheid van een 'beoogd curator' tijdens de pre-pack-procedure?

In deze deelvraag wordt de aansprakelijkheid van een 'beoogd curator' uiteengezet aan de hand van literatuuronderzoek. Om de aansprakelijkheid van een 'beoogd curator' goed te kunnen begrijpen is het van belang dat de aansprakelijkheid van een 'curator' helder is. De vakliteratuur en de wetgever maken de vergelijking tussen de aansprakelijkheid van een 'curator' en de aansprakelijkheid van een 'beoogd curator'. Er zouden meerdere overeenkomsten tussen de aansprakelijkheid van een 'curator' en de aansprakelijkheid van een 'beoogd curator' zijn. Dit hoofdstuk bestaat uit drie subhoofdstukken. In het eerste subhoofdstuk wordt, aan de hand van vakliteratuur en eventuele wet- en regelgeving de aansprakelijkheid van een 'curator' uiteengezet. In het tweede subhoofdstuk wordt gekeken naar de aansprakelijkheid van een 'beoogd curator' aan de hand van de vakliteratuur. In het derde subhoofdstuk wordt, aan de hand van WCO I en de MvT de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' tijdens de pre-pack-procedure uiteengezet. Ter afsluiting van dit hoofdstuk zal een conclusie worden getrokken. In het hoofdstuk "Wat is de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' volgens jurisprudentie" wordt een vergelijkend onderzoek naar rechterlijke uitspraken gedaan.

2.4.1 Wat is de aansprakelijkheid van een 'curator' volgens de vakliteratuur?

Wanneer een curator zijn taak inadequaet vervult, kan hij aansprakelijk worden gesteld⁷⁸. De curator kan aansprakelijk worden gesteld in zijn rol als curator; dit heet 'q.q.'. Daarnaast kan de curator persoonlijk aansprakelijk worden gesteld; dit heet 'pro se'⁷⁹.

Om een curator q.q. aansprakelijk te stellen moet er gekeken worden naar de omstandigheden. Het kan voorkomen dat een curator bij de uitvoering van zijn rol als curator een steek laat vallen⁸⁰. De faillissementswet kent geen algemene norm waaraan het handelen van een curator kan worden getoetst⁸¹. In beginsel worden de handelingen van de curator getoetst aan de zelfde voorwaarden als een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW)⁸². De toetsingsgronden voor een handeling van de curator, op grond van voorgenoemd artikel zijn: er moet schade zijn, er moet causaal verband zijn tussen de daad en de schade en er moet sprake zijn van relativiteit⁸³. Eventuele schades komen ten laste van de boedel⁸⁴.

In geval van aansprakelijkheid 'pro se', gelden andere regels. Voor persoonlijke aansprakelijkheid van een curator moet er sprake van persoonlijke onzorgvuldigheid zijn⁸⁵. De Hoge Raad heeft op 19 april 1996 (NJ 1996 727) een uitspraak gedaan waarin een zorgvuldigheidsnorm voor de curator is neergelegd. Deze norm is tot op de dag van vandaag leidend⁸⁶. De neergelegde norm komt neer op: "een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende

⁷⁸ Wessels 2010, p. 212

⁷⁹ Kraaikamp 2012

⁸⁰ Guillaume 2012

⁸¹ De Coninck-Smolders e.a. 2010, p. 112

⁸² Wessels 2010, p. 212

⁸³ De Coninck-Smolders e.a. 2010, p. 113

⁸⁴ Wessels 2010, p. 212

⁸⁵ Wessels 2010, p. 215

⁸⁶ De Coninck-Smolders 2010, p. 113, Wessels 2010, p. 215 en Kraaikamp 2012

curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht”⁸⁷. Deze norm is ook wel bekend als het ‘maclou-arrest’ of de ‘maclou-norm’⁸⁸.

De persoonlijke aansprakelijkheid van een curator laat zich het beste illustreren aan de hand van een praktijkvoorbeeld. In dit voorbeeld had de curator had namelijk niet zo gehandeld als van een ‘modelcurator’ verwacht zou mogen worden.

Voorbeeld

Op 22 mei 2013 heeft rechtbank Zeeland-West-Brabant een uitspraak gedaan waarin de rechter oordeelde dat de curator persoonlijk aansprakelijk was⁸⁹. De casus is als volgt: Een carwashbedrijf is failliet verklaard. Zij huurde een pand dat was verbouwd tot geschikte omgeving voor een carwash. De verhuurder en huurder hadden met elkaar afgesproken dat de carwash mocht blijven staan, mede omdat het herstellen in de oorspronkelijke staat in de papieren zou gaan lopen. De curator wilde de carwashinstallatie verkopen en weigerde het pand, op kosten van de boedel, in de oude staat te herstellen. De curator had de verhuurder erop gewezen dat hij een vordering tot schadevergoeding kon indienen maar de boedel niet voldoende toereikend zou zijn om deze vordering te voldoen.

De belangrijkste overweging die de rechter maakte was dat door natrekking de bestanddelen van het bedrijf (in dit geval de geïnstalleerde carwash) onderdeel zijn geworden van het pand. De rechtbank vond dat de curator, doordat de installatie door natrekking eigendom is geworden van de verhuurder, niet bevoegd was om de installatie te verwijderen en te verkopen. De rechtbank vond dat de curator hierdoor een inbreuk maakte op het eigendomsrecht van de verhuurder. De rechter in deze uitspraak vond dat de curator persoonlijk niet alleen q.q. aansprakelijk was maar ook pro se⁹⁰.

Voorbeeld II

In deze uitspraak is een curator persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de geleden schade⁹¹. De curator had goederen verkocht ten bate van de boedel die eigenlijk buiten het faillissement behoorden te vallen. De schuldenaren waren gehuwd onder huwelijkse voorwaarden. De echtgenoot, wie deze goederen toebehoorden, heeft geprotesteerd tegen de verkoop. De curator zette de verkoop door⁹².

Dit is een goed voorbeeld van de ‘maclou-norm’. Deze curator handelde niet zoals een ‘modelcurator’ zou handelen. Door het protest beschikte de curator over voldoende inzicht om van de verkoop af te zien of tenminste onderzoek te verrichten. Daarnaast had van een kundige curator verwacht mogen worden dat hij wist (in elk geval behoorde te weten) dat er bij huwelijkse voorwaarden bepaalde goederen buiten het faillissement vallen en niet verkocht mogen worden.

2.4.2 Wat is de aansprakelijkheid van een ‘beoogd curator’ volgens vakliteratuur?

De ‘beoogd curator’ heeft geen beheers- en beschikkingsbevoegdheid. Daardoor zouden de aansprakelijkheidsrisico’s beperkt moeten zijn. Wanneer de ‘beoogd curator’ een transactie voorbereid die door de curator wordt uitgevoerd, moet de curator die de transactie uitvoert de transactie toetsen. Normaal gesproken wordt de ‘beoogd curator’ de curator na de uitspraak van het faillissement. De ‘beoogd curator’ bereid in de praktijk de werkzaamheden voor zichzelf in de rol als curator voor.

⁸⁷ De Coninck-Smolters 2010, p. 113, Wessels 2010, p. 213 en Kraaikamp 2012

⁸⁸ Kraaikamp 2012 en Wessels 2010, p. 216

⁸⁹ ECLI:NL:RBZWB:2013:CA1252

⁹⁰ Van der Horst 2013

⁹¹ HR 26 mei 1933, NJ 1933, 870

⁹² De Coninck-Smolters 2010, p. 114

Bij het toetsen van deze transacties zou gekeken moeten worden naar de 'maclou-norm'⁹³. Het is van belang dat de transactie opnieuw getoetst wordt omdat het kan voorkomen dat de curator inmiddels over meer informatie beschikt. Omdat de taak van de 'beoogd curator' wordt gevolgd door het toekomstige curatorschap, sluit de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' aan bij de aansprakelijkheid van een curator. Er wordt verwezen naar de 'maclou-norm' maar deze moet voor de toepassing op de 'beoogd curator' verder worden geconcretiseerd. De 'beoogd curator' heeft geen beheers- en beschikkingsbevoegdheid. Dit houdt in dat hij geen vermogen van de schuldenaar en/of onderneming beheerst. De curator kan een boedelschuld laten ontstaan door een rechtshandeling te verrichten waardoor een schuldeiser financieel nadeel lijdt. Omdat de 'beoogd curator' geen rechtshandelingen kan verrichten kan hij geen boedelschuld laten ontstaan.

De 'beoogd curator' geeft verklaringen en adviezen die de schuldenaar kan opvolgen. Het is mogelijk dat de schuldenaar rechtshandelingen verricht op grond van een advies of verklaring van de 'beoogd curator'. Het kan voorkomen dat de schuldenaar of een derde schade lijdt door de handeling. Het is mogelijk om de 'beoogd curator' aansprakelijk te stellen voor deze schade. Omdat de 'beoogd curator' adviseert om een handeling te verrichten en niet daadwerkelijk zelf handelt, kan er nooit sprake zijn van een boedelschuld. Ten eerste kan er geen aanspraak gemaakt worden op de boedel omdat er geen sprake is van een faillissement. Ten tweede kan er geen aanspraak gemaakt worden op een eventuele boedel omdat er geen sprake is van een curator die de beheers- en beschikkingsbevoegdheid heeft. De 'beoogd curator' kan alleen persoonlijk aansprakelijk worden gesteld⁹⁴.

De aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' zal in het onderstaande voorbeeld worden verduidelijkt. Voor dit voorbeeld is hetzelfde fictieve bedrijf uit de vorige voorbeelden gebruikt. Het bedrijf heeft inmiddels een 'beoogd curator' toegewezen gekregen.

Voorbeeld

Een 'beoogd curator' is toegewezen aan Denimdealers. Om de onderneming te continueren ziet de 'beoogd curator' zich genoodzaakt om te adviseren een inkoop te doen bij de jeansfabriek van 1200 jeans. Denimdealers geeft hier gehoor aan en bestelt 1200 jeans bij de jeansfabriek. De jeansfabriek wil hier niet mee akkoord gaan omdat zij vrezen geen betaling te ontvangen of dat de overeenkomst wordt ontbonden na een eventuele uitspraak van het faillissement. De 'beoogd curator' verklaart aan de jeansfabriek dat hij de koop niet zal ontbinden na de uitspraak van het faillissement. De jeans worden besteld en een dag na de bestelling gaat Denimdealers failliet. Twee dagen na de uitspraak van het faillissement worden de jeans van de jeansfabriek geleverd. Dit is volgens de curator te laat. Op grond van 'actio pauliana' ontbindt de curator de overeenkomst. De jeansfabriek stelt de 'beoogd curator' persoonlijk aansprakelijk voor de schade die zij nu lijden. De 'beoogd curator' had immers verklaard om de overeenkomst niet te ontbinden na de uitspraak van het faillissement.

Als de 'maclou-norm', zoals die geldt voor de curator, wordt toegepast op de 'beoogd curator' zou die er als volgt uitzien: "de beoogd curator dient zo te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende beoogd curator die zijn rol met nauwgezetheid en inzet verricht"⁹⁵.

2.4.3 Wat is de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' volgens de Wet Continuïteit Ondernemingen I en de Memorie van Toelichting?

⁹³ Jongepier & Hogenboezem 2013, p. 6

⁹⁴ Verstijlen 2014, p. 7

⁹⁵ Jongepier & Hogenboezem 2013, p. 7

De WCO I zegt niets over de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator'. Dit kan komen omdat de wetgever een kaderregeling heeft opgesteld en de praktijk de ruimte wil geven zich te ontwikkelen in dit gebied.

Uit de MvT blijkt dat de wetgever enige richting wil geven aan de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator'. Uit de MvT blijkt dat wanneer de 'beoogd curator' een positieve verklaring afgeeft, kan er naar aanleiding van die verklaring een verplichting zijn aangegaan. De 'beoogd curator' kan persoonlijk aansprakelijk worden gesteld wanneer deze verplichting nadelig uitpakt voor de crediteuren. Naast dit voorbeeld is het mogelijk dat de 'beoogd curator' aansprakelijk wordt gesteld wanneer hij ten onrechte zijn instemming niet heeft gegeven aan een transactie waardoor een mogelijke doorstart is afgeketst. Een 'beoogd curator' kan alleen persoonlijk aansprakelijk gesteld worden wanneer er sprake is van een persoonlijk verwijt. Er kan getoetst worden aan de 'maclou-norm': "Vereist is dat de 'beoogd curator' de onjuistheid van zijn handelen inzag, dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien". Er moet terughoudend omgegaan worden met de aansprakelijkheid⁹⁶.

2.4.4 Conclusie

De 'beoogd curator' kan persoonlijk aansprakelijk worden gesteld. Bij de toetsing van de aansprakelijkheid moet gekeken worden naar de 'maclou-norm'. De 'maclou-norm' geeft een norm waaraan getoetst kan worden of de curator aansprakelijk zou kunnen zijn. Voor de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' luidt de 'maclou-norm': "de beoogd curator dient zo te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende beoogd curator die zijn rol met nauwgezetheid en inzet verricht". Volgens de wetgever is terughoudendheid in de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' gepast. De wetgever omschrijft de 'maclou-norm' iets compacter dan de vakliteratuur. De wetgever heeft de volgende invulling gegeven aan de 'maclou-norm': "Er is vereist dat de 'beoogd curator' de onjuistheid van zijn handelen inzag, dan wel redelijkerwijze behoorde in te zien". De wetgever heeft het in zijn omschrijving niet over de beschikking over ervaring en over de uitvoering van zijn rol met nauwgezetheid en inzet. De wetgever is summier in de informatie over de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator'. Dit komt omdat de wetgever de WCO I heeft ingekleed als kaderregeling en de praktijk de ruimte wil geven zich hierin te ontwikkelen. Het toewijzen van een 'beoogd curator' is geen veel voorkomende of gebruikelijke procedure. Er zijn nog geen casussen geweest waarbij de 'beoogd curator' persoonlijk aansprakelijk is gesteld. De aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' moet verder worden ontwikkeld in de praktijk.

Het is niet waarschijnlijk dat een 'beoogd curator' succesvol aansprakelijk wordt gesteld. De periode waarin de 'beoogd curator' zich moeten laten informeren en moet adviseren betreft twee weken. Omdat dit een vrij korte periode is zal het voorkomen dat de 'beoogd curator' niet over alle informatie beschikte tijdens het geven van het advies. Om de 'beoogd curator' aansprakelijk te stellen moet vereist zijn dat hij de onjuistheid van zijn handelen inzag of behoorde te zien. Hiervan is geen sprake als de 'beoogd curator' achteraf over informatie beschikt waardoor hij het advies wil herzien of eerdere toezeggingen niet na kan komen.

Het is voor Westlands Partners aan te raden om contact op te nemen met de verzekeringsmaatschappij waar de beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen lopen. Het is van belang om na te gaan of de verzekering persoonlijke aansprakelijkheid bij het 'beoogd curatorschap' gedekt is. Het is een nieuw beroep dat nog niet door de wet is gereguleerd.

⁹⁶ MvT, p. 23

HOOFDSTUK 3: PRAKTIJKONDERZOEK

3.1 Wat zijn blijkens de faillissementsverslagen de voorwaarden en/of eisen voor een schuldenaar om een 'beoogd curator' toegewezen te krijgen?

In deze paragraaf is een analyse gemaakt van 10 faillissementsverslagen. Daarvan zijn er 6 bruikbaar zijn. De gepubliceerde faillissementsverslagen waarbij pre-pack is toegepast, zijn alleen de gevallen waar de onderneming failliet is verklaard. De curator is niet verplicht om in het verslag de overwegingen van de rechtbank voor het toewijzen van een 'beoogd curator' op te nemen. De curatoren die dit wel hebben gedaan kunnen overwegingen hebben weggelaten. De toe- of afwijzing van een 'beoogd curator' wordt niet gepubliceerd door de rechtbanken. Deze analyse van de faillissementsverslagen is daardoor het beste middel om een impressie van de praktijk te krijgen. De informatie in dit hoofdstuk kan gebruikt worden om een impressie te krijgen van de praktijk waarbij in acht moet worden genomen dat alle informatie voortvloeit uit faillissementsverslagen waardoor een vrij eenzijdig beeld ontstaat.

Om de analyses duidelijk en inzichtelijk te maken zijn de vragen onderverdeeld in drie onderwerpen. De onderwerpen hebben ieder een kleurcode gekregen. Op deze wijze is snel terug te vinden waar de antwoorden in de faillissementsverslagen zijn gevonden. De vragen die betrekking hebben op de algemene informatie over het faillissement zijn geel. Eventueel aangegeven overwegingen van de rechtbank om een 'beoogd curator' toe te wijzen zijn roze. Andere informatie die van belang kan zijn bij de toewijzing van een 'beoogd curator' maar wat niet specifiek is aangegeven bij de overwegingen van de rechtbank zijn blauw. Er is met 1 analyse een proef gedaan om de vragen te evalueren. Nadat de vragen zijn aangepast zijn alle faillissementsverslagen geanalyseerd. De verslagen die bruikbaar bleken te zijn, gingen niet uitgebreid in op de overwegingen van de rechtbank. Dit kan komen omdat de minimale vereisten van de faillissementverslagen niet verplicht stellen dat de overwegingen worden opgenomen. De overwegingen die wel genoemd zijn worden genoemd in deze paragraaf. De gegevens zijn verwerkt in een kruisschema. Dit schema is samen met de analyses terug te vinden in bijlage 2.

Uit de geanalyseerde faillissementsverslagen blijkt dat er bij de toewijzing van de 'beoogd curator' voornamelijk gekeken wordt naar 3 onderdelen te weten de maatschappelijke belangen, een spoedige doorstart en het behoud van de waarde van de onderneming. Hieronder zullen deze onderwerpen verder worden besproken.

De rechters vonden de maatschappelijke belangen van een onderneming een belangrijke toets. De maatschappelijke belangen bij de toewijzing van de pre-pack-procedure van Estro waren de zwaarwegende belangen van de ouders en kinderen die acuut zonder dagopvang zouden zitten. Bij Prime Champ lag het maatschappelijk belang in de omvang van de onderneming en daarmee ook de werknemers. Het behoud van werkgelegenheid wordt onder maatschappelijk belang geschaard. Uit het faillissementsverslag blijkt dat het Openbaar Ministerie een strafrechtelijk onderzoek naar de onderneming heeft opgestart. Tijdens dit onderzoek hebben er invallen plaatsgevonden en is het management aangehouden. Uit het verslag blijkt niet dat de rechter dit heeft meegewogen in de toewijzing van een 'beoogd curator'. Bij de toewijzing van een 'beoogd curator' in de pre-pack-procedure van het Ruwaard van Puttenziekenhuis, tilde de rechter extra zwaar aan de maatschappelijke belangen. Dit komt omdat er patiënten in het ziekenhuis verbleven die niet zonder zorg konden. Het is goed voor te stellen dat niet alle patiënten in de mogelijkheid waren om te worden vervoerd naar een ander ziekenhuis. Daarnaast zou het faillissement

van een ziekenhuis tot grote maatschappelijke onrust kunnen leiden. De patiënten en de familie van de patiënten weten vaak niet wat ze te wachten staat.

De tweede belangrijke toets is een spoedige doorstart van de onderneming. Bij het Ruwaard van Puttenziekenhuis was een spoedige doorstart belangrijk vanwege het te verwachte waardeverlies bij een faillissement. Veel patiënten zouden waarschijnlijk vertrekken bij een faillissement. Een ziekenhuis zonder leveranciers en patiënten daalt in de marktwaarde. Bij Prime Champ was een spoedige doorstart belangrijk vanwege de inventaris. De inventaris bestond voor een groot gedeelte uit bederfelijke producten die zouden vergaan wanneer het tot een faillissement zou komen. Bij de toewijzing van de pre-pack van Florimex vond de rechter dat een doorstart alleen succesvol zou zijn wanneer er sprake zou zijn van een snelle doorstart. Net als bij Prima Champ is de inventaris van Florimex beperkt houdbaar. De inventaris van Florimex bestaat uit planten en bloemen. Om een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren bij de verkoop van de onderneming is het van belang dat de onderneming inclusief inventaris kan worden verkocht.

De derde belangrijke toets is de waarde van de onderneming. Bij het Ruwaard van Puttenziekenhuis achtte de rechter dit een toetsing in de toewijzing van een 'beoogd curator'. De rechter vond dat, gezien de omstandigheden, aannemelijk dat de stille fase een meerwaarde had tegenover een direct faillissement. In een direct faillissement zou extra waardeverlies optreden. Bij Prime Champ vond de rechter dat de stille fase zou bijdragen aan het maximaliseren van de waarde van de onderneming. Bij Stichting Speelwerk zou de stille fase bijdragen aan de beperking van financiële schade. De filialen die opbrengst genereren zouden namelijk door de faillissementen van de andere filialen leeg lopen. Doordat de winstgevende filialen leeg zouden lopen treedt er onevenredig veel schade op en dat leidt tot kapitaalvernietiging.

3.1.1 Conclusie

Uit deze informatie blijkt dat de punten waarop een rechter oordeelt breed ingevuld kunnen worden. Het maatschappelijk belang van een onderneming is breder dan alleen behoud van werkgelegenheid. De spoedige doorstart kan belangrijk zijn door een combinatie van verschillende punten maar ook door een op zichzelf staand punt zijn zoals de bederfelijkheid van de inventaris. De waarde van de onderneming wordt door de rechter ook belangrijk geacht. De stille periode kan bijdragen aan het behoud van de waarde, het maximaliseren van de waarde of het beperken van het waardeverlies. Het is vooral maatwerk. Omdat er sprake is van maatwerk, is het van belang om de bijdrage van de pre-pack goed te onderbouwen in het verzoek.

Uit paragraaf 2.2 blijkt dat een verzoek tot aanwijzing van een 'beoogd curator' summier moet zijn. Uit de analyse blijkt dat de rechtbanken elk verzoek individueel beoordelen en de omstandigheden mee laten wegen. Het is voor Westland Partners van belang om hier een balans in te vinden. Enerzijds mag een verzoek niet te omvangrijk zijn, anderzijds moet het verzoek voldoende informatie bevatten om de rechter voldoende in te lichten over de omstandigheden. Er is geen richtlijn of voorbeeld bekend van een dergelijk verzoek. De praktijk moet zich hier nog in ontwikkelen. De verwachting is dat, nadat het wetsvoorstel is geïmplementeerd, dat de rechtbanken richtlijnen voor een pre-pack-verzoek zullen publiceren.

3.2 Wat zijn blijkens de faillissementsverslagen de verrichte werkzaamheden van de ‘beoogd curator’ tijdens de pre-pack-procedure?

In deze paragraaf wordt uiteengezet wat de werkzaamheden zijn geweest van de ‘beoogd curatoren’ tijdens de pre-pack-procedure. De pre-pack-procedure is een stille procedure. Om de waarde van een onderneming zo veel mogelijk te behouden wordt de pre-pack-procedure niet bekend gemaakt. Alleen de pre-pack-procedures die uitmonden in een faillissement worden achteraf bekend gemaakt. De curator moet in het faillissementsverslag verantwoording afleggen over de pre-pack-procedure. De analyse moet bijdragen aan het vormen van een beeld van de praktijk. Hierbij moet er rekening mee worden gehouden dat het alleen een analyse is van faillissementsverslagen. De werkzaamheden van een ‘beoogd curator’ bij een pre-pack-procedure waarbij een faillissement is afgewend worden niet gepubliceerd of openbaar gemaakt en zijn derhalve niet meegenomen in de analyse.

Er zijn 10 faillissementsverslagen geanalyseerd waarvan er 8 analyses bruikbaar zijn. De analyse is opgebouwd uit vier onderdelen. Het eerste onderdeel ziet toe op de informerende taak van de ‘beoogd curator’. Het tweede onderdeel ziet toe op de verklaringen van de ‘beoogd curator’. Het derde onderdeel ziet toe op de taken van de ‘beoogd curator’ bij overname en tot slot ziet het vierde onderdeel toe op het waken van misbruik van recht door de ‘beoogd curator’. Elk onderdeel heeft een eigen kleurcode gekregen in de analyse. Op deze manier is snel en overzichtelijk per onderdeel terug te vinden waar in het faillissementsverslag de informatie is gevonden. Het eerste onderdeel heeft de kleurcode geel gekregen. Het tweede onderdeel heeft de kleurcode roze gekregen. Voor het derde onderdeel is de kleurcode groen gebruikt. Tot slot is voor het vierde onderdeel de kleurcode blauw gekozen. Er is met 1 analyse een proefanalyse gedaan om de vragen te evalueren. Nadat de vragen zijn aangepast zijn alle faillissementsverslagen geanalyseerd. De werkzaamheden die verricht zijn door de ‘beoogd curatoren’ en die genoemd zijn worden besproken in deze paragraaf. De gegevens zijn verwerkt in een kruisschema. Dit schema is samen met de analyses terug te vinden in bijlage 3.

De informerende werkzaamheden van de ‘beoogd curator’ kunnen breed ingevuld worden. Het houden van een gesprek is de meest ingezette manier van informatieverschaffing door de ‘beoogd curatoren’. De ‘beoogd curator’ van Marlies Dekkers heeft gesprekken gevoerd met partijen die nog geïnteresseerd waren in een doorstart. Door deze gesprekken heeft de ‘beoogd curator’ kunnen inventariseren wat de mogelijkheden waren voor een doorstart. De ‘beoogd curator’ heeft gesprekken gevoerd met verschillende personen om zich voor te laten lichten over beoogde transacties. De ‘beoogd curator’ van Estro heeft gesprekken gevoerd met de directie van Estro. Tijdens deze gesprekken heeft de ‘beoogd curator’ zich laten inlichten over de huidige stand van zaken en de reeds ondernomen stappen om een doorstart te realiseren. De ‘beoogd curator’ van Stichting Speelwerk heeft gesprekken gevoerd met de directie, de advocaat van de onderneming en externe deskundigen om een compleet beeld van de onderneming te kunnen vormen.

Naast het houden van gesprekken laten ‘beoogd curatoren’ zich inlichten om informatie te vergaren. De ‘beoogd curator’ van De Schoenenreus heeft zich laten informeren over de situatie in de branche van de failliete onderneming. De ‘beoogd curatoren’ van Marlies Dekker hebben zich laten informeren over de waarde van de onderneming. De ‘beoogd curator’ van Prime Champ heeft zich laten voorlichten over de stand van zaken van de onderneming door de directie en adviseurs van de onderneming.

Tot slot is door de 'beoogd curatoren' van Estro, Ruwaard van Puttenziekenhuis en Speelwerk een onderzoek door een derde partij ingezet. De 'beoogd curator' van Estro wilde de besprekingen tussen Estro en de overnamekandidaat in de gaten houden. De 'beoogd curator' hechtte veel waarde aan de informatie omdat de overnamekandidaat ook de investeerder was en de grootste schuldeiser van Estro. De 'beoogd curator' heeft een adviseur ingeschakeld die bij de gesprekken aanwezig is geweest. De adviseur voorzag de 'beoogd curator' van de besproken informatie. Hierdoor kon de 'beoogd curator' oordelen of er sprake is geweest van een eerlijke biedproces. De 'beoogd curator' van het Ruwaard van Puttenziekenhuis heeft zich over andere onderwerpen laten informeren door een derde. De waarde van het ziekenhuis is getaxeerd door een gespecialiseerde onderneming. Verder heeft de 'beoogd curator' Ernst & Young ingeschakeld om de transacties en biedingen te onderzoeken. Zo kon de 'beoogd curator' oordelen of de transacties in het belang van de gezamenlijke schuldeisers waren en of de biedingen marktconform waren.

Met betrekking tot het geven van verklaringen worden de meeste verklaringen afgelegd omtrent de doorstart van de onderneming. De 'beoogd curator' van De Harense Smid heeft verklaard dat een snelle doorstart de beste mogelijkheid was en zou bijdragen aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en het maatschappelijke belang. De 'beoogd curatoren' van Marlies Dekker hebben verklaard dat de onderneming in feite in staat van faillissement verkeerde en de geboden som overeenkwam met de taxatiewaarde van de onderneming. De 'beoogd curator' van de Schoenenreus heeft verklaard dat de winkels open moeten blijven na de surseance van betaling om een doorstart mogelijk te maken.

De 'beoogd curator' mag op verzoek van de schuldenaar helpen tijdens het biedproces. De begeleiding van de 'beoogd curatoren' tijdens het biedproces was vooral het houden van gesprekken. Deze gesprekken werden voornamelijk gehouden met potentiële overnamekandidaten. De 'beoogd curator' van Marlies Dekker heeft gesprekken gevoerd met de potentiële overnamekandidaat. Daarnaast hebben er onderhandelingen plaatsgevonden over het aantal werknemers wat door de overnamekandidaat zou worden overgenomen. De 'beoogd curator' van De Schoenenreus heeft onderhandelingen opgestart met een potentiële overnamekandidaat. De 'beoogd curator' van Stichting Speelwerk heeft de bestuurders bijgestaan in de tweede gespreksronde met de potentiële overnamekandidaten. Naast het voeren van gesprekken hebben de 'beoogd curatoren' bijgedragen aan de onderhandelingen. Opvallend is dat de 'beoogd curator' van De Harense Smid verder is gegaan dan deze begeleidende werkzaamheden. De 'beoogd curator' van De Harense Smid heeft een biedingmemorandum opgesteld en verzonden naar vijf potentieel geïnteresseerde overnamekandidaten. De 'beoogd curator' heeft op eigen initiatief en op verzoek van de ondernemer gesprekken gehad met de potentiële overnamekandidaten.

Met betrekking tot het houden van toezicht is er niet veel expliciet vermeldt in de faillissementsverslagen. De 'beoogd curator' van de Estro Groep heeft expliciet toezicht gehouden. In dit faillissement zou er mogelijk sprake geweest zijn van concurrentievervalsing. De 'beoogd curator' heeft toezicht gehouden door de gesprekken te laten voeren onder toezicht van een adviseur van de 'beoogd curator'. De 'beoogd curator' heeft overwogen om zijn taak neer te leggen maar heeft, in overleg met de 'beoogd rechter-commissaris en gezien het maatschappelijke belang, ervoor gekozen dit niet te doen. In de andere faillissementsverslagen lijkt het erop dat de toezichthoudende taak is vervlochten met de andere werkzaamheden. Tijdens de informerende fase zal een 'beoogd curator' kunnen beoordelen of de pre-pack gericht is op misbruik van het recht. Tijdens de toezichthoudende taken en uitvoerende taken tijdens het overnameproces kan de 'beoogd curator' toezien op een eerlijk en transparant biedproces.

3.2.1 Conclusie

Wanneer er sprake is van een onafwendbaar faillissement zijn er verschillende fasen. De werkzaamheden van de 'beoogd curator' kunnen tijdens deze fasen vrij uitgebreid ingevuld worden. Uit de analyse blijkt dat de rode draad door alle fasen heen het voeren van gesprekken is. Tijdens de informatie fase, de fasen rondom de doorstart en de controlerende fase is dit een terugkerend thema. De verschillende werkzaamheden van de 'beoogd curatoren' lopen in elkaar over. Om een goede verklaring te geven moet een 'beoogd curator' over voldoende informatie beschikken. Wanneer de 'beoogd curator' over informatie beschikt kan uit die informatie voortvloeien dat er wellicht misbruik wordt gemaakt van het recht. Ook kan het voorkomen, zoals bij Estro Groep, dat door de informatie die de curator vergaart tijdens het biedproces, de conclusie getrokken kan worden dat het biedproces niet heeft plaatsgevonden op de juiste wijze.

Wanneer een 'beoogd curator' zijn taak wil neerleggen omdat er vermoedelijk sprake is van concurrentievervalsing, moet hij dit met de 'beoogd rechter-commissaris' overleggen. Bij het maken van de keuze moet het maatschappelijk belang worden meegewogen.

Tijdens het biedproces kan de 'beoogd curator' verschillende werkzaamheden uitvoeren. De werkzaamheden kunnen toezichthoudende taken inhouden. Dit is bijvoorbeeld het meesturen van een adviseur om te controleren of alle partijen goed worden ingelicht of het bijwonen en deelnemen aan gesprekken en onderhandelingen. Wanneer de schuldenaar dit verzoekt mag de 'beoogd curator' een biedingmemorandum opstellen en verzenden aan potentiële overnamekandidaten.

De werkzaamheden zijn per casus verschillend. Dit kan komen omdat er per casus andere handelingen nodig zijn om tot een goede afwikkeling te komen of een spoedige doorstart na het faillissement. Een andere reden kan zijn dat de curatoren bepaalde handelingen of overwegingen hebben weggelaten uit het faillissementsverslag. Het faillissementsverslag dient ter verantwoording waaruit de schuldeisers kunnen bepalen of in het gemeenschappelijk belang is gehandeld. Het is derhalve niet verplicht om alle werkzaamheden, overwegingen en handelingen weer te geven.

Het is voor Westland Partners belangrijk om de exacte invulling van de werkzaamheden tijdens de verschillende fasen per casus te beoordelen. De doelen die behaald moeten worden zijn duidelijk. Deze worden in paragraaf 2.3 uitgebreid beschreven. De 'beoogd curator' moet zich informeren om daarna te kunnen adviseren, te controleren, toezicht te kunnen houden en om een schuldenaar bij te kunnen staan tijdens het biedproces. De exacte invulling van de werkzaamheden om deze doelen te behalen zijn geen vast gegeven. Zoals uit de analyses blijkt, kiest iedere 'beoogd curator' voor een andere invulling. Het is van belang om te kijken welke werkzaamheden benodigd zijn en welke werkzaamheden haalbaar zijn binnen de korte periode van de pre-pack-procedure. Doordat er geen vaste werkzaamheden zijn vastgesteld is er sprake van maatwerk. Doordat er sprake is van maatwerk kan er efficiënt worden gewerkt.

HOOFDSTUK 4: RESULTATEN EN CONCLUSIE

In dit hoofdstuk wordt het doel van deze scriptie uiteengezet. De centrale vraag wordt beantwoord aan de hand van de bevindingen. Tot slot wordt de bruikbaarheid van het onderzoek weergegeven.

Het doel van deze scriptie was het achterhalen van het beste advies voor Westland Partners over de benoeming van de 'beoogd curator' en invulling van het 'beoogd curatorschap'. De centrale vraag is onder te verdelen in twee onderdelen. Het eerste onderdeel is het beste advies over de benoeming van de 'beoogd curator'. Het tweede onderdeel is het beste advies over de invulling van het 'beoogd curatorschap'.

De benoeming van een 'beoogd curator' blijkt volgens het onderzoek geheel in de hand van de rechtbank te liggen. De rechtbank kiest zelf een 'beoogd curator' van de curatorenlijst. Dit is meestal een curator met veel ervaring. De rechtbank vraagt (vaak telefonisch) aan de curator of hij zou willen optreden als 'beoogd curator'.

De invulling van het 'beoogd curatorschap' bestaat uit veel aspecten. Als eerste is het van belang om te weten dat de pre-pack-procedure drie uitkomsten kan hebben. De uitkomsten van een pre-pack zijn het afwenden van een faillissement, een spoedige doorstart na uitspraak van het faillissement en een spoedige afwikkeling na uitspraak van het faillissement.

Bij alle handelingen moet de 'beoogd curator' het belang van de gezamenlijke schuldeisers en het maatschappelijke belang in acht nemen. De 'beoogd curator' handelt alleen met toestemming van de schuldenaar maar is niet verplicht om aanwijzingen op te volgen. Door de pre-pack verandert er niets in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. Deze beginselen zijn de grondslag voor al het handelen van de 'beoogd curator'.

De 'beoogd curator' moet zich laten informeren over het bedrijf. Uit de faillissementsverslagen blijkt dat het voeren van gesprekken de meest ingezette methode is om zich goed over het bedrijf te laten informeren. Op grond van de informatie kan de 'beoogd curator' beoordelen of er mogelijk een faillissement afgewend kan worden of dat een faillissement onvermijdelijk is. Wanneer een faillissement onvermijdelijk is, kan er sprake zijn van een doorstart na uitspraak van het faillissement of een spoedige afwikkeling.

Wanneer er sprake is van een afgewend faillissement is dit bijna altijd omdat er een doorstart gerealiseerd kan worden. De 'beoogd curator' heeft in dit geval slechts een toezichthoudende en controlerende taak. Omdat het niet tot een feitelijk faillissement komt, heeft de 'beoogd curator' slechts een kleine rol. De 'beoogd curator' kan de schuldenaar slechts toezicht houden op het biedproces en adviseren over eventuele handelingen die betrekking hebben op de overname.

Wanneer het faillissement onafwendbaar is, heeft de 'beoogd curator' een intensievere rol. De 'beoogd curator' kan, op verzoek van de schuldenaar, verklaringen afleggen. Deze verklaringen kunnen betrekking hebben op het vernietigen of in stand houden van handelingen van de schuldenaar voorafgaand aan het faillissement, over de te vervreemden goederen en voorbereidingen om de afwikkeling van het faillissement te bespoedigen. Uit de faillissementsverslagen blijkt dat, wanneer er sprake is van een doorstart, de 'beoogd curator' veelal verklaringen aflegt over de handelingen en haalbaarheid rondom de doorstart.

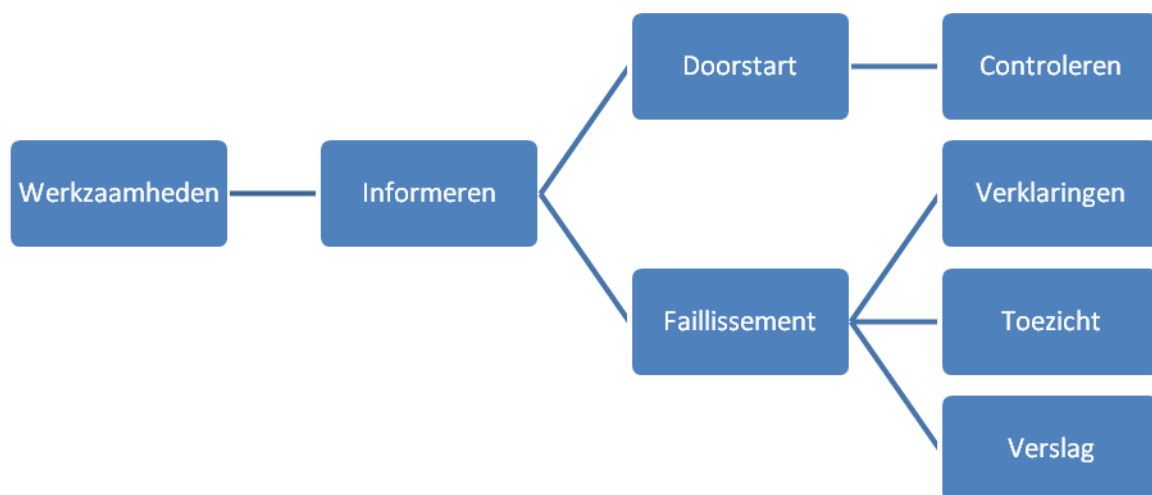
De 'beoogd curator' heeft een toezichthoudende taak gekregen van de wetgever. De 'beoogd curator' moet waken voor misbruik van het recht. De pre-pack-procedure mag niet

ingezet worden om van personeel of schuldeisers af te komen. De toezichthoudende taken van de 'beoogd curator' strekken verder dan alleen waken voor misbruik van het recht. De 'beoogd curator' moet er bijvoorbeeld op toezien dat tijdens het biedproces de schuldenaar voldoende inspanningen levert om een zo hoog mogelijke verkoopprijs te realiseren. Wanneer er sprake zou kunnen zijn van misbruik van het recht of concurrentievervalsing kan de 'beoogd curator' de rechtbank verzoeken hem uit zijn taken te ontheffen. Uit de faillissementsverslagen bleek dat de 'beoogd curator' van Estro zijn taken wilde neerleggen omdat hij concurrentievervalsing vermoedde. Na overleg met de 'beoogd rechter-commissaris' is besloten door te zetten. Hier is voor gekozen omdat de maatschappelijke belangen zwaarder zouden wegen en de verkoop van de bedrijfsonderdelen aan de moedermaatschappij niet nadelig zou zijn voor de gezamenlijke schuldeisers.

Op verzoek van de schuldenaar mag de 'beoogd curator' ondersteunende werkzaamheden verrichten bij het biedproces. Uit de faillissementsverslagen blijkt het assisteren vooral betrekking heeft op het bijwonen van gesprekken en onderhandelingen. De 'beoogd curator' van De Harense Smid is verder gegaan met de werkzaamheden. Hij heeft een biedingmemorandum opgesteld en naar potentiële overnamekandidaten gezonden.

Wanneer het faillissement is uitgesproken dient de curator een faillissementsverslag schrijven waarin hij de periode als 'beoogd curator' beschrijft. De informatie moet in elk geval voldoende zijn om transparantie te bieden over de stille periode.

De werkzaamheden van de 'beoogd curator' kunnen in een stroomschema worden weergegeven. De inhoud van dit stroomschema staat uitgebreid uitgelegd in paragraaf 2.3.



Bij de invulling van de taak als 'beoogd curator' is het belangrijk om te weten dat de 'beoogd curator' aansprakelijk kan worden gesteld. De 'beoogd curator' kan slechts persoonlijk aansprakelijk worden gesteld. De aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' wordt gemeten aan de 'maclou-norm'. De 'maclou-norm' houdt in dat "de beoogd curator zo dient te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende beoogd curator die zijn rol met nauwgezetheid en inzet verricht". In de praktijk heeft zich nog geen jurisprudentie ontwikkeld waarin de 'beoogd curator' aansprakelijk wordt gesteld. Het is niet waarschijnlijk dat de 'beoogd curator' succesvol aansprakelijk wordt gesteld.

Het doel van het onderzoek was het geven van inzicht in het 'beoogd curatorschap'. Dit doel acht ik behaald. Dit onderzoek is in te zetten als naslagwerk. Het geeft een goede impressie van de praktijk, de werkzaamheden die een 'beoogd curator' moet uitvoeren en kan daardoor als richtsnoer dienen. Het onderzoek is niet één op één toe te passen op alle pre-pack-procedures. Bij iedere pre-pack-procedure zijn andere werkzaamheden nodig. Er is dus sprake van maatwerk.

HOOFDSTUK 5: AANBEVELINGEN

Dit hoofdstuk bestaat uit de aanbevelingen voor Westland Partners. Hieruit blijken de punten waar Westland Partners tegen aan zou kunnen lopen tijdens het 'beoogd curatorschap'. Daarnaast staan er in dit hoofdstuk stappen die door Westland Partners ondernomen zouden kunnen worden.

De implementatie van de WCO I is zo goed als zeker. Dit komt doordat de toewijzing van de 'beoogd curator' al in de praktijk voorkomt. Westland Partners kan tijdens de pre-pack-procedure optreden als 'beoogd curator' maar ook als advocaat van de onderneming. Hiermee wordt bedoeld dat Westland Partners de mogelijkheid heeft om cliënten te begeleiden bij het indienen van een verzoekschrift tot het aanwijzen van een 'beoogd curator'. Er is op dit moment nog geen voorbeeld, handboek of een vereiste inhoud vastgesteld. De verwachting is dat deze wel worden gepubliceerd wanneer de WCO I geïmplementeerd is. Tot die tijd is de enige vereiste dat het verzoek summier is. Uit de analyse van de faillissementsverslagen blijkt dat de rechter bij de toewijzing van een pre-pack-procedure kijkt naar de omstandigheden. Het is voor Westland Partners van belang dat zij balans vinden in een summier verzoek wat wel over voldoende informatie beschikt om de rechter een goede overweging te kunnen laten maken. Wanneer Westland Partners ervoor kiest om cliënten bij te staan bij het indienen van het verzoekschrift wordt aanbevolen om de publicaties van de Rechtspraak en de vakliteratuur in de gaten te houden.

Wanneer Westland Partners een verzoek van de rechtbank ontvangt om op te treden als 'beoogd curator' wordt aangeraden dit verzoek te honoreren. Op dit moment is het 'beoogd curatorschap' nog niet wettelijk geregeld. Het is de verwachting dat het wetsvoorstel eind 2015 of in de loop van 2016 wordt ingevoerd. Uit het interview met de heer Wolfs blijkt dat de samenwerking tussen de 'beoogd curator' en de 'beoogd rechter-commissaris' vrij intensief is. Deze samenwerking is vrij intensief omdat de procedure nieuw is. Het is voor de 'beoogd curator' fijn om te kunnen overleggen en samen met de 'beoogd rechter-commissaris' te besluiten welke weg wordt ingeslagen. Door deze intensieve samenwerking biedt een pre-pack-procedure Westland Partners een goede ervaring. Door een goede basis zijn benoemingen na de invoering van de pre-pack-procedure beter in te vullen waardoor benoemingen in de toekomst waarschijnlijker zijn. Dit is ook het geval bij het toewijzen van een curator. De rechtbank benoemt de meer ervaren curatoren vaker dan onervaren curatoren.

Door voor de implementatie van WCO I ervaring op te doen als 'beoogd curator' is de benoeming waarschijnlijker. Naar alle waarschijnlijkheid werpt dit zijn vruchten af. Wanneer WCO I geïmplementeerd is kunnen alle rechtbanken in Nederland een 'beoogd curator' aanwijzen. Wanneer de pre-pack-procedure in de wet is verankerd weten de schuldenaren wat er van hun wordt verwacht en wat zij van de pre-pack-procedure kunnen verwachten. Door deze zekerheid zal het aantal verzoekschriften waarschijnlijk toenemen. Omdat de wet met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zal worden doorgevoerd, is het aan te raden om mee te gaan met de praktijk en deel te gaan nemen aan de pre-pack-procedures.

Daarnaast is de pre-pack-procedure (nog) geen veelvoorkomende procedure. Dit schept de verwachting dat de invulling door de praktijk verder uitbreidt na implementatie van WCO I. De uitbreiding van de invulling kan ook plaatsvinden wanneer de pre-pack-procedure vaker is toegewezen. Aanbevolen wordt om over een jaar nogmaals onderzoek te (laten) verrichten naar de invulling van WCO I door de praktijk. Dit vervolgonderzoek is nodig om de werkzaamheden die bij het 'beoogd curatorschap' horen op correcte wijze uit te voeren. Het kan voorkomen dat de geïmplementeerde wet of de invulling door de praktijk afwijkt van hetgeen wat is onderzocht in dit onderzoek. Waarschijnlijk zullen de veranderingen niet van grote aard zijn aangezien de praktijk als leidend beschouwd wordt. Daarnaast zullen in een

jaar tijd meerder pre-pack-procedures hebben plaatsgevonden waar het tot een faillissement heeft geleid. De werkzaamheden tijdens de stille periode moeten worden weergegeven in het faillissementsverslag. De toekomstige faillissementsverslagen zouden kunnen bijdragen aan het vervolgonderzoek. De faillissementsverslagen geven weer welke werkzaamheden zijn verricht en wat de invulling hiervan was. Het kan voorkomen dat er andere of meer werkzaamheden zijn verricht dan in de tot nu toe onderzochte faillissementsverslagen.

Tot slot is een belangrijk onderdeel van het 'beoogd curatorschap' de aansprakelijkheid. In de MvT wordt aangegeven dat er terughoudend moet worden omgegaan met de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator'. Uit de vakliteratuur blijkt dat de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' slechts persoonlijke aansprakelijkheid kan betreffen en gemeten moet worden aan de 'maclou-norm'. Op dit moment is er geen jurisprudentie over de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator'. De aanbeveling is om het onderzoek van IPP (inzake Schoenenreus B.V.) te volgen. Zij zijn, in afwachting van het onderzoek, voornemens de 'beoogd curator' aansprakelijk te stellen wegens het bijdragen aan een onrechtmatige daad. De aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' moet nog door de praktijk worden ingevuld. Omdat de aansprakelijkheid een belangrijk onderdeel is van het 'beoogd curatorschap' is het van belang dat deze goed is geregeld. De aanbeveling is om over een jaar een nieuw onderzoek te verrichten naar de aansprakelijkheid van de 'beoogd curator' in de praktijk. Verder is het van belang om met de huidige verzekeraar af te stemmen of de handelingen, verricht in de rol als 'beoogd curator', onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering vallen.

LITERATUURLIJST

Achterberg 2013

J. Achterberg, 'De geruisloze triomftocht van de stille bewindvoerder', 15 augustus 2013, www.kvdl.nl, geraadpleegd op 4 april 2014

Advocaten.nl

Advocaten.nl, 'Pre-pack in faillissement voorkomt kapitaalvernietiging', 21 november 2013, www.advocaten.nl, geraadpleegd op 15 maart 2015

Bentham Gratama 2013

Bentham Gratama, 'De pre-pack: een nieuw instrument voor een geslaagde doorstart?' 18 december 2013, www.benthamgratama.nl, geraadpleegd op 19 maart 2015

Bos 2009

D. Bos, 'Actio pauliana: een inleiding', 20 april 2009, www.cms-dsb.com, geraadpleegd op 19 april 2015

Boon e.a. 2013

R.A. Boon, M. Jansen, R.J. Verschoof, R. Kruisdijk en P.J. Neijt, *Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling*, De Rechtspraak 15 maart 2013

Beke en Wolterman 2012

K. Beke en P. Wolterman, 'Wijs bij bankroet de curator in stilte aan', 8 mei 2012 www.rechtenieuws.nl, geraadpleegd op 15 maart 2015

De Coninck-Smolders e.a. 2010

H. de Coninck-Smolders, M.A.L.M. Willems, R.L.S. Verjans & A.J. Wolfs, *Praktijkboek Insolventierecht, Faillietverklaring, curator en r-c*, Deventer: Kluwer 2010

Cools 2015

M.J. Cools, 'De pre-pack in de praktijk', 7 maart 2015, www.kennisvanvanriet.nl, geraadpleegd op 19 maart 2015

Dielissen-Breukers & Vink 2013

D. Dielissen-Breukers en N. vink, 'pre-pack: wettelijk geregeld', www.boskampwillens.nl, geraadpleegd op 4 april 2015

Dijkman 2014

A. Dijkman, 'Curator meedogenloos over faillissement kinderopvang Estro', 23 juli 2014, www.daskapital.nl, geraadpleegd op 12 april 2014

Doorstart.nl

Doorstart.nl, 'Pre-pack', www.doorstart.nl, geraadpleegd op 19 maart 2015

Faillissementsverslag 1a

Faillissementsverslag 1a, 22 juli 2014, W.J.P. Jongepier, periode stille bewindvoering Estro groep B.V., Estro Kinderopvang B.V. en Estro services B.V.

Guillaume 2012

S. Guillaume, 'De vrijheid van de curator en zijn aansprakelijkheid pro se', 3 augustus 2012, www.wieginga-advocaten.nl, geraadpleegd op 16 april 2015

Van der Heijden

T. van der Heijden, 'Eigenaar kinderdagverblijf Estro sloot miljoenendeal met zichzelf', 24 juni 2014, www.nrcq.nl, geraadpleegd op 12 april 2015

Hoboken advocaten

Hoboken advocaten, 'Pre-pack aanvragen', www.hoboken.nl, geraadpleegd op 15 maart 2015

Van der Horst 2013

S. van der Horst, 'Persoonlijke aansprakelijkheid van de curator', 28 juni 2013, www.mannaertsappels.nl, geraadpleegd op 16 april 2015

Hufman, van der Pijl & Zaal 2014

P. Huffman, J. van der Pijl en I. Zaal, 'Het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I vanuit arbeidsrechtelijk perspectief', 20 januari 2014, Universiteit van Amsterdam, vakgroep arbeidsrecht

Inleiding internetconsultatie Wet Continuïteit Ondernemingen I

Wet Continuïteit Ondernemingen I, 22 oktober 2013, www.internetconsultatie.nl, bekeken op 1 februari 2015

INSOLAD 2011

INSOLAD, *Praktijkregels voor curatoren*, INSOLAD Vereniging Insolventierecht Advocaten: september 2011

INSOLAD 2014

INSOLAD, 'Praktijkregels beoogd curator', 10 november 2014, www.insolad.nl, geraadpleegd op 26 maart 2015

INSOLAD advies 'Stille bewindvoering'

Advies stille bewindvoering, INSOLAD Vereniging Insolventierecht Advocaten, (advies aan de Minister van Veiligheid en Justitie de heer I.W. Opstelten over de 'stille bewindvoering') 29 januari 2014

Jongepier & Hoogenboezem 2013

W.J.P. Jongepier en mr. Drs. K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', Tijdschrift financiering, zekerheden en insolventiepraktijk september 2013, 6

Kamerstukken

Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74

Kamerstukken

Kamerstukken II 2012/2013, 33 695, nr. 1

Koster 2013

H. Koster, 'Herstructurerings bij insolventie: naar pre-pack+', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013

Kraaikamp 2012

J. Kraaikamp, 'Aansprakelijkheid van de curator: q.q. en pro se', 25 oktober 2012, www.boekel.com, geraadpleegd op 16 april 2015

Kreikamp 2013

H. Kreikamp, 'Wetsvoorstel stille bewindvoering en pre-pack', www.btu-advocaten.nl, geraadpleegd op 19 maart 2015

Lieve

K. Lieve, 'Pre-pack bij dreigende discontinuïteit', www.kurger.nl, geraadpleegd op 19 maart 2015

MvT

Ontwerp toelichting, Toelichting bij het voorontwerp voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I, 22 oktober 2013, geraadpleegd op 1 februari 2015,

Mulder

R. Mulder, 'Het buitengerechtelijk akkoord, het akkoord buiten insolventie en de stille bewindvoerder', www.potjonker.nl, geraadpleegd op 19 maart 2015

Nu.nl 2014

Nu.nl, 'Concurrent Estro kwaad om flitsfaillissement', 3 september 2014, www.nu.nl, geraadpleegd op 12 april 2014

Raad voor de Rechtspraak 2014

Raad voor de Rechtspraak, 'Vier vragen over de stille bewindvoerder', 9 juli 2014. www.rechtspraak.nl, 19 februari 2015

Raad voor de Rechtspraak - Advies wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I

Advies over wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I, mr. C.H.W.M. Sterk, Raad voor de Rechtspraak, (advies aan de minister van Veiligheid en Justitie, heer I.W. Opstelten) 5 februari 2014

De Rooij

J. de Rooij, 'Doorstart na een pre-pack faillissement; wat zijn de consequenties?', 9 oktober 2014, www.intermediair.nl, geraadpleegd op 26 maart 2015

Van Santen e.a. 2014

G. van Santen, J. Ipenburg, L. de Jong, P. van der Eijk, 'Stille curator', 6 februari 2014, www.cnnvakmensen.nl, geraadpleegd op 15 maart 2015

Schoute 2013

S. Schoute, 'Stille bewindvoering, pre-pack en doorstart', 24 oktober 2013, www.dvdw.nl, geraadpleegd op 19 maart 2015

Van Sint Truiden & Verstijlen

M. Ph. Van Sint Truiden en F.M.J. Verstijlen, *Insolventierecht, tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2014.

Tideman 2013

B.J. Tideman, 'Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland, geef ons de pre-pack+', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk* november 2013, 7

Tollenaar 2011

N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tijdschrift voor insolventierecht* 2011, 23

Verkerk, Windt & Rozendal 2014

R.R. Verkerk, M. Windt en T.L. Rozendal, 'Pre-packing: transparantie en verantwoording achteraf', *Tijdschrift voor de insolventiepraktijk* 2014

Verstijlen 2014

F.M.J. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands, de beoogde "beoogd curator"', *Nederlands juristenblad* april 2014, 16

Vroom & Van Beek 2013

V. Vroom & Y. van Beek, 'De beoogd curator voor bedrijven in nood, 15 november 2013, www.loyensloeff.com, geraadpleegd op 19 maart 2015

Wessels 2010

B. Wessels, *Insolventierecht, Bestuur en beheer na faillietverklaring*, derde, Deventer: Kluwer 2010

Wevers 2014

M. Wevers, 'De pre-pack onder de loep', 11 augustus 2014, www.nysingh.nl, geraadpleegd op 26 maart 2015

WCO I

Concept regeling, voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen I, 22 oktober 2013, bekeken op 1 februari 2015, www.internetconsultatie.nl, geraadpleegd op 1 februari 2015

van Zanten 2013

M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* oktober 2013, aflevering 10