

## Pre-packs: transparantie en verantwoording achteraf

Mr. dr. R.R. Verkerk, mr. M. Windt en mr. T.L. Rozendal, datum 12-10-2014

Datum	12-10-2014
Auteur	Mr. dr. R.R. Verkerk, mr. M. Windt en mr. T.L. Rozendal <sup>[1]</sup>
Vakgebied(en)	Insolventierecht (V) Insolventierecht / Algemeen

De 'pre-pack' is in de Nederlandse rechtspraak in zwang geraakt en de wettelijke verankering is aanstaande. Het fenomeen is niet onomstreden, getuige de heisa rondom Estro. Deze bijdrage richt zich op de verantwoording achteraf. Juist bij een in stilte voorbereide doorstart hebben schuldeisers en andere stakeholders er belang bij dat achteraf daadwerkelijk verantwoording wordt afgelegd over het handelen van de (beoogd) curator. Transparantie kan de transactie aanvaardbaar maken voor de stakeholders en de mogelijkheden om alsnog op te komen tegen onregelmatigheden vergroten. Ons inziens moet aan deze verantwoording hoge eisen worden gesteld, juist in het geval van partijen met tegenstrijdige belangen. Mede op basis van een genomen steekproef concluderen de auteurs dat hier bepaald ruimte bestaat voor verbetering en reiken zij op dat punt enkele praktische suggesties aan.

### 1. Inleiding

De zogenoemde pre-pack is in de Nederlandse rechtspraak in zwang geraakt. De gedachte is dat in beslotenheid door de rechtbank kenbaar wordt gemaakt wie bij een eventueel faillissement als curator zal worden aangesteld. De beoogd curator heeft hierdoor de gelegenheid om in relatieve rust bekend te raken met de onderneming en te inventariseren of er mogelijkheden zijn voor een eventuele oplossing buiten faillissement. Mocht dit niet mogelijk zijn dan kan de beoogd curator onderzoeken of een doorstart van de levensvatbare bedrijfsonderdelen na faillissement mogelijk is. De onderneming kan de voorwaarden waaronder deze doorstart plaats zal vinden in de periode voorafgaand aan het faillissement in stilte voorbereiden en ook afstemmen met de beoogd curator. Door deze voorbereiding kan de doorstart in de regel vlak na datum faillissement worden uitgevoerd. Onder andere Heiploeg, Marlies Dekkers en de Harense Smidt wisten door middel van een pre-pack kort na faillissement een doorstart te realiseren. Uit interviews blijkt dat degenen die bij pre-packs betrokken zijn van oordeel zijn dat een hogere verkoopwaarde wordt gerealiseerd als in alle rust een transactie wordt voorbereid.<sup>[2]</sup> Gedegen empirisch onderzoek is echter (nog) niet verricht.

De pre-pack is niet onomstreden. Een belangrijk bezwaar van velen is dat het verkoopproces zich niet in de openbaarheid afspeelt. Derden, zoals concurrenten en/of schuldeisers, worden geconfronteerd met een deal nadat deze al is gesloten. De verkooptransactie is dan vaak al een voldongen feit en de belangrijkste activa zijn dan al overgedragen. Derden hebben in de praktijk geen reële mogelijkheden om de transactie nog in rechte ter discussie te stellen. Dit steekt indien niet duidelijk is of de opbrengst

inderdaad de hoogst haalbare is, vakbonden klagen dat de voorgekookte verkoop ertoe strekt (ouder) personeel te lozen en/of branchegenoten klagen dat sprake is van concurrentievervalsing. Als voorbeeld kan worden gewezen op het faillissement van de Schoenenreus. In de media verschenen berichten dat de stille bewindvoerder alleen zou hebben onderhandeld met de zittende directie en aandeelhouders en dat een derde partij die serieuze interesse had geen enkele reactie zou hebben gekregen. Het bod zou niet het best haalbare zijn en personeel zou op ondeugdelijke wijze zijn geloosd.<sup>[3]</sup>

Terecht wordt in de literatuur kritiek geuit en gewezen op de gevaren van pre-packs en de aanstelling van beoogde curatoren.<sup>[4]</sup> Wij pleiten er niet voor het kind met het badwater weg te gooien. Ons inziens is terechte kritiek wel een reden om terughoudend en behoedzaam om te gaan met de benoeming van een beoogd curator. Deze bijdrage richt zich op één aspect van de in stilte voorbereide doorstart: de verantwoording achteraf. Ons inziens moet daaraan hoge eisen worden gesteld. Wij concluderen dat op dit punt bepaald ruimte bestaat voor verbetering en reiken daartoe praktische suggesties aan.

## 2. De voorbereide doorstart en het gebrek aan transparantie en remedies

### 2.1 Het gebrek aan transparantie bij een activatransactie na faillissement

De algemeen aanvaarde hoofdregel luidt dat de curator transparant dient te handelen. Zo schrijven de Insolad praktijkregels voor dat de curator 'zo mogelijk' een transparant verkoopproces nastreeft.<sup>[5]</sup> 'Zo mogelijk' want de door de curator te betrachten transparantie kan bijvoorbeeld haar begrenzing vinden in de privacybelangen van betrokkenen.<sup>[6]</sup> Zo zal een curator er verstandig aan doen om vertrouwelijke bedrijfsgegevens zoals klantenbestanden niet openbaar te maken op de eigen website. Evenzo hoort onnodig schadelijke informatie niet in een openbaar verslag thuis.<sup>[7]</sup> Dat bepaalde gegevens niet op straat hoeven te belanden zal in de meeste gevallen er niet aan in de weg staan dat een curator ten minste in algemene termen transparantie kan betrachten over de verkoop van de meest waardevolle activa van de vennootschap.

Het uitgangspunt dat de curator transparantie dient te betrachten ten aanzien van de activa waarover de boedel beschikt volgt uit het bepaalde in artikel 94-98 Fw. Op grond van het bepaalde in artikel 94 Fw dient de curator 'zo spoedig mogelijk' over te gaan tot een beschrijving van de failliete boedel. Daarbij dient de curator de activa te (laten) waardereren.<sup>[8]</sup> Artikel 94 resp. 98 Fw bepalen dat de leden van de voorlopige crediteurencommissie bij de beschrijving van de boedel aanwezig mogen zijn en dat de boedelbeschrijving vervolgens kosteloos voor eenieder ter inzage moet liggen. In de door de Hoge Raad gesanctioneerde praktijk wordt echter geen gedetailleerde boedelbeschrijving (in aanwezigheid van leden van de voorlopige crediteurencommissie) opgesteld en separaat ter inzage gelegd.<sup>[9]</sup> In de regel wordt aangenomen dat door het publiceren van openbare verslagen aan de vereisten in artikel 94-98 Fw wordt voldaan.<sup>[10]</sup>

Een manier om op transparante wijze activa te verkopen betreft een (voldoende aangekondigde) openbare veiling. Artikel 176 Fw schrijft voor dat goederen in het openbaar of ondershands kunnen worden verkocht. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever een lichte voorkeur had voor een openbare verkoop aangezien hiervan 'moeilijk nadeel is te duchten',<sup>[11]</sup> maar dat 'in enkele gevallen <sup>[12]</sup>

een onderhandse verkoop wenselijker leek. Voor een onderhandse verkoop is vanwege de ontbrekende openbaarheid toestemming van de rechter-commissaris vereist die – aldus de memorie van toelichting – ‘niet lichtvaardig’ moet worden gegeven.<sup>[13]</sup> In de Nederlandse insolventiepraktijk is echter een onderhandse verkoop van (delen van) de onderneming eerder regel dan uitzondering.

De wettelijke basis voor de activatransactie (vlak) na faillissement is artikel 101 Fw. Het wettelijk uitgangspunt is dat een activatransactie eerst plaats zal vinden nadat schuldeisers op de vergadering hebben kunnen verschijnen,<sup>[14]</sup> vragen hebben kunnen stellen,<sup>[15]</sup> een commissie uit schuldeisers hebben kunnen benoemen<sup>[16]</sup> en dat de commissie uit schuldeisers volledig geïnformeerd over de verkoop van activa heeft kunnen adviseren.<sup>[17]</sup> De huidige – door de Hoge Raad gesanctioneerde – praktijk<sup>[18]</sup> is dat activa worden verkocht vóódat een verificatievergadering wordt belegd. Schuldeisers zijn van een dergelijke transactie niet (vooraf) op de hoogte en kunnen hun standpunt niet kenbaar maken.

Schuldeisers kunnen zich tot de curator wenden en om informatie verzoeken. Desgewenst kunnen zij zich ook tot de rechter-commissaris wenden (artikel 69 Fw, zie par. 2.3). Uit HR 21 januari 2005, *LJN AR3406, NJ 2005/250 (Jomed II)* volgt dat schuldeisers die buiten de bepalingen van de faillissementswet om proberen informatierechten geldend te maken nul op het rekest krijgen. In die zaak werd geoordeeld dat voor informatieverstrekking buiten de bepalingen van de faillissementswet om op grond van het ongeschreven recht of artikel 3:15j BW geen plaats is.<sup>[19]</sup> Naar wij aannemen is dit niet anders indien een schuldeiser zich op andere wetsbepalingen zoals artikel 843a Rv beroept.<sup>[20]</sup>

In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat de praktijk op dit punt onvoldoende transparant is.<sup>[21]</sup> Zo concludeert Schimmelpenninck dat de wettelijke regeling zoals die in de regel wordt toegepast niet meer voldoet.<sup>[22]</sup> Verstijlen verzucht dat de staatsvorm in insolventieland er één is van verlicht despotisme waarbij de curator waakt over de belangen van schuldeisers maar waarbij het niet gebruikelijk is om diezelfde schuldeisers van informatie te voorzien. Volgens Verstijlen is het gebrek aan informatie dat de schuldeisers ontvangen over een doorstart daarvan ‘exemplarisch’.<sup>[23]</sup>

## 2.2 Pre-packs en het ontbreken van een openbaar aanstellingsvonnis

Op (ten minste) één punt wordt echter in dit verband vrijwel direct openheid van zaken gegeven. De aanstelling van de curator wordt bekendgemaakt (artikel 14 en 19a Fw). Via het openbare insolventieregister kan eenieder op eenvoudige wijze zien of een vennootschap failliet is verklaard en wie daarvan de curator is. De curator begint terwijl zijn aanstelling openbaar zal worden gemaakt met de uitvoering van zijn taken. Het duurt soms enkele dagen maar vaak ook enkele weken alvorens een curator een deal heeft uitonderhandeld. Nadat het faillissement is uitgesproken duurt het niet lang voordat andere partijen in de markt daarvan vernemen. Indien een curator ná het faillissement van een wat grotere onderneming begint met het inventariseren van de mogelijkheden voor een doorstart wordt hij met regelmaat benaderd door partijen die interesse hebben in de overname van (een deel van) de activa.

De aanstelling van een beoogd curator wordt doorgaans<sup>[24]</sup> niet openbaar gemaakt. In verreweg de meeste gevallen wordt de beoogd curator op informele wijze bij brief (of zelfs mondeling) ‘aangewezen’. Een eventuele aanstellingsbrief wordt niet openbaar gemaakt en van de aanstelling wordt evenmin melding gemaakt in het centrale insolventieregister.

Inmiddels is een aanzet gegeven tot het invoeren van een wettelijke regeling die het mogelijk maakt

dat de rechtbank een beoogd curator aanwijst (Wet Continuïteit Ondernemingen I).<sup>[25]</sup> De voorgestelde regeling zal een wettelijke basis creëren voor de bestaande praktijk door de schuldenaar in de gelegenheid te stellen de rechtbank te verzoeken om bij beschikking een beoogd curator aan te wijzen. De voorgestelde (kader)regeling schrijft voor dat het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator 'in raadkamer'<sup>[26]</sup> wordt behandeld. De woordkeuze duidt erop dat de zitting niet vrij toegankelijk is.<sup>[27]</sup> De voorgestelde regeling bepaalt voorts dat de beschikking houdende de aanwijzing niet openbaar wordt gemaakt.

De voorgestelde regeling bepaalt dat de rechtbank formeel een 'beschikking' afgeeft. Deze beschikking is niet openbaar. Het voorstel en de praktijk waarbij een aanstelling geschiedt door middel van een 'geheime brief' staat op gespannen voet met één van de grondbeginselen van de rechtstaat: de openbaarheid van de rechtspraak. Of een rechterlijke beslissing wel of niet van het etiket 'vonnis' of 'beschikking' is voorzien lijkt ons niet beslissend voor de vraag of deze valt onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM en artikel 121 Gw. Beslissend is of de uiting naar haar inhoud kan worden aangemerkt als een rechterlijke beslissing.<sup>[28]</sup> Indien een dergelijke beslissing bijvoorbeeld de burgerlijke rechten en verplichtingen van de beoogd curator vaststelt (zoals de plicht tot geheimhouding en het recht op een vergoeding) dan zal de beslissing op grond van de inhoud daarvan in beginsel vallen onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM. Indien de aanwijzing hangende de invoering van WCO I niet veel meer betreft dan een voorzichtige, voorwaardelijke en niet-bindende indicatie van de kant van de griffie dat de aangeduide perso(n)en hoog op het lijstje staan om in voorkomend geval door de rechtbank te worden benoemd is pleitbaar dat de aanwijzing niet onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM valt. De vraag is dan echter of een dergelijke aanwijzing niet strijdig is met het uitgangspunt dat een rechter (slechts) door zijn vonnis behoort te spreken.<sup>[29]</sup>

De beoogd curator kan in de meeste gevallen zijn werk alleen dan in stilte voorbereiden zolang de beschikking (nog) niet openbaar wordt gemaakt. De belangen van de schuldenaar die verzoekt om benoeming van een beoogd curator kunnen dermate zwaarwegend zijn dat een (tijdelijke) inbreuk op de openbaarheid van rechterlijke uitspraken gerechtvaardigd is. In beginsel zal een rechter evenwel van geval tot geval een afweging moeten kunnen maken. Het is blijkens de rechtspraak van het EHRM strijdig met het bepaalde in artikel 6 EVRM indien de wetgever vooraf bepaalt dat specifieke categorieën van zaken geheel en zonder uitzondering of beperking aan de openbaarheid worden onttrokken.<sup>[30]</sup> In het arrest *Moser/Oostenrijk* oordeelde het EHRM dat een Oostenrijkse regeling die familierechtzaken zonder uitzondering of beperking van de openbaarheid uitsloot strijdig was met artikel 6 EHRM:

“101

(...) As a general rule, the form of publicity to be given to the judgment under domestic law must be assessed in the light of the special features of the proceedings in question and by reference to the object and purpose of Article 6 § 1. In making this assessment, account must be taken of the entirety of the proceedings (...).

102

It is not disputed that none of the courts' decisions was pronounced publicly. Therefore, it remains to be examined whether publicity was sufficiently ensured by other means. In the case of *B. and P. v. the United Kingdom* (...), the Court found that alternative means of giving the public access to the

courts' decisions, similar to those referred to by the Government in the present case, were sufficient. (...) In the case of *Sutter v. Switzerland* (...), the Court found that the publicity requirement was satisfied by the fact that anyone who established an interest could consult or obtain a copy of the full text of the Military Court of Cassation, together with the fact that that court's most important judgments were published in an official collection. (...)"<sup>[31]</sup>

Een dergelijke algehele en verstrekkende geheimhouding, zoals in de voorgestelde regeling is opgenomen, is bij de pre-pack niet nodig. In de meeste gevallen zal geen reden bestaan om een beschikking tot aanwijzing van een beoogd curator niet alsnog openbaar te maken op het moment dat een faillissement wordt uitgesproken. De beschikking of het briefje waarmee bijvoorbeeld de beoogde curatoren van de Schoenenreus en de Harense Smidt zijn aangewezen zou men nu (naar wij aannemen), al dan niet na anonimisering, best openbaar kunnen maken. Indien een faillissement wordt voorkomen doordat een herstructurering buiten faillissement mogelijk blijkt, zal ook niet altijd een zwaarwegende reden bestaan om de aanwijzing van de beoogd curator tot het einde der tijden geheim te (blijven) houden; openbaarmaking na bijvoorbeeld een jaar lijkt ons als uitgangspunt hanteerbaar.

De slotsom is dat een pre-pack nog minder transparant is dan (de voorbereiding van) een reguliere activatransactie na faillissement. Schuldeisers en andere belanghebbende weten niet dat een beoogd curator is aangewezen. Pas als de transactie in kannen en kruiken is wordt voor hen duidelijk dat enige weken daarvoor een (beoogd) curator was aangewezen. Illustratief is de doorstart van Neckermann. Om 16:15 melde het ANP dat Neckermann failliet was. Diezelfde dag om 17:30 meldde Neckermann dat de doorstart onder dezelfde naam met dezelfde directie en dezelfde eigenaar een feit was.<sup>[32]</sup> Het faillissement van Neckermann is geen uitzondering. Een inventarisatie van alle Rotterdamse pre-packs leert dat de doorstart vrijwel altijd wordt gerealiseerd op de dag van de faillietverklaring.

### 2.3 Het ontbreken van rechtsmiddelen voorafgaand aan een transactie

In de memorie van toelichting bij de voorgestelde kaderregeling wordt aangegeven dat schuldeisers "*steeds de mogelijkheid hebben om op basis van artikel 69 Fw tegen de transactie op te komen en de rechter-commissaris te verzoeken de curator te bevelen deze niet uit te voeren.*"<sup>[33]</sup> Dit rechtsmiddel biedt in de meeste gevallen echter geen effectieve rechtsingang.<sup>[34]</sup> In het hiervoor besproken geval van Neckermann had ook een opletende schuldeiser – verstoken van enige informatie – geen reële mogelijkheid om zich tot de rechter-commissaris te wenden om het aangaan van een transactie op grond van artikel 69 Fw te verijdelen.

De veel bekritiseerde rechtsgang van artikel 69 Fw is in haar toepassingsbereik sterk beperkt. Zij kan wel worden doorlopen door een schuldeiser die van oordeel is dat de door de curator gerealiseerde prijs te laag is. Een concurrent die een doorstart strijdig acht met het mededingingsrecht, een potentiële koper die zich eerder meldde maar is gepasseerd of een vakbond die opkomt voor belangen van (enkele) werknemers loopt evenwel een grote kans niet-ontvankelijk te worden verklaard. Vaste rechtspraak leert – in afwijking van de wetsgeschiedenis<sup>[35]</sup> – dat artikel 69 Fw niet bedoeld is om vorderingen tegen de boedel geldend te kunnen maken of om op te komen voor andere belangen dan de belangen van de boedel, terwijl daarnaast de opvatting lijkt te hebben postgevat dat ook in gevallen waarin partijen mede met een eigen belang de gevolgen voor de schuldeisers van het handelen van de curator ter discussie stellen, terwijl zij tevens schuldeiser zijn, dergelijke verzoeken door de rechter-commissaris met de grootst mogelijke behoedzaamheid worden

beschouwd, en vrijwel zonder uitzondering worden afgewezen, voor zover ze al worden ontvangen.<sup>[36]</sup>

Een belanghebbende die in het ongelijk wordt gesteld kan wel hoger beroep instellen. Ook buiten de rechtsgang van artikel 69 Fw zal een belanghebbende alleen al gezien het feit dat deze pas achteraf wordt geïnformeerd geen echte mogelijkheid krijgen om bijvoorbeeld in kort geding vooraf tegen een pre-packtransactie op te komen.

Tegen een eenmaal met toestemming van de rechter-commissaris gesloten transactie kunnen schuldeisers achteraf niet op grond van artikel 67 Fw opkomen. Wel kan de boedel aansprakelijk worden gesteld door schuldeisers, werknemers, concurrenten of andere belanghebbenden. Het is zeer de vraag of een dergelijke actie enig effect zal sorteren, zeker indien de boedel niet over afdoende middelen beschikt. Een andere voor de handliggende remedie achteraf is het aansprakelijk stellen van een curator en de bestuurders van een failliete vennootschap. Zij kunnen in beginsel immers achteraf persoonlijk aansprakelijk worden gesteld voor hun deelname aan een omstreden pre-packtransactie. Voor zowel bestuurders<sup>[37]</sup> als (beoogd) curatoren<sup>[38]</sup> geldt evenwel dat de lat voor aansprakelijkheid hoog ligt: persoonlijke aansprakelijkheid wordt niet snel aangenomen. Persoonlijke aansprakelijkheid kan desondanks in voorkomende gevallen een geschikte remedie zijn.<sup>[39]</sup>

## 2.4 Een rechtvaardiging voor een gebrek aan transparantie in noodgevallen

In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat het gebrek aan transparantie en het gebrek aan werkelijk effectieve rechtsmiddelen gelden als de belangrijkste minpunten van een 'doorstart' in het algemeen en de pre-pack in het bijzonder. Daartegenover staat dat in tenminste een aantal specifieke gevallen een pre-pack zowel vanuit het perspectief van de schuldeisers als vanuit een maatschappelijk perspectief kan leiden tot grote voordelen. Het belangrijkste voordeel dat wordt genoemd is dat een aanzienlijk waardebehoud kan worden gerealiseerd indien kan worden voorkomen dat een op zichzelf levensvatbare onderneming als gevolg van (tijdelijke) liquiditeitstekorten wordt geliquideerd. Verregaande informatierechten en rechtsbescherming kunnen aan het realiseren van dat voordeel in de weg staan.<sup>[40]</sup>

In concrete gevallen kunnen de argumenten voor een pre-pack aanmerkelijk zwaarder wegen dan de nadelen die samenhangen met een gebrek aan transparantie en rechtsbescherming. In de literatuur wordt daarom veelvuldig bepleit dat in dergelijke gevallen een pre-pack mogelijk moet zijn.<sup>[41]</sup> Wij denken daarbij aan die gevallen waarbij een ongecontroleerd faillissement zonder een gedegen voorbereiding zou leiden tot een naar verhouding omvangrijke schade voor schuldeisers of andere belanghebbenden als gevolg van vermijdbare liquidatieverliezen. Transparantie en rechtsbescherming kunnen achterwege blijven indien sprake is van een economische of maatschappelijke 'noodsituatie'. Daarvan kan sprake zijn indien een onvoorbereid en ongecontroleerd faillissement tot gevolg zal hebben dat de economische waarde van de onderneming binnen korte tijd volledig zal verdampen. Als een brand uitbreekt vangt men immers aan met blussen zonder dat daar een mededeling, verzoek of opdracht aan vooraf gaat.

# 3. Verantwoording achteraf

## 3.1 Inleiding

De hoofdregel luidt – zoals hiervoor uiteen gezet – dat een curator transparantie dient te betrachten. Het kan in het belang zijn van de afwikkeling van de boedel indien de curator die een doorstart voorbereidt, niet (direct) openheid van zaken geeft. Voor een gebrek aan transparantie vooraf kan een rechtvaardiging bestaan: het in alle rust voeren van onderhandelingen en het treffen van voorbereidingen waardoor schade kan worden voorkomen. Algemeen wordt aangenomen dat in dergelijke gevallen achteraf wel openheid van zaken moet worden gegeven. In dit geval kan worden gewezen op de Insolad praktijkregels voor curatoren (onderstreping toegevoegd):

#### “8.1

De curator streeft een transparante afwikkeling van het faillissement na. Hij betracht daarbij zoveel mogelijk openheid jegens de gefailleerde of diens bestuur, crediteuren en aandeelhouders. Voor zover geen openheid gegeven kan worden omdat deze lopende onderhandelingen in gevaar zouden kunnen brengen verstrekt de curator achteraf informatie aan de belanghebbenden. (...)<sup>[42]</sup>

De huidige wet stelt overigens geen al te zware eisen aan de verantwoording en informatieverstrekking achteraf. De belangrijkste bron van informatie voor de schuldeisers is het openbare verslag van de curator.<sup>[43]</sup> Uit het arrest HR 21 januari 2005, *NJ 2005/249 (Jomed I)* kan worden afgeleid dat het volstaat indien in een openbaar verslag een ‘globaal inzicht’ wordt verschaft. De curator die een dergelijk ‘globaal’ verslag schrijft verkeert in de moeilijke positie om objectief over zijn eigen handelen verslag te doen. Daarbij zal zelfs de meest integere curator niet snel geneigd zijn om op een kritische wijze eventuele tekortkomingen in het eigen handelen op te nemen in de globale beschrijving.

Ten aanzien van de informatieverstrekking achteraf door een beoogd curator bestaat op dit moment geen specifieke regelgeving. De voorgestelde (kader)regeling bevat één bepaling die is bedoeld om verantwoording achteraf te bewerkstelligen. Artikel 364 lid 3 Fw van de voorgestelde regeling schrijft voor dat de beoogd curator die ontheven is van zijn taak onverwijld verslag uitbrengt. De bedoeling van het verslag is om transparantie achteraf te bewerkstelligen opdat, aldus de memorie van toelichting, alle schuldeisers “*uitgebreid worden geïnformeerd over hetgeen zich heeft voorgedaan in de fase voorafgaand aan het faillissement.*”

Het verslag als bedoeld in het voorgestelde artikel 364 Fw zal ter griffie kosteloos (voor eenieder) ter inzage liggen “*maar niet dan nadat de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard of hem surseance van betaling is verleend*”. De laatste toevoeging is opmerkelijk: zij leidt ertoe dat in het geheel geen (openbaar) verslag verschijnt indien het faillissement alsnog wordt afgewend. Deze beperking is ons inziens onnodig. Uiteraard kunnen zich gevallen voordoen waarin de belangen van de schuldenaar met zich brengen dat openbaarheid (gedeeltelijk) achterwege zal moeten blijven. In de regel zal het ook wenselijk zijn dat geen openbaar verslag verschijnt zolang de buitengerechtelijke oplossing nog niet tot stand is gekomen. Wij achten het evenwel onwenselijk indien enige vorm van publieke verantwoording altijd uitblijft als buiten faillissement of surseance een oplossing wordt gezocht en gevonden.

Het ontwerpartikel 364 Fw van de voorgestelde kaderregeling, kan een rol spelen om transparantie achteraf te bevorderen. Het behoeft evenwel een nadere uitwerking. Volgens de memorie van toelichting staat niets eraan in de weg dat rechtbanken aangeven welke criteria dienen te gelden voor een dergelijk verslag.<sup>[44]</sup>

### 3.2 Engelse richtlijnen en praktijkervaringen

*Best practice rules* voor beoogd curatoren zijn in Nederland (nog<sup>[45]</sup>) niet beschikbaar. In Engeland, waar men reeds langer ervaring heeft met zogenoemde ‘*pre-packaged sales*’ zijn inmiddels praktijkregels geformuleerd (de “SIP 16”).<sup>[46]</sup> In de Nederlandse literatuur is reeds aandacht besteed aan de Engelse praktijkregels. Zo heeft de Raad voor de rechtspraak erop gewezen dat de Engelse praktijkregels ter inspiratie kunnen dienen.<sup>[47]</sup>

In de inleiding behorend bij de praktijkregels ‘*pre-packaged sales*’ wordt benadrukt dat transparantie van het grootste belang is.<sup>[48]</sup> De praktijkregels bevatten een tweetal uitgangspunten. Het eerste is dat de beoogd curator (*insolvency practitioner*) duidelijk maakt en nader toelicht welke verschillende rollen hij zal (kunnen) vervullen als beoogd curator en als curator (*administrator*). Het tweede uitgangspunt is dat de schuldeisers uitvoerig worden geïnformeerd:

#### “Principles

(...) Creditors should be provided with a detailed explanation and justification of why a pre-packaged sale was undertaken, to demonstrate that the administrator has acted with due regard for their interests.”<sup>[49]</sup>

De Engelse praktijkregels schrijven voor dat een grote hoeveelheid aan informatie beschikbaar wordt gesteld. De curator dient aan de schuldeisers gedetailleerd uit te leggen en te verantwoorden waarom gekozen is voor een pre-packaged sale en waarom deze verkoop voor de schuldeisers redelijkerwijs het best haalbare resultaat biedt.<sup>[50]</sup> Indien een curator bepaalde informatie niet wil of kan verstrekken dient hij dit uit te leggen. De gedetailleerde Engelse regels schrijven voor dat de curator, binnen zeven dagen nadat de transactie is gesloten, onder andere de navolgende informatie verstrekt:

#### Informatie over de noodzaak van een pre-packaged sale

1. *Welke alternatieven zijn overwogen en wat waren de verwachte financiële uitkomsten van die alternatieven?*
2. *Hebben gesprekken plaatsgevonden met belangrijke schuldeisers en wat waren daarvan de uitkomsten?*
3. *Waarom was het niet passend om de onderneming na faillissement draaiende te houden en haar tijdens een faillissement te verkopen?*
4. *Nadere informatie over verzoeken aan mogelijke financiers om werkkapitaal te verschaffen.*
5. *Nadere informatie over de vraag of de betreffende ondernemingsactiviteiten eerder uit een faillissement zijn gekocht.*

#### Informatie over de waardering en markttoetsing

1. *Informatie over de uitgevoerde waarderingen van activa en de daarbij gebruikte methoden of, indien geen waardering is uitgevoerd, een uitleg waarom een waardering achterwege is gebleven.*
2. *De namen en professionele kwalificaties van degene die de ondernemingsactiviteiten hebben gewaardeerd en de bevestiging dat zij hebben verklaard onafhankelijk te zijn.*
3. *Een uitleg ten aanzien van de vraag hoe de verkoopprijs zich verhoudt tot de waarderingen.*



4. *Een toelichting op de door de onderneming en de curator verrichte activiteiten om activiteiten in de markt te koop aan te bieden.*

#### **Informatie over de transactie**

1. *De datum van de transactie.*
2. *De identiteit van de koper en de vraag of de koper op enigerlei banden heeft of verkrijgt met bestaande aandeelhouders, schuldeisers, bestuurders of werknemers van de onderneming.*
3. *Of de transactie gevolgen heeft voor (borgstellingen die zijn afgegeven door) de bestuurders van de failliete vennootschap.*
4. *Een beschrijving van de over te dragen activa.*
5. *De vergoeding die wordt verkregen, de voorwaarden waaronder daarop aanspraak gemaakt kan worden en de overige voorwaarden van de overeenkomst.*

De Engelse praktijkregels zijn sinds 1 januari 2009 van kracht. Zij zijn laatstelijk in 2013 aangepast. Op de naleving ervan wordt toezicht gehouden door The Insolvency Service. Uit de jaarlijkse rapporten die worden opgesteld blijkt dat in 2012 en in 2013 in resp. 65% en 79% van de gevallen werd voldaan aan de vereisten van SIP 16. [\[51\]](#) Uit een recente in Engeland verrichte studie verricht door Terese Graham blijkt dat de pre-packs een zinvolle aanvulling zijn maar dat de huidige Engelse praktijk op belangrijke punten aanpassing behoeft. [\[52\]](#) Eén van de bezwaren van Graham ziet op de kwaliteit van de informatieverstrekking. Met name de wijze waarop waarderingen van de onderneming tot stand komen en de wijze waarop daarover verantwoording wordt afgelegd is volgens Graham niet afdoende.

### **3.3. Verantwoording achteraf in de Nederlandse pre-pack-praktijk**

We hebben de proef op de som genomen en gekeken op welke wijze en in welke mate door beoogde curatoren in de Nederlandse praktijk verantwoording achteraf is afgelegd. Daartoe hebben we een set openbare verslagen van Nederlandse faillissementen getoetst aan de beginselen als uitgedrukt in de Engelse SIP 16.

Van de griffie van de Rechtbank Rotterdam verkregen we een intern overzicht van alle faillissementen waaraan de aanstelling van een beoogd curator (of beoogde curatoren) vooraf was gegaan. Het betrof negen faillissementen van (groepen van) vennootschappen. In vier van de negen gevallen waren bij de betreffende onderneming meer dan honderd werknemers in dienst. De omzet van de betreffende ondernemingen varieerde van circa € 1 miljoen tot circa € 69 miljoen. Het betrof (groepen van) vennootschappen die actief waren in onder andere de retail, de zorg en de ICT.

Van elk van de genoemde faillissementen zijn de openbare verslagen bestudeerd. Al deze verslagen waren beschikbaar via het centraal insolventieregister. In enkele gevallen was belangrijke informatie opgenomen in bijlagen die niet via het insolventieregister konden worden geraadpleegd.

De openbare verslagen laten een zeer gemengd beeld zien. In elk van de faillissementen wordt in het eerste verslag melding gemaakt van het feit dat voorafgaand aan het faillissement een beoogd curator is aangesteld. In enkele gevallen wordt niet meer dan één of twee alinea's gewijd aan de werkzaamheden van de beoogde curatoren vóór faillissement. In andere gevallen wordt zeer uitvoerig ingegaan op de zogenoemde 'stille fase'.

Bestudering van de (kleine) steekproef leert dat de Rechtbank Rotterdam vrijwel direct na een

daartoe strekkend verzoek beoogde curatoren aanwijst. De periode tussen de aanstelling van de beoogd curator en het faillissement bedroeg gemiddeld 19,6 dagen. De periode tussen de uitspraak en het eerste openbare verslag bedroeg tussen de 7 en 42 dagen (gemiddeld: 25 dagen). In zeven van de negen gevallen is op de dag van het faillissement een doorstart gerealiseerd.<sup>53</sup> In twee gevallen kwam geen (beoogde) transactie tot stand. In één van die gevallen trok de koper zich terug door een beroep te doen op een ontbindende voorwaarde op de avond voorafgaand aan het faillissement. In het andere geval werden uiteindelijk andere curatoren benoemd dan de door de rechtbank aangewezen beoogde curatoren en is de onderneming nadien voor het overgrote deel geliquideerd.

Het is moeilijk te meten in welke mate in de openbare verslagen is ingegaan op de vraag waarom de aanwijzing van de beoogd curator nodig was. Het beeld dat ontstaat is dat in de helft van de gevallen (vrijwel) niets wordt gezegd over de redenen voor de aanstelling van de beoogd curator. In de andere helft van de gevallen wordt daar in het openbare verslag wel aandacht aan besteed. In enkele verslagen wordt (summier) opgemerkt dat een periode van discontinuïteit zou leiden tot waardeverlies, bijvoorbeeld omdat klanten dan zouden afhaken. In enkele gevallen worden ook maatschappelijke belangen genoemd. Zo is in het eerste verslag in het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis toegelicht dat maatschappelijke onrust en de continuïteit van de zorg belangrijke redenen waren om een beoogd curator aan te stellen.

In de zeven gevallen waar een doorstart werd gerealiseerd op de datum van het faillissement is op verschillende wijzen verantwoording afgelegd ten aanzien van de (hoogte van) de gerealiseerde verkoopprijs. In enkele gevallen is niets gemeld over de koopprijs. In enkele andere gevallen is uitvoerig toegelicht op welke wijze activa zijn gewaardeerd en hoe de (beoogde) curatoren tot een koopprijs zijn gekomen. Zo is in het eerste openbare verslag in het faillissement van de Synobsys-groep aangegeven dat de inventaris door Troostwijk is getaxeerd en dat BDO Corporate Finance een rapportage heeft uitgebracht om de waarde van de onderneming op basis van de VR-methode en de DCF-methode te berekenen. Het verslag meldt voorts dat de beoogde curatoren een met naam en toenaam genoemde register accountant hebben verzocht de aannames die ten grondslag liggen aan het BDO-rapport te onderzoeken. Volgens het verslag vormden deze waarderingen de basis voor de besprekingen.

In de meeste van de door ons bestudeerde gevallen is in de openbare verslagen aangegeven of enige vorm van markttoetsing heeft plaatsgevonden. Vaak betrof het een summier beschrijving waarbij in een enkele zin werd opgemerkt dat ook met één of meerdere andere (niet met naam en toenaam genoemde) partijen dan de 'doorstarter' is gesproken. In enkele gevallen wordt uitgebreider ingegaan op de markttoetsing. Zo heeft de curator van de drukkerij VDHR/Grafisch Centrum Galgenwaard in het eerste openbare verslag toegelicht dat de in de 'stille fase' voorbereide transactie kon worden ontbonden indien gedurende een korte periode na faillissement een hoger bod zou worden geplaatst. Nadat het faillissement was uitgesproken heeft de curator potentiële kopers benaderd om te bezien of zij inderdaad een hoger bod zouden willen doen.

In de door ons bestudeerde gevallen worden de datum van de transactie, de identiteit van de koper, een globale omschrijving van de activa en de verkoopprijs vrijwel altijd vermeld. Ten aanzien van de vraag of het een transactie met verbonden partijen betreft en/of wat de gevolgen van de transactie zijn voor de zittende aandeelhouders en de directie wordt in de meeste gevallen in het geheel geen informatie verstrekt.

Gezien de beperkte omvang van de steekproef kan men niet voorzichtig genoeg zijn met het trekken van conclusies. Duidelijk is wel dat in de meeste gevallen de echt belangrijke informatie pas ongeveer

een maand ná faillissement beschikbaar wordt gesteld. Dat betekent dat in de meeste gevallen het verslag niet eerder beschikbaar is dan in faillissementen gebruikelijk is.<sup>[54]</sup> Bestudering van openbare faillissementsverslagen leert voorts dat van geval tot geval grote verschillen bestaan. In sommige faillissementen wordt uitvoerig verantwoording afgelegd terwijl in andere faillissementen weinig wordt gemeld over de periode voorafgaand aan het faillissement. Een voorzichtige conclusie luidt dat in ieder geval in een aantal zaken eerder en uitvoeriger verantwoording kan worden afgelegd.

## 4. Verantwoording achteraf: praktische aanbevelingen

Het gebrek aan transparantie en rechtsbescherming vóóraf is inherent aan de Nederlandse pre-packpraktijk. In sommige gevallen bestaat daarvoor een rechtvaardiging. Het gebrek aan transparantie en rechtsbescherming vóóraf brengt ons inziens met zich dat aan de verantwoording achteraf des te hogere eisen moeten worden gesteld.<sup>[55]</sup> Een verslag achteraf vormt als het ware 'een compensatie voor het gebrek aan transparantie dat een pre-pack naar zijn aard heeft'.<sup>[56]</sup> Om transparantie achteraf te bevorderen is een wetswijziging overigens niet nodig.

Het is primair aan de curator om verantwoording af te leggen. Ook voor andere stakeholders is een rol weggelegd. Zo kan een aandeelhouder die de onderste steen boven wil krijgen aansturen op een enquête. Schuldeisers kunnen middels een (voorlopige) commissie uit schuldeisers de toegang verkrijgen tot alle informatie die nodig is om de pre-packtransactie te beoordelen. Hieronder bespreken we praktische aanbevelingen die zien op de rol van de rechtbank, de rechter-commissaris en transacties met verbonden partijen.

### 4.1. De beschikking tot benoeming van de stille bewindvoerder

De rechtspraak van het EHRM lijkt met zich mee te brengen dat de rechtbank van geval tot geval zou moeten kunnen beoordelen of de beschikking inhoudende de aanwijzing van de curator (gedeeltelijk) openbaar moet worden gemaakt. Uitgangspunt zou ons inziens moeten zijn dat een dergelijke beschikking in ieder geval ná het uitspreken van het faillissement openbaar zou moeten zijn. Wordt buiten faillissement een oplossing bereikt dan bestaat ons inziens in beginsel geen reden de beschikking niet na verloop van enige tijd nadat die oplossing is bereikt openbaar te maken. Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat indien sprake is van zwaarwegende (privacy)belangen aan de zijde van de schuldenaar een beschikking kan worden geanonimiseerd of dat openbaarmaking (gedeeltelijk) achterwege kan worden gelaten.

De rechtbank kan bij de aanwijzing van een beoogd curator voorwaarden stellen of aanwijzingen geven.<sup>[57]</sup> De rechtbank kan in de beschikking waarmee de beoogd curator wordt aangewezen de verplichting om tijdig en volledig openbaar verslag te doen uitwerken. Door de verplichting om op specifieke onderdelen verslag te doen over de stille periode in de beschikking op te nemen ontstaat een duidelijke (voor derden kenbare) rechtsnorm voor de beoogd curator. Een beoogd curator doet er verstandig aan om eventuele aanwijzingen van de rechtbank in de beschikking na te leven.<sup>[58]</sup>

Concreet zou een rechtbank kunnen overwegen de beoogd curator in de beschikking op te dragen rekening en verantwoording af te leggen door op de dag van de faillietverklaring of uiterlijk zeven dagen daarna een eerste openbaar verslag te publiceren dat middels het openbaar insolventieregister openbaar toegankelijk is. Schuldeisers krijgen daardoor tijdig de mogelijkheid het handelen van de

curator aan de orde te stellen. De beschikking zou voorts kunnen voorschrijven dat het verslag specifieke informatie dient te bevatten. Denkbaar is dat een beschikking verwijst naar standaardmodellen. De bestaande regels en modellen zoals vastgelegd in de Recofa-richtlijnen zouden kunnen worden aangepast, bijvoorbeeld doordat een nieuw model wordt gemaakt dat is toegesneden op die gevallen waarin een beoogd curator is benoemd. Bij het opstellen van een dergelijk model of bij het opnemen van specifieke voorschriften in een beschikking kunnen ons inziens de Engelse richtlijnen tot inspiratie dienen.

Uiteraard is het mogelijk dat een beoogd curator op bepaalde punten niet (tijdig) openheid van zaken kan of wil geven. Denkbaar is dat een curator door tijdsdruk niet in staat is om kort na faillissement tijdig en volledig verslag te doen. Denkbaar is eveneens dat een curator bepaalde persoonsgegevens en bepaalde informatie als vertrouwelijk aanmerkt en niet wenst prijs te geven. In dergelijke gevallen zou de norm moeten luiden dat een curator direct of in een later verslag moet uitleggen aan schuldeisers waarom zij (nog) niet volledig of tijdig worden geïnformeerd.

## 4.2. Toezicht door de rechter-commissaris

Naarmate de insolventiepraktijk bij het realiseren van een doorstart minder transparant is wordt meer gevraagd van het toezicht door de (beoogde) rechter-commissaris. In zoverre vereist de huidige praktijk waarbij gebruik wordt gemaakt van pre-packs een herijking van de rol van de rechter-commissaris.<sup>[59]</sup> De rechter-commissaris kan ook een belangrijke rol spelen bij het bevorderen van transparantie (en rechtsbescherming) achteraf. Dat is maatwerk. Zo kan de rechter-commissaris overwegen:

- Dat in een concreet geval nadrukkelijker uitvoering dient te worden gegeven aan het bepaalde in artikel 94 Fw<sup>[60]</sup> en de curator (niet-vertrouwelijke gedeelten van) de ten behoeve van de voorgenomen transactie opgestelde stukken (bijvoorbeeld waaruit blijkt welke activa voor verkoop in aanmerking komen) ter inzage moet leggen.
- Te overleggen met de curator of kort ná het faillissement een vergadering uit schuldeisers dient te worden belegd<sup>[61]</sup> mede opdat schuldeisers worden geïnformeerd en desgewenst een (voorlopige) commissie uit schuldeisers kan worden benoemd.
- Te overleggen met de curator om te bezien of in een concreet geval aan de schuldeisers een termijn kan worden gegund om zich een oordeel te vormen over de beoogde transactie en/of rechtsmiddelen aan te wenden alvorens de rechter-commissaris instemming verleent.<sup>[62]</sup>
- Te overleggen met de curator om te bezien of het haalbaar is dat ingestemd wordt met een transactie onder de voorwaarde dat na faillissement de onderneming tijdelijk zal worden voortgezet zodat andere partijen in de markt gedurende een korte periode de kans krijgen het voorbereide bod te overtreffen.
- Dóór te vragen naar aanleiding van de verslagen en de andere informatie die de rechter-commissaris heeft ontvangen met name ook zodat een compleet beeld ontstaat van hetgeen is voorgevallen. Door kritisch dóór te vragen kan worden voorkomen dat een te eenzijdige door de curator samengestelde selectie van feiten en omstandigheden aan de schuldeisers wordt gepresenteerd. In voorkomende gevallen kan de rechter-commissaris verzoeken om het (volgende) verslag nader uit te breiden en aan te vullen.

## 4.3. Extra aandacht voor transacties met verbonden partijen

Bijzondere aandacht vergt met name de doorstart waarbij een zittende aandeelhouder, bestuurder of manager betrokken is.<sup>[63]</sup> Juist in die gevallen hoort men veel klachten over de wijze waarop een transactie in stilte wordt voorbereid. Als voorbeeld kan worden gewezen op het faillissement van Estro. HIG had drie petten op: zij was aandeelhouder van Estro, de grootste schuldeiser van Estro en tegelijkertijd de beoogd koper van de doorstarter Smallsteps. HIG had een enorme kennisvoorsprong. Hoewel lang duidelijk was dat Estro er slecht voorstond zou belangstelling van derden niet (tijdig) door de vennootschap in kaart zijn gebracht.<sup>[64]</sup> Concurrenten die zich reeds vóór de aanwijzing van de beoogd curator hadden gemeld bij Estro klaagden dat zij buitenspel werden gezet doordat zij niet (of te laat) benaderd werden.<sup>[65]</sup>

Juist in geval van botsende belangen is transparantie achteraf vereist. Transparantie kan de transactie aanvaardbaar maken voor schuldeisers en de mogelijkheden van derden om achteraf op te komen tegen onregelmatigheden vergroten. Achteraf moet voor betrokkenen inzichtelijk worden gemaakt welke belangen onder andere de bestuurders en de aandeelhouders hebben bij de transactie en op welke wijze de betrokken curator daarmee om is gegaan. In het hierboven genoemde voorbeeld van Estro is door de curator op dit punt overigens de nodige uitleg gegeven in een eerste openbare verslag.

Een manier om transparantie ten aanzien van tegenstrijdige belangen te bevorderen is om de betrokken bestuurders en/of aandeelhouders te dwingen open kaart spelen. De curator kan een verklaring eisen als voorwaarde voor het aangaan van de (door het management beoogde) transactie. Van een dergelijke verklaring kan in een openbaar verslag melding worden gemaakt. Zo kan de curator vergen dat de betrokken aandeelhouders en/of directieleden schriftelijk verklaren:

- i. dat specifieke door hen verstrekte informatie volledig is en (dat wordt gegarandeerd dat) geen bij het management of de aandeelhouder bekende informatie is achtergehouden die de verkoopprijs materieel had kunnen beïnvloeden;
- ii. dat geen andere partijen dan met naam en toenaam genoemde partijen het laatste jaar concreet interesse hebben getoond in (onderdelen van) de onderneming;
- iii. of de betrokken bestuurder/aandeelhouder eigen belangen hebben bij de transactie (zoals persoonlijke borgstellingen) en wat de gevolgen van de transactie zijn voor de betrokken bestuurder/aandeelhouder, en;
- iv. of en in welke mate de beoogde transactie reeds voor de benoeming van de stille bewindvoering is voorbereid.

## 5. Conclusie

Het uitgangspunt van het Nederlandse recht is dat transparantie moet worden betracht en dat schuldeisers de mogelijkheid moet worden geboden invloed uit te oefenen op het beheer van de boedel. Op deze uitgangspunten wordt in de praktijk veelvuldig een uitzondering gemaakt indien na faillissement een doorstart wordt gerealiseerd. Dit is het geval bij een 'gewone' doorstart maar in nog grotere mate bij zogenoemde pre-packtransacties. Voor het gebrek aan transparantie en het gebrek aan rechtsbescherming kan een rechtvaardiging bestaan.

Juist in die gevallen waarin in de voorfase geen transparantie is betracht en schuldeisers en andere belanghebbenden beperkt mogelijkheden hebben gehad rechtsmiddelen aan te wenden is het van belang dat achteraf daadwerkelijk verantwoording wordt afgelegd. Deze verantwoording strekt ertoe dat

het handelen van de curator voor schuldeisers en andere belanghebbenden inzichtelijk wordt gemaakt opdat zij desgewenst het handelen van de curator aan de orde kunnen stellen. Aan die verantwoording achteraf moeten hoge eisen worden gesteld. Dit is primair een verantwoordelijkheid van de betrokken (beoogd) curator.

Het Nederlands recht biedt nog geen specifieke aanknopingspunten of richtlijnen inzake de transparantie die een beoogd curator achteraf moet betrachten. Wij zien een rol weggelegd voor de rechtbank om – zolang concrete richtlijnen uitblijven – reeds bij de beschikking tot aanwijzing van een beoogd curator concrete voorwaarden aan informatieverstrekking achteraf te stellen. Wij zien eveneens een rol weggelegd voor de rechter-commissaris om in concrete gevallen erop toe te zien dat waar mogelijk afdoende transparantie wordt betracht. Met name in die gevallen waarin een transactie wordt voorbereid met een verbonden partij is verantwoording achteraf onontbeerlijk. In die gevallen dient een curator uit te leggen hoe hij is omgegaan met eventuele verstrengeling van belangen. Ook kan in dergelijke gevallen gevergd worden dat de betrokken bestuurders en/of aandeelhouders openheid van zaken geven.

Voetnoten

[1]

Gelieve dit artikel aan te halen als: R.R. Verkerk, M. Windt en T.L. Rozendal, 'Pre-packs: transparantie en verantwoording achteraf', *Tvl*, 2014/40. Mr. dr. R.R. Verkerk, mr. T.L. Rozendal en mr. M. Windt zijn allen als advocaat werkzaam bij Houthoff Buruma te Rotterdam.

[2]

J. Verbeek, 'Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelverkoop', *FD*, 7 juli 2014, p. 13.

[3]

Zie bijvoorbeeld het artikel in de Telegraaf d.d. 9 oktober 2013 met de titel 'Luchtje aan faillissement Schoenenreus', beschikbaar op [www.telegraaf.nl](http://www.telegraaf.nl), laatst geconsulteerd op 3 juli 2014.

[4]

Zie o.a. de kritische bijdragen van J.C. Van Apeldoorn 'Pre-packs', *Tvl* 2012/17 en Tideman, Kritische kanttekeningen bij de pre-pack, *FIP* 2013, M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time-out please', *FIP* 2014, p. 26-29

[5]

Praktijkregel 3.1. Zie hierover W.J.M. Van Andel en T.T. van Zanten 'Informatieverschaffing door de curator in faillissement', in: J.J. Reiziger e.a. *De curator en informatie*, INSOLAD, Deventer: Kluwer 2013, zij bepleiten een ruimhartige(re) informatievoorziening door de curator.

[6]

Zie hierover bijvoorbeeld. R. Mulder, 'De curator in spagaat; balanceren tussen informatie-verplichting, conflicterende belangen van derden, geheimhouding en privacy', in M.L.S. Kalf e.a. *De integere curator*, INSOLAD Kluwer: Deventer 2007, p. 85-98.

[7]

Vergelijk ook Recofa-richtlijnen faillissementen artikel 2.2, sub e.

[8]

Vergelijk artikel 674 Rv e.v.

[9]

Zie ook R.J. Van Galen, 'Het belang van een gemotiveerde taxatie', in: J.G. Princen e.a. *De ondernemende curator*, INSOLAD, Kluwer: Deventer 2011, p.231-237, p. 232.

[10]

Zie HR 21 januari 2005, *NJ* 2005, 249 (*Jomed I*).

[11]

Van der Feltz II, p. 64 (Verslag).

[12]

Van der Feltz II, p. 232 (Verslag).

[13]

Van der Feltz II, p. 231 (MvT). Zie ook het kritische advies van de RvS, Van der Feltz II, p. 232.

[14]

Van der Feltz II, p. 63-64 (MvT).

[15]

Zie artikel 137 Fw en W.J.M. Van AnDEL en T.T. van Zanten 'Informatieverschaffing door de curator in faillissement', in: J.J. Reiziger e.a. *De curator en informatie*, INSOLAD, Deventer: Kluwer 2013, p. 29-51, p. 40. Van AnDEL en Van Zanten achten het belang van deze bepaling 'uiterst beperkt'.

[16]

Zie artikel 74-75 Fw.

[17]

Zie artikel 76, 78 Fw.

[18]

Zie Wessels IV 2010, par. 4392 en de aldaar genoemde rechtspraak.

[19]

HR 21 januari 2005, *LJN* AR3406, *NJ* 2005/250 (*Jomed II*). Zie hieromtrent F. Vermeulen, 'Een doekje voor het bloeden', in R.S. Meijer e.a. *Uit de praktijk*, Boom: Den Haag, 2012, p. 279-292.

[20]

Zie ook F.M.J. Verstijlen, 'Wat niet weet, deert', *Tvl* 2011/33.

[21]

Zie ook M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time-out please', *FIP* 2014, p. 26-29. Zie ook J.L.M. Groenewegen en M.J.H. Orval 'Rechten van schuldeisers op informatie in faillissement: een begaanbare weg of doodlopend pad?' in I. Spinath e.a. *Curator en Crediteuren*, INSOLAD, Kluwer: Deventer 2009 p. 39-52.

[22]

R.S. Schimmelpenninck, 'Beïnvloedingsmogelijkheden van schuldeisers', in R.S. Meijer e.a. *Uit de praktijk*, Boom: Den Haag, 2012, p. 231-241, p. 232.

[23]

F.M.J. Verstijlen, 'Wat niet weet, deert', *Tvl* 2011/33.

[24]

In enkele gevallen is een beoogd curator benoemd door middel van een (in beginsel openbare) beschikking. Zie bijvoorbeeld Rechtbank 's-Hertogenbosch 12 december 2011, *JOR* 2011/375.

[25]

De voorgestelde regeling is reeds uitvoerig in de literatuur besproken. Vgl. o.a. J.V. Maduro, 'Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I: de rechtszekerheid gediend?' *FIP* 2013, p. 278-282, J. Wind 'Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I overbodig: Het kan eenvoudiger en beter', *Tvl* 2014/22.

[26]

Artikel 363 lid 2 van de voorgestelde regeling.

[27]

Zie de conclusie van A-G Wesseling-Van Gent nr. 4.4 vóór HR 16 november 2006, *JOR* 2006/281.

[28]

R.R. Verkerk en R.A. Woutering, 'De openbaarheid van de civiele procedure', *TCR* 2013, p. 82-90.

[29]

Zie HR 6 maart 2013, *NJ* 2013/529, HR 6 maart 2013, *NJ* 2013/530, HR 6 maart 2013, *NJ* 2013/528.

[30]

Zie R.R. Verkerk en R.A. Woutering, 'De openbaarheid van de civiele procedure', *TCR* 2013, p. 82-90, p. 87 en de bijdrage van de Adviescommissie Insolventierecht NOvA met betrekking tot het voorontwerp Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I, sub. 9.18.

[31]

EHRM 21 september 2006, *NJB* 2006/1910 (*Moser/Oostenrijk*),

[32]

Zie het kritische opiniestuk van Peter de Waard, *de Volkskrant*, maandag 7 juli 2014: 'Flitsfaillissement zoals bij Neckermann is illegale variant van reorganiseren'.

[33]

Wet continuïteit ondernemingen I, MvT. p. 2.

[34]

Zie ook M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time-out please', *FIP* 2014, p. 26-29, p. 28.

[35]

Van der Feltz II, p. 8-9 luidt: "*De betrekkelijk uitgebreide bevoegdheid, die den curator, altijd onder toezicht van den Rechter-Commissaris (...), in artikel 68 wordt gegeven, vindt, voor zooverre zij mocht schijnen te ver te gaan, haar correctief in artikel 69. Dit laatste artikel zal eene groote verbetering aanbrengen en tevens ongetwijfeld, zoo al geen afdoenden, dat toch een voldoende waarborg voor een richtig beheer en behoorlijke behartiging van aller belangen in het leven roepen.*"

[36]

Wessels § 4336, 4229 en 4229a.

[37]

Zie HR 11 februari 2011, *NJ* 2011/305 voor een geval waarbij aansprakelijkheid werd aangenomen.

[38]

Zie ook de MvT bij artikel 365 lid 2 Fw van de voorgestelde regeling waar onder verwijzing naar HR 16 december 2012, *JOR* 2012/65 (*X/Gips*) wordt opgemerkt over aansprakelijkheid van de beoogd curator: "*Net als bij de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in faillissement, past hierbij echter de nodige terughoudendheid.*"

[39]

F.M.J. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands', *NJB* 2014/803.

[40]

Zie ook N.W.A. Tollenaar, 'Materiële crediteurenbescherming: een balans tussen juridische en economische bescherming', *TvI* 2014/31.

[41]

Zie bijvoorbeeld J.J. Van Hees, 'Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?', *OR* 2014/79. N.W.A. Tollenaar, 'Van Pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak' *FIP* 2013, p. 202-213.

[42]

Een gewijzigde tendens is wel zichtbaar. Praktijkregel 8.1 bepaalde voorheen dat de curator terughoudend is bij het verstrekken van informatie aan derden met betrekking tot de gefailleerde en/of de boedel. Het vernieuwde artikel 8 staat volledig in het teken van transparantie. Zie R. Mulder, 'It takes two to tango'c in: J.J. Reiziger e.a. *De curator en informatie*, INSOLAD, Deventer: Kluwer 2013, p. 24-25.

[43]

Zie artikel 73a (en 137) Fw. Zie ook de Recofa-richtlijnen, artikel 2.



[44]

MvT voorontwerp, sub. 5. Zie ook artikel 363 lid 3 van de voorgestelde regeling.

[45]

Inmiddels is wel een commissie samengesteld door Insolad die *best practices* wil formuleren.

[46]

Het betreft de zogenoemde 'Statement of Insolvency Practice 16, Pre-Packaged Sales in Administrations'.

[47]

Advies van de Raad voor de rechtspraak d.d. 15 februari 2014 (n.a.v. de WCO I).

[48]

SIP 16 no. 2 "(...) *The particular nature of an insolvency practitioner's position in these circumstances renders transparency in all dealings of primary importance.* (...)."

[49]

SIP 16 no. 4.

[50]

SIP 16 no. 9.

[51]

The Insolvency Service, 2013 Annual Review of Insolvency Practitioner Regulation, April 2014, beschikbaar op: [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/319077/IP\\_Annual\\_Review\\_2013.pdf](http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/319077/IP_Annual_Review_2013.pdf). Zie in het bijzonder par. 3.2.

[52]

T. Graham, *Graham Review into Pre-pack Administration, Report to the Rt Hon Vince Cable MP*, June 2014. Zie ook G. Flannery and E. Lloyd, 'UK Pre-packs endorsed but 'clean-up' recommended', *FIP* 2014/5.

[53]

Hierbij moet worden opgemerkt dat in één geval geen concrete transactiedatum is genoemd maar dat uit het verslag kon worden opgemaakt dat de transactie snel na de uitspraak volgde.

[54]

Wij merken op dat normaal gesproken een termijn geldt van één maand alvorens het eerste verslag wordt gedeponereerd. Recofa-richtlijnen faillissementen artikel 2.3.

[55]

Zie ook N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechtvaarders van Nederland: geef ons de pre-pack', *Tvl* 2011/23. "*In het systeem van 'verantwoording achteraf' vervult informatieverschaffing een spilfunctie. Aan de kwaliteit van de informatieverschaffing kunnen dan ook hoge eisen worden gesteld.*"

[56]

F.M.J. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands', *NJB* 2014/803.

[57]

Zie artikel 363 lid 3 FW van de voorgestelde regeling (WCOI).

[58]

Niet naleving daarvan kan ook gevolgen hebben voor de aansprakelijkheid van de (beoogd) curator. Persoonlijke aansprakelijkheid komt eerder in zicht indien een curator geen beleidsvrijheid heeft, vgl. HR 27 november 1998, *JOR* 1999/72 (*Komdeur/Antillen*).

[59]

Zie ook M.H.F. van Vugt, 'Hotter than my Daughter' *Ondernemingsrecht* 2014/76. Van Vugt stelt dat de herijking van het faillissement ook een herijking van de rol van de r-c vergt. Zie ook M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time-out please', *FIP* 2014, p. 26-29, p. 29 waarin Van Vugt stelt dat de huidige praktijk op gespannen voet staat met artikel 12 en 23 Wet RO.

[60]

Zie ook J.M. Hummelen, 'An assessment of Dutch bankruptcy asset sales'. *ILR* 2014, p. 24 en W.J.M. Van Andel en T.T. van Zanten 'Informatieverschaffing door de curator in faillissement', in: J.J. Reiziger e.a. *De curator en informatie*, INSOLAD, Deventer: Kluwer 2013, p. 29-51, p. 32. Zij bepleiten dat curatoren (en rechters-commissarissen) artikel 94 Fw nieuw leven zouden kunnen inblazen.

[61]

Zie artikel 84, 108 Fw. Ook Schimmelpennink bepleit een ruimere toepassing van deze bepalingen. R.S. Schimmelpenninck, 'Beïnvloedingsmogelijkheden van schuldeisers', in R.S. Meijer e.a. *Uit de praktijk*, BJU: Den Haag, 2012, p. 232.

[62]

Het Voorontwerp voor een nieuwe Insolventiewet stelde voor dat de curator tijdig een voornemen tot het doen van een transactie kenbaar zou moeten maken.

[63]

Verkopen aan verbonden partijen komen vaak voor. In Engeland zou van een verkoop aan een verbonden partij sprake zijn in 73% van alle gevallen. Zie The Insolvency Service, 2013 Annual Review of Insolvency Practitioner Regulation, April 2014, § 3.2.

[64]

J. Verbeek, 'Doorstart met haken en ogen', *FD* 23 juli 2014, p. 11.

[65]

J. Verbeek, *FD* 9 juli 2014 (voorpagina) 'Noodlijgend Estro omzeilt dwarse rechtbank via truc'. *FD* 3 september 2014 (voorpagina) 'Concurrent van failliet Estro in geweer tegen reddingsplan'.