

Faillet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk

Tvl 2015/20

Sinds 2012 is de ontwikkeling van de pre-pack in de praktijk in volle gang. Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I beoogt die praktijk een juridisch kader te bieden. In dit artikel wordt op de resultaten van 48 faillissementen ingegaan waarin vóór de faillietverklaring een beoogd curator is aangewezen. De resultaten worden besproken aan de hand van de relevante bepalingen in het wetsvoorstel WCO I.

1. Inleiding

Op 22 oktober 2013 is het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (hierna: WCO I) ter consultatie aangeboden aan het Nederlandse publiek.² Het wetsvoorstel biedt een wettelijke grondslag voor de aanwijzing van een beoogd curator voorafgaand aan een surseance van betaling of faillissement. Tijdens de voorfase kan de beoogd curator onderzoek doen naar de mogelijkheden van een pre-pack. Een pre-pack is een vóór faillissement in beslotenheid voorbereide doorstart van (gezonde onderdelen van) de onderneming die door een activatransactie na de faillietverklaring wordt geëffectueerd.³ De Raad van State heeft inmiddels advies uitgebracht over de WCO I. Naar verwachting zal het aangepaste wetsvoorstel in het voorjaar van 2015 naar de Tweede Kamer worden gezonden. In de tussentijd is de pre-pack een *hot item* in faillissementsland. Literatuur verschijnt in een sneltreinvaart en in drie jaar tijd is de pre-pack als buitenwettelijk instrument al tientallen keren toegepast in de praktijk.⁴ Ook de media en politiek hebben het fenomeen opgepakt, als gevolg van spraakmakende (en niet onomstreden) pre-packs inzake het Ruwaard van Puttenziekenhuis, Schoenenreus, Marlies Dekker, Heiploeg, Neckermann en Estro.

Hoofdzakelijk staat de legitimiteit van de pre-pack ter discussie, waarbij de focus sterk ligt op de vraag of sprake is van misbruik. Zo wordt de pre-pack geregeld gezien als een oneigenlijk instrument om goedkoop werknemers, contracten en schulden te saneren via een (schijn)faillissement, waarbij doorstartkandidaten (bewust) buiten de deur wor-

den gehouden.⁵ Of een pre-pack daadwerkelijk tot misbruik leidt, is maar de vraag. Worden schuldeisers en werknemers daadwerkelijk benadeeld? Of zijn zij juist gebaat bij een pre-pack, omdat de schade van een faillissement wordt voorkomen? Bij deze vragen blijft onderbelicht hoe de pre-pack feitelijk wordt toegepast in de praktijk, tot welke resultaten dat leidt en wat het alternatieve scenario zou zijn geweest.⁶ In dit artikel wordt op deze aspecten ingegaan, waarbij de resultaten van 48 faillissementen met (een poging tot) een pre-pack op een rij worden gezet.

2. Empirisch onderzoek

In de huidige praktijk vindt de aanwijzing van een beoogd curator al plaats, doordat het merendeel van de rechtbanken hier sinds 2012 aan meewerkt.⁷ Snelheid, het voorkomen van waardeverlies en behoud van werkgelegenheid worden gezien als de belangrijkste voordelen van een pre-pack. Ook kan een pre-pack bijdragen aan een betere informatievoorziening aan potentiële doorstartkandidaten en is de onderhandelingspositie van de schuldenaar sterker. Verder wordt een door de schuldenaar voorgekookt faillissement voorkomen doordat een curator eerder (in stilte) aan boord komt.⁸ Hierdoor kan een pre-pack leiden tot een hogere opbrengst dan een doorstart die wordt voorbereid tijdens het faillissement.⁹ De meest genoemde bezwaren zijn het gebrek aan transparantie en openbaarheid van het proces, het ontbreken van betrokkenheid van schuldeisers en voldoende (rechterlijk) toezicht en het risico op oneigenlijk gebruik en concurrentievervalsing.¹⁰ De WCO I ondersteunt de goede ervaringen van de rechtbanken die met experimenten in de praktijk zijn opgedaan en beoogt die praktijk een juridisch kader te bieden. Het juridisch kader bestaat uit procedurevoorschriften en regels

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: J.R. Hurenkamp, 'Faillet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *Tvl* 2015/20. J.R. Hurenkamp is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht.

2 De WCO I en bijbehorende memorie van toelichting (hierna: MVT) zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.

3 N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tvl* 2011/23.

4 Zie voor gedane suggesties m.b.t. de toepassing van de pre-pack in de huidige praktijk W.J.P. Jongepier en K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *FIP* 2013, 6 en N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013, 6.

5 W.J.M. van Anel, 'Stop met de pre-pack', *Tvl* 2014/37. R.J. van der Ham, 'Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack', *ArbeidsRecht* 2014/28 en C. Gispén, 'De "pre-pack" is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers', in: *40XL (iber amicorum M.J.M. Franken)*, 2013.

6 Zie voor eerdere bijdragen over deze aspecten R.R. Verkerk, M. Windt & T.L. Rozendal, 'Pre-packs: transparantie en verantwoording', *Tvl* 2014/40 en M.J. Cools, 'Een doorstart in voorverpakking', *FIP* 2013/8.

7 Met uitzondering van de Rechtbank Midden-Nederland en de Rechtbank Limburg.

8 M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47, F.F.A. Smetsers, 'Herijking faillissementsrecht: wettelijke regeling voor de pre-pack op komst', *JUTD* 2013/21 en N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tvl* 2011/23.

9 Uit de eerste resultaten van het praktijkonderzoek van de Radboud Universiteit Nijmegen in samenwerking met BDO Consultants blijkt dat een pre-pack minimaal 10% meer waarde genereert. Zie J. Verbeek, 'Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelverkoop', *Financieel Dagblad* 7 juli 2014.

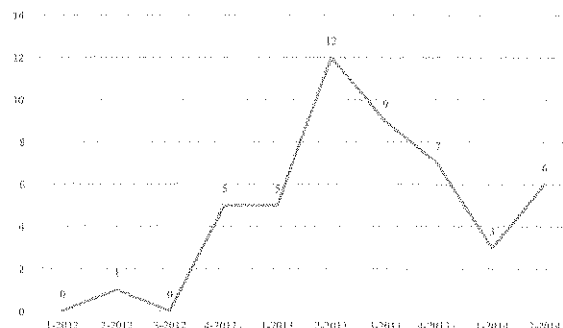
10 M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time-out, please!', *FIP* 2014/47, O. Tacoma & C. Weebers-Vrenken, 'The b(1)ackside van een pre-pack-faillissement', *VGR* 2013, 6, B.J. Tideman, 'Kritische kanttekeningen bij de pre-pack', *FIP* 2013/6 en J.C. van Apeldoorn, 'Pre-packs', *Tvl* 2012/17.

over de bevoegdheden en taken van de betrokken partijen bij de aanwijzing van een beoogd curator. Het wetsvoorstel bevordert enerzijds een gestructureerde en doelmatige afwikkeling van faillissementen. Anderzijds moet het wetsvoorstel – waar dit mogelijk blijkt – de doorstart van op zichzelf levensvatbare gedeelten van de onderneming na faillietverklaring bespoedigen, met name door middel van een pre-pack.¹¹ Naar aanleiding van de WCO I heeft Insolad op 10 november 2014 een concept van praktijkregels voor de beoogd curator gepubliceerd. De praktijkregels dienen als richtsnoer waar de wet noch de rechtspraak regels stelt.¹² Naar aanleiding van de ontwikkelingen omtrent de pre-pack heb ik in 2014 een theoretisch en empirisch onderzoek verricht. Het empirisch onderzoek bestond enerzijds uit een analyse van faillissementsverslagen waarin vóór de faillietverklaring de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden en anderzijds uit een analyse van interviews, afgenomen van in totaal twintig (beoogd) curatoren, (beoogd) rechters-commissarissen en advocaten van schuldenaren die eerder hebben meegewerkt aan een pre-pack. De resultaten uit de analyse van de faillissementsverslagen staan in dit artikel centraal en zullen worden besproken aan de hand van c.q. afgezet tegen de relevante bepalingen in de WCO I. Voor de overige resultaten verwijs ik naar de publicatie van mijn volledige onderzoek.¹³

De geanalyseerde faillissementsverslagen zijn geselecteerd aan de hand van overzichten die ik ontvangen heb van verschillende rechtbanken. Tijdens mijn onderzoek heb ik de rechtbanken verzocht om een opgave te verstrekken van de gevallen waarin de aanwijzing van een beoogd curator had plaatsgevonden. De opgegeven gevallen zijn geanalyseerd. Opmerking verdient dat de gevallen waarin een beoogd curator is aangewezen, maar een surseance van betaling of faillissement is afgewend (en openbare verslaggeving daardoor ontbreekt), niet zijn meegenomen in de analyse. Bij de omschrijving van de resultaten is zo veel mogelijk aangesloten bij de tekst van de betreffende faillissementsverslagen. Om de analyse te verduidelijken is in bepaalde gevallen informatie herschreven of weggelaten. Bij bepaalde aspecten van de analyse is (niet-gespecificeerde) informatie afgeleid uit andere (indirecte) gegevens in de faillissementsverslagen. Voor een zo getrouw mogelijke weergave van de feiten wordt daarom verwezen naar de letterlijke tekst van de fail-

lissementsverslagen.¹⁴ In totaal zijn 48 faillissementsverslagen geanalyseerd, waarin vóór de faillietverklaring de aanwijzing van een beoogd curator plaatsvond in de periode van 1 januari 2012-1 juli 2014.

Aantal aanwijzingen per kwartaal



Uit de geanalyseerde faillissementsverslagen blijkt dat de eerste aanwijzing heeft plaatsgevonden in het tweede kwartaal van 2012. De meeste aanwijzingen hebben plaatsgevonden in het tweede en derde kwartaal van 2013. Dit kan mogelijk worden verklaard doordat de Minister van Veiligheid en Justitie aan het einde van het tweede kwartaal in 2013 heeft aangekondigd dat de mogelijkheid tot aanwijzing van een beoogd curator wettelijk gecodificeerd zou worden.¹⁵ Vanaf het vierde kwartaal in 2013 neemt het aantal aanwijzingen af, terwijl op dat moment het wetsvoorstel WCO I in consultatie is gegeven aan het Nederlandse publiek. Deze afname is opmerkelijk met het oog op de wettelijke codificatie in het vooruitzicht, maar niettemin verklaarbaar doordat rechtbanken het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator steeds strenger zijn gaan toetsen.

3. De aanwijzing van een beoogd curator

Art. 363 WCO I opent de wettelijke mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken een beoogd curator te benoemen en geeft voorwaarden waaronder de rechtbank dit verzoek kan inwilligen. Het verzoek kan worden ingediend door iedere schuldenaar, ongeacht de rechtsvorm en activiteit die wordt ontplooid, met uitzondering van natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen. De schuldenaar is niet verplicht om na de aanwijzing een faillissementsaanvraag in te dienen. Zodoende is de aanwijzing omkeerbaar en behoudt de schuldenaar vrijheid om een oplossing buiten faillissement na te streven. Het verzoek wordt met de meeste spoed in raadkamer achter gesloten deuren behandeld, waarna de beslissing door de rechtbank wordt vastgelegd in een niet-openbare beschikking. Indien het verzoek wordt toegewezen, worden een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris benoemd. Tegen de

11 MvT WCO I, p. 1-2. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.) Zie voor een bespreking van de WCO I onder meer J.M. Hummelen, 'Het verkoopproces in een pre-packaged activatransactie', *Tvl* 2015/2, M.P. van Eeden-Van Harskamp & J.H.M. Spanjaard, 'De pre-pack vanuit contractenrechtelijk perspectief', *ORP* 2014, 5, E.M. Loesberg, 'Hoe gaat het met de pre-pack?', *TOP* 2014/4, J.J. van Hees, 'Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?', *OR* 2014/79, F.M.J. Verstijnen, 'Pre-packing in the Netherlands', *NJB* 2014/803, J. Wind, 'Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I overbodig: het kan eenvoudiger en beter', *Tvl* 2014/22 en J.V. Maduro, 'Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I: de rechtszekerheid gediend?', *FIP* 2013/8.

12 De praktijkregels beoogd curator van Insolad zijn te raadplegen via www.insolad.nl/publicaties.html. Zie voor een toelichting op de praktijkregels R. Mulder, 'De pre-pack: verkoop en voortzetting in stilte, verantwoording in het openbaar. Een bespreking van de concept praktijkregels van Insolad', *Tvl* 2015/5.

13 J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk*, Celsus: Amersfoort 2014.

14 De faillissementsverslagen zijn aan de hand van het betreffende kenmerk te raadplegen via <http://insolventies.rechtspraak.nl>.

15 *Kamerstukken II* 2012/13, 18 juni 2013, *Kamerstukken II* 2012/13, 33695, nr. 1.

niet-openbare beschikking kan geen hoger beroep worden ingesteld.¹⁶

3.1 Criterium voor toewijzing

Op grond van art. 363 lid 1 WCO I dient de verzoekende schuldenaar door middel van feiten en omstandigheden aannemelijk te maken waaruit de meerwaarde van de aanwijzing bestaat: een hogere opbrengst voor de schuldeisers of een bijdrage aan het maatschappelijk belang. Een globale onderverdeling van de geanalyseerde faillissementsverslagen per branche geeft het volgende beeld.

Overzicht aanwijzingen per branche

Bouw, productie en/of technische dienstverlening	7
Mode(productie- en verkoop)	7
IT-dienstverlening	6
Grafische media	5
Versproducten (voedingsmiddelen, bloemen en planten)	5
Gezondheidszorg (ziekenhuis en ambulante zorg)	4
Retailactiviteiten	3
Kinderopvang	3
Transport- en vervoersactiviteiten	3
Educatieve activiteiten	2
Juridische dienstverlening	2
Callcenter	1
Totaal	48

Overzicht aanwijzingen per rechtbank

Rechtbank Amsterdam	10	Rechtbank Overijssel	1
Rechtbank Gelderland	2	Rechtbank Rotterdam	8
Rechtbank Noord-Holland	4	Rechtbank 's-Gravenhage	3
Rechtbank Noord-Nederland	5	Rechtbank Zeeland-West-Brabant	3
Rechtbank Oost-Brabant	12	Totaal	48

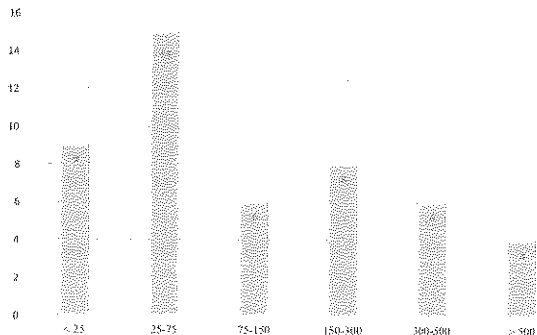
In de meeste faillissementen was geen sprake was van evidente maatschappelijke belangen die de aanwijzing rechtvaardigden, zoals dat in de gezondheidszorg en kinderopvang verdedigbaar is, bijvoorbeeld om maatschappelijke onrust te voorkomen. In het grootste deel van de gevallen werd het vermijden van (tijd- en) waardeverlies voldoende doorslaggevend geacht om de aanwijzing toe te staan. Bij de handel in versproducten is een dergelijk belang duidelijk aanwezig, omdat deze producten snel verloren gaan indien de continuïteit van de onderneming na faillietverklaring niet is gewaarborgd. Bij de overige faillissementen is de

gegrondheid van een dergelijk belang discutabel. Bij deze faillissementen bestond het meest gevreesde waardeverlies uit het verdampen van de intellectuele eigendomsrechten, goodwill en de order-, klant- en debiteurenportefeuille, alsmede het weglopen van (belangrijke) werknemers. Verder wordt in 9 faillissementsverslagen opgemerkt dat het behouden van werkgelegenheid van belang werd geacht bij de toewijzing van het verzoek en speelde bij 2 faillissementen de omvang van de onderneming een rol. Opvallend is dat in 13 faillissementsverslagen de (specifieke) omstandigheden die hebben meegespeeld bij toewijzing van het verzoek in het geheel niet worden vermeld.

3.2 Omvang en financiële toestand schuldenaar

De WCO I zwijgt over de omvang van de schuldenaar en de financiële toestand waarin de schuldenaar dient te verkeren om voor toewijzing van het verzoek in aanmerking te komen. De omvang van de schuldenaar loopt in de geanalyseerde faillissementsverslagen sterk uiteen. De omvang laat zich het beste uitdrukken in het aantal werknemers dat in dienst was ten tijde van het verzoek tot aanwijzing, hetgeen gemiddeld uitkomt op 259 werknemers. Nader gedifferentieerd laat de omvang uitgedrukt in het aantal werknemers het volgende beeld zien.

Aantal werknemers in dienst schuldenaar



In de MvT bij het wetsvoorstel wordt over de (vereiste) financiële toestand enkel opgemerkt dat een grondslag wordt geboden om een beoogd curator te betrekken bij 'een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming'.¹⁷ Uit de analyse van de faillissementsverslagen blijkt dat in vrijwel alle gevallen sprake was van een dreigend (niet af te wenden) faillissement, veelal omdat de financier van de schuldenaar het krediet had opgezegd. In deze gevallen bleek de bank (of een andere financier) bereid om een aanvullende financiering te verstrekken, zodat betaling van lopende en nieuwe betalingsverplichtingen tijdens de aanwijzing kon plaatsvinden, op voorwaarde dat de mogelijkheid van een pre-pack werd onderzocht. In 2 gevallen werd de aanwijzing niet geschikt geacht om de mogelijkheid van een pre-pack te onderzoeken door de financiële toestand van de schuldenaar, omdat het faillissement op zeer korte termijn

16 MvT WCO I, p. 1-2. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.)

17 MvT WCO I, p. 1. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.)

moest worden uitgesproken.¹⁸ Bij de resultaten verdient opmerking dat een deel van de zaken waarin een aanwijzing is toegepast, niet terug te vinden is in faillissementsverslagen, omdat een oplossing buiten insolventie mogelijk bleek. Uit de meeste faillissementsverslagen blijkt dat de oorzaak van de financiële problematiek gelegen is in een combinatie van factoren, waarbij de teruglopende economie – met inkrimping van de markt tot gevolg – het vaakst wordt genoemd. In sommige gevallen veroorzaakte dit overcapaciteit in de markt van de betreffende onderneming, waardoor (winst)marges zijn gedaald en de financierings-, personeels- en productiekosten in verhouding tot de resterende omzet te hoog werden. Ook het wegvallen van belangrijke leveranciers of afnemers, bijvoorbeeld doordat zij failliet werden verklaard of overstapten naar een concurrent, wordt in veel verslagen als oorzaak van de financiële problematiek genoemd. Daarnaast wordt wanbetaling door debiteuren als oorzaak vermeld. In een klein aantal gevallen heeft ook overheidsingrijpen bijgedragen aan de financiële problematiek, waarbij men kan denken aan het terugschroeven van overheids subsidie en het doorvoeren van wijzigingen in relevante wetgeving voor het product- of dienstportfolio van de betreffende onderneming. Ook wordt in 3 gevallen het instellen van een strafrechtelijk of bestuursrechtelijk onderzoek naar de schuldenaar genoemd als oorzaak, met in één geval oplegging van een sanctie tot gevolg.¹⁹

3.3 Benoeming beoogd curator

Op basis van art. 363 lid 1 en 2 WCO I kan de rechtbank een beoogd curator benoemen. De wet bepaalt niets over de wijze waarop de rechtbank vaststelt wie tot (beoogd) curator wordt aangesteld. De rechtbanken hanteren bij de benoeming van curatoren in faillissementen (en bewindvoerders in surseances van betaling) een lijst met benoembare personen: de curatorenlijst. Recofa heeft in overleg met Insolad een niet-bindende richtlijn opgesteld die duidelijk maakt hoe deze lijst tot stand komt en aan de hand van welke criteria benoeming plaatsvindt.²⁰ Uit vrijwel alle faillissementsverslagen blijkt dat het de meest ervaren en gekwalificeerde curatoren zijn die bij een aanwijzing tot beoogd curator worden benoemd.

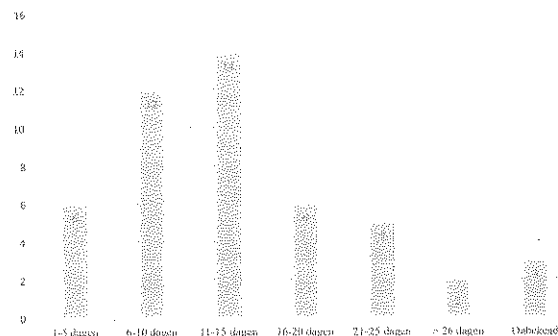
Uit 38 van de 48 faillissementsverslagen blijkt dat één beoogd curator en één beoogd rechter-commissaris zijn aangewezen. Uit de 10 andere faillissementsverslagen blijkt dat twee beoogd curatoren zijn aangewezen. In 2 van deze gevallen waren de beoogd curatoren werkzaam bij hetzelfde kantoor en lijkt vooral de omvang van de schuldenaar een rol te hebben gespeeld bij de dubbele benoeming.²¹ In 8 gevallen waren de twee beoogd curatoren niet verbonden aan hetzelfde kantoor, zodat mogelijk (onafhankelijke) controle van elkaars werkzaamheden een rol kan hebben gespeeld

bij de dubbele benoeming.²² Dit blijkt echter niet uit de betreffende faillissementsverslagen, zodat mogelijk ook de omvang van de schuldenaar een rol kan hebben gespeeld. Uit 1 faillissementsverslag kan worden afgeleid dat tevens twee beoogd rechters-commissarissen zijn aangewezen.

3.4 Duur van de aanwijzing

Art. 363 lid 3 WCO I bepaalt dat de rechtbank een termijn kan verbinden aan de benoeming. Bij de geanalyseerde gevallen was de duur van de aanwijzing als volgt.

Termijn aanwijzing in dagen



Uit de analyse van de faillissementsverslagen blijkt dat de aanwijzing gemiddeld 12,5 dagen heeft geduurd. Bij dit gemiddelde is 1 faillissementsverslag buiten beschouwing gelaten, omdat de aanwijzing in dat geval 168 dagen duurde.²³ Reden voor deze lange periode van aanwijzing was volgens de beoogd curator verantwoord, omdat dit de enige mogelijkheid leek voor het mogelijk maken van een belangrijke en financieel interessante transactie in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. In drie faillissementsverslagen wordt de termijn van aanwijzing niet gespecificeerd.

3.5 Voorwaarden verbonden aan de aanwijzing

Op grond van art. 363 lid 3 WCO I kan de rechtbank, of de beoogd rechter-commissaris bij een verzoek tot verlenging, voorwaarden verbinden aan de aanwijzing. Uit 1 faillissementsverslag blijkt dat de rechtbank een dergelijke (specifieke) voorwaarde heeft verbonden aan de benoeming.²⁴ Bij Estro verzocht de schuldenaar om een aanwijzing, zodat de beoogd curator zich voorafgaand aan de faillietverklaring een oordeel zou kunnen vormen over de door het bestuur en de (belangrijkste) financiers van de schuldenaar voorgestane doorstart. Het doel was de reeds voorbereide doorstart op datum faillietverklaring te laten plaatsvinden. Het verzoek heeft de rechtbank afgewezen. Daarbij heeft de rechtbank laten weten dat zij, gelet op de grote belangen die speelden bij de schuldenaar, wel bereid was te laten weten wie zij als curator zou benoemen. Tijdens de aanwijzing zou de schuldenaar de beoogd curator kunnen informeren over

18 Weijmans Media Groep B.V. (F.01/13/498) en EMA Autobedrijven N.V. (F.01/14/397).

19 Prime Champ Holding B.V. (F.01/13/344), Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis (F.09/13/531) en Heiploeg Holding B.V. (F.18/14/26).

20 Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling 2013, te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

21 Heiploeg Holding B.V. (F.18/14/26) en Neckermann B.V. (F.02/14/458).

22 Bandolera Holding N.V. (F.10/13/75), Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis (F.09/13/531), MD Group B.V. (F.10/13/864), DGTf B.V. (F.10/13/1067), Hamberg Mode B.V. (F.10/13/679), Zijzoen B.V. (F.10/13/681), GSH Nederlands Holding B.V. (F.10/13/757) en Untis Benelux B.V. (F.10/13/943).

23 Zinvest Fashion B.V. (F.01/13/553).

24 Estro Groep B.V. (F.13/14/396).

de situatie van de onderneming, zodat de curator beter beslagen ten ijs zou komen op het moment dat de insolventie van de schuldenaar zou worden uitgesproken. Daarnaast kon de beoogd curator ook kennisnemen van een eventuele door één of meer betrokken partijen beoogde doorstart, maar volgens de rechtbank hoefde de beoogd curator hier niet nader op in te gaan tijdens de aanwijzing. De opdracht aan de beoogd curator was aldus het voorbereiden op een insolventie van de schuldenaar en kennisname van beoogde doorstarts zonder daarover – behoudens nadere instructies van de beoogd rechter-commissaris – een standpunt in te nemen.

Tijdens de aanwijzing kwam de beoogd curator tot de conclusie dat een doorstart noodzakelijk was om een *meltdown* van de onderneming te voorkomen, met aanzienlijke schade en maatschappelijke onrust tot gevolg. Adequate alternatieven voor een doorstart bestonden niet. Na overleg met de beoogd rechter-commissaris – en uitbreiding van zijn mandaat – heeft de beoogd curator uiteindelijk besloten om de aanwijzing mede aan te wenden voor het onderzoeken van de mogelijkheid van een pre-pack. Daarbij gold als voorwaarde dat een pre-pack evident in het belang van de gezamenlijke schuldeisers moest zijn, alsmede ten bate van belangen van maatschappelijke aard. Uiteindelijk heeft dit, na intensief overleg door de beoogd curator met de beoogd rechter-commissaris, geresulteerd in een doorstart per datum faillissement.

4. De totstandkoming van een pre-pack

Nadat de aanwijzing van de beoogd curator heeft plaatsgevonden, kan worden onderzocht of een doorstart na faillietverklaring of een andere oplossing buiten faillissement tot de mogelijkheden behoort. De beoogd curator heeft ingevolge art. 365 lid 1 WCO I een onafhankelijke positie, maar hij kan enkel naar buiten treden of handelingen verrichten met toestemming van de schuldenaar; de schuldenaar blijft volledig beheers- en beschikkingsbevoegd. Bij zijn handelen laat de beoogd curator zich steeds leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en neemt hij de taak van de curator in faillissement als uitgangspunt.²⁵

4.1 Rol beoogd curator en verklaringen

De beoogd curator treedt tijdens de aanwijzing niet op als adviseur of toezichthouder en is niet gehouden instructies op te volgen van de schuldenaar of een of meer schuldeisers. De beoogd curator kijkt enkel mee, laat zich informeren en vormt zich een oordeel over de gang van zaken binnen de onderneming.²⁶ Uit een aanzienlijk deel van de faillissementsverslagen komt echter het beeld naar voren dat de be-

oogd curator actief heeft gehandeld tijdens de aanwijzing, door het voeren van onderhandelingen en/of het zelf benaderen van marktpartijen. Zo heeft bijvoorbeeld in Zinvest Fashion de beoogd curator op een gegeven moment buiten medeweten en aanwezigheid van het bestuur van de schuldenaar gesproken met een potentiële kandidaat voor een doorstart. Deze actieve betrokkenheid – met toestemming van de rechter-commissaris – was noodzakelijk, omdat het bestuur van de schuldenaar zelf een doorstart beoogde en onvoldoende meewerkte aan een onderzoek naar (doorstart)alternatieven.²⁷

Art. 365 lid 2 WCO I opent de mogelijkheid voor de beoogd curator om tijdens de aanwijzing een drietal formele verklaringen af te leggen tegenover de schuldenaar.²⁸ Uit 2 faillissementsverslagen blijkt dat de beoogd curator een dergelijke verklaring heeft afgelegd met betrekking tot paulianeuze handelingen. Zo ontdekte de beoogd curator bij PMF Machinefabriek Delfzijl dat de schuldenaar in het jaar voorafgaand aan het faillissement twee paulianeuze handelingen had verricht, bestaande uit de vestiging van pandrechten door en betalingen aan twee aan de schuldenaar gelieerde vennootschappen.²⁹ Toen deze vennootschappen vervolgens een doorstart van de bedrijfsactiviteiten van de schuldenaar wilden realiseren, heeft de beoogd curator als voorwaarde gesteld dat de omstreden pandrechten en betalingen zouden worden teruggedraaid. De omstreden handelingen zijn vervolgens ongedaan gemaakt en verdisconteerd in de doorstartovereenkomst.

Bij Zinvest Fashion vernam de beoogd curator dat het bestuur van de schuldenaar, zonder zijn medeweten, tijdens de aanwijzing een belang in de dochtervennootschap van de schuldenaar had verpand aan de bank.³⁰ De verpanding was in strijd met de aanwijzingsbrief van de rechtbank en de door het bestuur gemaakte schriftelijke afspraken met de beoogd curator. Naar aanleiding van de verpanding is de beoogd curator met het bestuur in gesprek getreden en heeft hij zijn bezwaren tegen de gang van zaken kenbaar gemaakt. Toen vervolgens met een (externe) partij onderhandelingen werden gevoerd over het belang in de dochtervennootschap, hebben de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aan de bank verklaard de verpanding niet paulianeus te achten op basis van de op dat moment bekende feiten en omstandigheden. Aanleiding voor de verklaring was de noodzakelijke medewerking van de bank met het oog op het vervreemden van het belang in de dochtervennootschap. Volgens het betreffende faillissementsverslag speelde bij het afgeven van de verklaring mee dat inmiddels een lang en scherp onderhandelingsproces had plaatsgevonden tijdens de aanwijzing en het bestuur van de schuldenaar zonder succes had gezocht naar andere, betere mogelijkheden. Ook het feit dat de dochtervennootschap tot op heden geen (substantiële) resultaten had geboekt en dat

25 MvT WCO I, p. 4. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.) Vgl. concept praktijkregels beoogd curator Insolad, nr. 2 en 7.1. (De praktijkregels beoogd curator van Insolad zijn te raadplegen via www.insolad.nl/publicaties.html.)

26 MvT WCO I, p. 21. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.) Vgl. concept praktijkregels beoogd curator Insolad, nr. 3. (De praktijkregels beoogd curator van Insolad zijn te raadplegen via www.insolad.nl/publicaties.html.)

27 Zinvest Fashion B.V. (E.01/13/553).

28 Vgl. concept praktijkregels beoogd curator Insolad, nr. 6. (De praktijkregels beoogd curator van Insolad zijn te raadplegen via www.insolad.nl/publicaties.html.)

29 PMF Machinefabriek Delfzijl B.V. (F.18/14/25).

30 Zinvest Fashion B.V. (E.01/13/553).

het daadwerkelijk afketsen van de onderhandelingen zou betekenen dat de waarde van het belang in de dochtervennootschap zou verdampen door een *change of controle*-clausule, werd daarbij meegewogen.

4.2 Bereikte resultaten en behouden werkgelegenheid

Uit de 48 geanalyseerde faillissementsverslagen blijkt dat de aanwijzing in 37 gevallen is aangewend om onderhandelingen te voeren met potentiële kandidaten over een doorstart. Hierbij werd tijdens de aanwijzing of kort na de opvolgende surseanceverlening of faillietverklaring overeenstemming bereikt over de doorstart met één van de kandidaten: een pre-pack. In deze gevallen werd met de pre-pack gemiddeld 64% van de werkgelegenheid bij de schuldenaar behouden. In 6 gevallen bleek een pre-pack niet mogelijk, omdat de overgebleven kandidaat zich terugtrok of omdat de beoogd curator geen overeenstemming kon bereiken over de voorwaarden van de doorstart.³¹ In 3 van deze gevallen is na faillietverklaring alsnog een doorstart gerealiseerd, waarmee gemiddeld 24% werkgelegenheid werd behouden. In 3 gevallen is de aanwijzing niet gebruikt om te onderhandelen over een pre-pack, maar om het faillissement (en doorstartonderhandelingen na faillietverklaring) voor te bereiden.³² In 2 van deze gevallen werd in het faillissement een doorstart uitonderhandeld, waarmee gemiddeld 51% werkgelegenheid werd behouden. In 2 gevallen is de aanwijzing voortijdig beëindigd, omdat een doorstart niet mogelijk bleek of de voortzetting van de aanwijzing niet gerechtvaardigd werd geacht door de beoogd curator.³³

4.3 Marktverkenning en biedingsproces

Bij het onderzoeken van de mogelijkheid van een pre-pack zal de beoogd curator een andere rol aannemen dan hij bij (directe) faillietverklaring zou doen, omdat hij bij dit onderzoek niet over enige formele bevoegdheid beschikt zonder toestemming van de schuldenaar. Daardoor zal de schuldenaar in de voorfase – voor zover noodzakelijk – het liquidatieproces van de onderneming gecontroleerd moeten afwickelen, waarbij de beoogd curator bijstand kan verlenen. Verder heeft het ontbreken van formele bevoegdheden van de beoogd curator tot gevolg dat de schuldenaar met het oog op een eventuele pre-pack het verkoopproces zal moeten organiseren. Kort gezegd dient de schuldenaar bij de vormgeving van het verkoopproces te streven naar de (maximale) marktconforme prijs voor de onderneming met – indien mogelijk – een *going concern*-bod tot gevolg dat ligt boven de getaxeerde onderhandse of executiewaarde van de afzonderlijke activa van de onderneming. Dit betekent

dat de schuldenaar de markt zo veel mogelijk zal moeten verkennen.³⁴

In de gevallen waarin een pre-pack tot stand kwam, blijkt uit de meeste faillissementsverslagen dat de schuldenaar voorafgaand aan de aanwijzing reeds de markt had verkend met het oog op een mogelijke overname of doorstart, door daar onderzoek naar te (laten) verrichten en/of meerdere kandidaten voor een overname of doorstart te benaderen. Daarbij is de aanwijzing voornamelijk gebruikt om onder toezien oog van de beoogd curator een-op-een onderhandelingen te voeren met de (overgebleven) kandidaat. Deze een-op-een onderhandelingen hebben in de meeste gevallen tot overeenstemming geleid, zonder dat de beoogd curator tijdens de aanwijzing zelfstandig de interesse vanuit de markt heeft onderzocht en/of potentiële kandidaten die buiten beeld waren gebleven heeft benaderd.

In bepaalde gevallen was een besloten biedingsproces ook niet of slechts in zeer beperkte mate mogelijk. In dit verband kan worden gewezen op Blue Handling Amsterdam en Corso, waar de kandidaat voor een doorstart (onder meer) moest beschikken over respectievelijk een licentie voor exploitatie op Schiphol of een zogeheten NEN-certificering.³⁵ Verder lijkt bij Dankers Glas- en Schilderwerken en Niopal het achterwege blijven van een marktverkenningsonderzoek door de beoogd curator te zijn opgelost door het maken van een voorbehoud ten aanzien van de doorstart die was voorbereid met één partij. In deze gevallen werd in de doorstartovereenkomst respectievelijk een opschortende en een ontbindende voorwaarde opgenomen inhoudende dat de beoogd curator de overeenkomst niet gestand hoefde te doen indien na het (openbare) faillissement een partij bereid bleek te zijn een aantrekkelijker bod te doen.³⁶ Ook bij Yaper (voorheen Betronic Solutions), waar wél een marktverkenningsonderzoek had plaatsgevonden, werd een vergelijkbare ontbindende voorwaarde bedongen.³⁷

In enkele gevallen wordt het achterwege laten van eigen onderzoek door de beoogd curator verantwoord. In dit kader kan worden gewezen op Romijnders, waarin de beoogd curator aangeeft dat de interesse van derden in een doorstart niet is onderzocht omdat er al geruime tijd voor de aanwijzing geruchten in de markt rondgingen over de slechte financiële positie van de schuldenaar.³⁸ Hierdoor waren marktpartijen (alsmede opdrachtgevers en debiteuren van de schuldenaar) bijzonder argwanend en terughoudend. Daarbij vermeldt de beoogd curator dat een alternatief voor de doorstart niet voorhanden leek, gelet op de ondernomen onsuccesvolle pogingen daartoe door het bestuur van de schuldenaar voorafgaand aan de aanwijzing. Dit heeft de beoogd curator doen besluiten om een onderzoek naar de

31 Bandolera Holding N.V. (F.10/13/75), Cicciolla Holding International B.V. (F.13/13/135), Florimex B.V. (F.13/13/292), Dijkman Groep B.V. (F.13/13/413), Zijzoen B.V. (F.10/13/681), en Allekleur B.V. (F.13/13/558).

32 Weijmans Media Groep B.V. (F.01/13/498), Verhagen Grafische Media B.V. (F.01/13/924) en EMA Autobedrijven N.V. (F.01/14/397).

33 GSH Netherlands Holding B.V. (F.10/13/757) en De Swart B.V. (F.09/14/492).

34 MvT, p. 24-25. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i). Vgl. concept praktijkregels beoogd curator Insolad, nr. 5. (De praktijkregels beoogd curator van Insolad zijn te raadplegen via www.insolad.nl/publicaties.html).

35 Blue Handling Amsterdam B.V. (F.15/13/599) en Corso Holding B.V. (F.05/13/1197).

36 Niopal B.V. (F.13/14/317) en Dankers Glas- en Schilderwerken B.V. (F.01/13/972).

37 Yaper B.V. (F.13/13/677).

38 Romijnders B.V. (F.05/13/306).

interesse van derden in een doorstart achterwege te laten, omdat dit – ondanks een geheimhoudingsovereenkomst – het risico op openbaarheid en een vroegtijdige faillietverklaring met zeer negatieve gevolgen aanzienlijk zou vergroten. Gelet op het voorgaande heeft de beoogd curator de transactie vervolgens extra kritisch en zorgvuldig beoordeeld, met name op de vraag of het voorliggende bod objectief gezien het hoogst haalbare in de markt was. Met het oog op deze vraag is het bod beoordeeld op waarde door een onafhankelijke accountant en heeft de beoogd curator zich laten informeren door andere partijen uit dezelfde branche, onder meer over de markt, de marktontwikkelingen, de mogelijkheden van een overname in het algemeen en de waardering van activiteiten.

In een beperkt aantal andere gevallen leek een eigen onderzoek van de beoogd curator weinig toe te voegen aan de zoektocht die de schuldenaar reeds had ondernomen. Dit omdat de zoektocht in opdracht van de schuldenaar was vormgegeven door externe partijen en de beoogd curator daar uitgebreid inzicht in werd verleend en in een later stadium betrokken bij is geweest. Zo had bij Heiploeg voorafgaand aan de aanwijzing al een uitgebreid marktverkenningsonderzoek plaatsgevonden door een gespecialiseerd *corporate finance*-adviseur die niet gelieerd was aan de schuldenaar.³⁹ Ook waren er op dat moment diverse (onafhankelijke) taxaties uitgevoerd en lag er een door de schuldenaar opgesteld *businessplan*, tot stand gekomen in overleg met een consortium van banken, dat was gevalideerd door een gerenommeerd accountantskantoor. Potentiële kandidaten voor een doorstart kregen vervolgens toegang tot een digitale *dataroom* met daarin alle relevante gegevens over de schuldenaar, waarna drie partijen een bod uitbrachten. Van die bidders kwam één met de beste propositie, die het meest in de buurt kwam van de *going concern*-waarde, waarna met deze bidder verder is onderhandeld. Tijdens de aanwijzing hebben de beoogd curatoren alle informatie over het reeds doorlopen traject ontvangen, de digitale *dataroom* kunnen bestuderen en hebben zij gesprekken gevoerd met alle bij het traject betrokken partijen.

Bij De Speelwerk Groep had de schuldenaar vergelijkbare stappen ondernomen voorafgaand aan de aanwijzing, waarbij de beoogd curator het biedingsproces vervolgens nader heeft vormgegeven door met de geïnteresseerde kandidaten – die zich hadden gemeld in het kader van het marktverkenningsonderzoek – in gesprek te treden en een tweede biedingsronde te organiseren.⁴⁰ Hetzelfde proces deed zich voor bij het Ruwaard van Puttenziekenhuis, waarbij de biedingen als extra waarborg zijn geanalyseerd door een consultantsbureau. De analyse vond mede plaats aan de hand van een door de kandidaten ter beschikking gesteld (eigen) *businessplan* en financiële prognoses, die op verzoek van de beoogd curatoren waren opgesteld. Daarbij heeft het consultantsbureau ook beoordeeld of het realistisch was dat er andere transacties met een hogere opbrengst (al dan niet na faillietverklaring) mogelijk zouden zijn, teneinde het risico

te verkleinen dat een kandidaat voor een doorstart met een eventueel betere propositie buiten beeld zou blijven.⁴¹

In slechts enkele gevallen is van een zelfstandig onderzoek door de beoogd curator naar de doorstartmogelijkheden binnen de markt van de schuldenaar sprake geweest, naast het observeren van de reeds gestarte een-op-een onderhandelingen. Illustratief in dit verband is De Harense Smid, waarbij de beoogd curator tijdens de aanwijzing een biedingsmemorandum heeft opgesteld aan de hand van aangeleverde stukken door de schuldenaar en informatie verstrekt door branchegenoten van de schuldenaar.⁴² Het memorandum is, na ondertekening van een geheimhoudingsovereenkomst, verzonden aan potentiële bidders die mogelijk geïnteresseerd waren in een overname of samenwerking, al dan niet na faillietverklaring. In het memorandum stonden regels aangaande de biedingsprocedure. De beoogd curator heeft vervolgens gesprekken gevoerd met verschillende partijen die het memorandum hadden ontvangen, waarna uiteindelijk drie biedingen zijn ontvangen. Bij Kraamzorg Het Groene Kruis heeft de beoogd curator een vergelijkbaar proces vormgegeven, na daartoe een eigen inventarisatie gemaakt te hebben van mogelijke overnamekandidaten.⁴³ Ook bij Prime Champ, Hamberg, Zijzoen en Marlies Dekkers heeft de beoogd curator een eigen onderzoek verricht naar de mogelijkheid van een alternatieve doorstart door de markt te verkennen, al dan niet met behulp van een *corporate finance*-adviseur.⁴⁴

In de gevallen waarin de mogelijkheid tot een pre-pack niet is onderzocht, kwam dat onder meer door de financiële toestand van de schuldenaar. In deze gevallen is de aanwijzing gebruikt om het faillissement voor te bereiden; een zogeheten 'stille bewindvoering'. Zo kwam de beoogd curator bij de Weijmans Media Groep direct na de aanwijzing tot de conclusie dat een pre-pack niet haalbaar was in verband met de liquiditeitsprognoses van de schuldenaar, het feit dat de Belastingdienst reeds bodembeslag had gelegd, diverse schuldeisers op betaling van de vorderingen aandrongen en salaris- en vakantiegeldbetalingen moesten plaatsvinden.⁴⁵ Daardoor ontbrak met name de nodige tijd om een pre-pack traject te doorlopen. Ook de beoogd curator bij EMA Autobedrijven kwam tot een gelijklopende conclusie om vergelijkbare redenen.⁴⁶ Bij Verhagen Grafische Media is op uitdrukkelijk verzoek van de schuldenaar een verkoopproces na faillietverklaring voorbereid tijdens de aanwijzing om niet nader gespecificeerde redenen.⁴⁷ Ook bij Zijzoen, waar de voorbereiding van een doorstart tijdens de aanwijzing niet mogelijk bleek, gebeurde hetzelfde.⁴⁸

In deze gevallen is het faillissement voorbereid om na faillietverklaring een snelle doorstart te kunnen realiseren. In dat kader is voortzetting van de bedrijfsactiviteiten na fail-

41 Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis (F.09/13/531).

42 De Harense Smid Holding B.V. (F.01/13/645).

43 Stichting Kraamzorg Het Groene Kruis (F.18/13/216).

44 Prime Champ Holding B.V. (F.01/13/344), Hamberg Mode B.V. (F.10/13/679), Zijzoen B.V. (F.10/13/681) en MD Group B.V. (F.10/13/864).

45 Weijmans Media Groep B.V. (F.01/13/498).

46 EMA Autobedrijven N.V. (F.01/14/397).

47 Verhagen Grafische Media B.V. (F.01/13/924).

48 Zijzoen B.V. (F.10/13/681).

39 Heiploeg Holding B.V. (F.18/14/26).

40 Stichting De Speelwerk Groep (F.19/13/385).

lietverklaring voorbereid, bijvoorbeeld door het opstellen van een liquidatiebegroting, en zijn taxaties uitgevoerd. Tevens heeft de beoogd curator met het oog op de voorbereiding van een doorstart na faillietverklaring een geheimhoudingsverklaring, biedingsmemorandum en een uitgebreid informatiepakket opgesteld voor mogelijke geïnteresseerden, al dan niet met inrichting van een digitale *dataroom* voor een *due diligence*. Verder is een persbericht voor de media voorbereid en een website opgezet voor klanten en schuldeisers van de schuldenaar. Daarnaast heeft de beoogd curator, al dan niet in overleg met externe deskundigen, de markt in kaart gebracht en een lijst met kandidaten voor een mogelijke doorstart opgesteld. Door deze voorbereidingen werd de nog te benoemen curator in staat gesteld om na faillietverklaring op een zo kort mogelijke termijn, maar met zo veel mogelijk waarborgen ten opzichte van de gezamenlijke schuldeisers, te proberen om een doorstart te bewerkstelligen. In 3 van de 4 gevallen heeft dit geleid tot een succesvolle doorstart na faillietverklaring.

4.4 Doorstart door gelieerde partij

Door de noodzakelijke beslotenheid van het verkoopproces, alsmede doordat voor potentiële gegadigden de tijd kan ontbreken om op korte termijn een reëel bod te doen, kan de situatie zich voordoen dat uitsluitend de ondernemer zelf, of daaraan gelieerde partijen, onderhandelen over een doorstart in plaats van willekeurige concurrenten.⁴⁹ Van de 37 faillissementen waarin een pre-pack is gerealiseerd, is de onderneming in 15 gevallen doorgestart door een aan de schuldenaar gelieerde partij en in 19 gevallen door derden. In 2 gevallen is onbekend of de kandidaat voor de doorstart aan de schuldenaar gelieerd was. De gelieerde partij bestond met name uit (een combinatie van) bestuurders, aandeelhouders en/of investeerders van de schuldenaar. In slechts enkele faillissementsverslagen wordt verantwoord waarom de doorstart door een gelieerde partij is toegestaan. In dit verband zijn Yaper (voorheen Betronic Solutions), PMF Machinefabriek Delfzijl, Medsim en Pesman Advocaten illustratief.⁵⁰ In deze gevallen werd een doorstart door een externe partij, gelet op de nauwe verbondenheid tussen de activa en/of bedrijfsactiviteiten van de schuldenaar en de gelieerde partij, of door het ontbreken van geschikte overnamekandidaten op de markt, niet mogelijk geacht, althans niet met het oog op een optimale opbrengst. Verder blijkt uit slechts enkele faillissementsverslagen dat specifieke maatregelen zijn getroffen met het oog op de doorstart door een gelieerde partij, teneinde te verzekeren dat de hoogste opbrengst werd gerealiseerd. Zo werd bij DGTf (voorheen The Beagle Armada) en Estro op verzoek van de beoogd curator onderhandeld met meerdere partijen, waarbij de gelieerde partij uiteindelijk het beste bod uitbracht.⁵¹ Bij Dankers Glas- en Schilderwerken, Yaper

(voorheen Betronic Solutions) en Niopal werd, zoals hiervoor reeds omschreven, een opschortende c.q. ontbindende voorwaarde bedongen dat na het (openbare) faillissement geen betere bieding zou volgen van een niet-gelieerde partij.⁵² In een aantal andere faillissementsverslagen wordt vermeld dat zo veel mogelijk is onderzocht of de bieding van de gelieerde partij tijdens de aanwijzing het best haalbare was. Hierbij kan specifiek worden gewezen op Synobsys, waarin naast het uitvoeren van taxaties een consultantsbureau is ingeschakeld om een rapport uit te brengen over de waarde van de onderneming.⁵³ In het rapport is de waarde van de onderneming op basis van meerdere methoden berekend. De beoogd curatoren hebben vervolgens de aannames die ten grondslag lagen aan het rapport onderzocht. Hierna is op basis van het rapport en de eigen bevindingen van de beoogd curatoren overeenstemming bereikt met een gelieerde partij. Verder zijn in het kader van de doorstart van Pelican Tijdschriften maatregelen getroffen.⁵⁴ Zo heeft op verzoek van de beoogd curator een accountantsonderzoek plaatsgevonden en is verzocht om een *second opinion* ten aanzien van een eerdere taxatie van de *going concern*-waarde. Aan de hand van deze stukken heeft de beoogd curator een doorstart uitonderhandeld met een gelieerde partij. Nader onderzoek van de (beoogd) curator heeft vervolgens uitgezeten dat er geen betere doorstartmogelijkheden waren.

4.5 Invloed geseceureerde schuldeisers

Uit een groot deel van de faillissementsverslagen blijkt dat geseceureerde schuldeisers, in het bijzonder de (huis)bankier van de schuldenaar, een prominente rol hebben gespeeld tijdens de aanwijzing. Slechts in één geval wordt expliciet opgemerkt dat de bank niet (actief) betrokken is geweest, maar enkel van de aanwijzing op de hoogte was.⁵⁵ De betrokkenheid van de bank was in vrijwel alle gevallen vereist om een doorstart te kunnen realiseren, aangezien zij daar als geseceureerde schuldeiser toestemming voor diende te verlenen. Daarnaast was medewerking van de bank in een aantal gevallen noodzakelijk voor het beschikbaar stellen van een (boedel)krediet, zodat de bedrijfsactiviteiten van de schuldenaar tijdens de aanwijzing of daarna tijdens de insolventie konden worden voortgezet.

In veel gevallen bestond de betrokkenheid van de bank uit aanwezigheid bij de onderhandelingen tijdens de aanwijzing en het verlenen van toestemming voor de uitonderhandelde doorstart. In sommige gevallen ging deze betrokkenheid verder, zoals bij Marlies Dekkers.⁵⁶ Hierin onderhandelde de bank zelf met een kandidaat over een doorstart, welke onderhandelingen in een later stadium zijn voortgezet door de beoogd curatoren. Bij Heiploeg had de actieve betrokkenheid van de banken, verenigd in een consortium en tevens aandeelhouder van de onderneming, vooral betrekking op

49 Vgl. concept praktijkregels beoogd curator Insolad, nr. 5.4-5.5. (De praktijkregels beoogd curator van Insolad zijn te raadplegen via www.insolad.nl/publicaties.html.)

50 Yaper B.V. (F.13/13/677), PMF Machinefabriek Delfzijl B.V. (F.18/14/25), Medsim B.V. (F.01/14/346) en Maatschap Pesman Advocaten (F.13/14/335).

51 Estro Groep B.V. (F.13/14/396).

52 Dankers Glas- en Schilderwerken B.V. (F.01/13/972) en Niopal B.V. (F.13/14/317).

53 Synobsys Holding B.V. (F.10/13/1127).

54 Pelican Tijdschriften B.V. (F.13/13/228).

55 Opinion Test & Taste B.V. (F.01/12/1006).

56 MD Group B.V. (F.10/13/864).

de vormgeving van het verkoopproces voorafgaand aan en tijdens de aanwijzing.⁵⁷

In andere gevallen werd de beoogd curator door de bank met klem verzocht de door haar gewenste doorstart te realiseren, zoals bij Bouwbedrijf Moes en Neckermann.⁵⁸ Bij Bouwbedrijf Moes werd de beoogd curator tevens verzocht om een onderzoek naar alternatieven te staken. Bij Estro nam een grootaandeelhouder als geseceureerde schuldeiser een prominente rol in tijdens de aanwijzing.⁵⁹ Deze geseceureerde schuldeiser had feitelijk alle zeggenschap over de onderneming van de schuldenaar en had zichzelf als kandidaat voor de doorstart gemeld, zodat zij in feite onderhandelde met zichzelf over de doorstart. De beoogd curator heeft vervolgens maatregelen genomen om zo veel mogelijk te verzekeren dat een doorstart tot stand kwam die het meest in het belang van de gezamenlijke schuldeisers was.

4.6 Toezicht door beoogd rechter-commissaris

Uit een deel van de faillissementsverslagen blijkt dat de beoogd curator uitvoerig en tot in detail verslag heeft gedaan aan de beoogd rechter-commissaris over de ontwikkelingen tijdens de aanwijzing.⁶⁰ Daarnaast is de beoogd rechter-commissaris tijdens de aanwijzing in bepaalde gevallen geraadpleegd bij beslissingen van de beoogd curator, al dan niet in de vorm van het vragen van goedkeuring. Zo blijkt uit een aantal faillissementsverslagen dat de beoogd rechter-commissaris betrokken is geweest bij de beoordeling van biedingen en/of de (concept-)doorstartovereenkomst en in bepaalde gevallen vóór faillietverklaring aan de beoogd curator heeft laten weten te zullen instemmen met de doorstart voorbereid tijdens de aanwijzing.⁶¹ Een ander voorbeeld van betrokkenheid van de beoogd rechter-commissaris blijkt uit het faillissementsverslag met betrekking tot Zinvest Fashion.⁶² Hierin heeft de beoogd rechter-commissaris ingestemd met het voeren van gesprekken door de beoogd curator met een potentiële kandidaat voor een doorstart, buiten medeweten en aanwezigheid van het bestuur van de schuldenaar om. Daarnaast heeft de beoogd rechter-commissaris tijdens deze aanwijzing, net zoals de beoogd curator, aan de bank verklaard een verpanding tijdens de aanwijzing niet paulianeus te achten op basis van de op dat moment bekende feiten en omstandigheden.

4.7 Tussentijdse beëindiging

Volgens het wetsvoorstel is een harmonieuze omgang tussen de beoogd curator en de schuldenaar vereist om het met de aanwijzing beoogde doel te bereiken. Indien van een dergelijke omgang niet langer sprake is, dient de beoogd curator ex art. 364 WCO I zijn taak neer te leggen en om tussen-

tijdse ontheffing te verzoeken aan de rechtbank. Ontheffing kan ook worden verzocht door de schuldenaar, bijvoorbeeld wanneer een oplossing is gevonden voor de financiële problematiek buiten faillissement, of door de beoogd rechter-commissaris.⁶³ Uit het faillissementsverslag van GSH blijkt dat het realiseren (althans voorbereiden) van een voor de gezamenlijke schuldeisers acceptabele verkoop c.q. doorstart niet mogelijk was tijdens de aanwijzing, waardoor de aanwijzing na zestien dagen werd beëindigd op verzoek van de beoogd curatoren.⁶⁴ Vier dagen later is GSH op eigen aanpak in staat van faillissement verklaard.

Uit het faillissementsverslag van De Swart B.V. blijkt dat de aanwijzing tussentijds is beëindigd op verzoek van de beoogd curator.⁶⁵ Bij deze aanwijzing kwam de beoogd curator op basis van de beschikbaar gestelde informatie en besprekingen met de schuldenaar tot de conclusie dat er naar zijn mening onvoldoende feiten en omstandigheden waren die het voortduren van de aanwijzing rechtvaardigden. Volgens de beoogd curator was er geen sprake van een situatie waardoor een doorstart in het kader van een regulier faillissement geen (of aanmerkelijk minder) kans van slagen zou hebben als er geen beoogd curator zou zijn aangesteld. Zo was hij er onvoldoende van overtuigd dat er een aanmerkelijke kans bestond dat een faillissement tot een onbeheersbare situatie zou leiden dan wel waardeverlies met zich mee zou brengen, indien een curator een aantal dagen de tijd zou nemen om te verkennen of en, zo ja, met welke (externe) gegadigden over een doorstart zou kunnen worden onderhandeld. De beoogd curator zag daardoor geen toegevoegde waarde van zijn aanstelling voor de gezamenlijke schuldeisers en ook geen andere rechtvaardiging voor de bijzondere buitenwettelijke procedure. Bij het besluit de aanwijzing te beëindigen, heeft de beoogd curator ook meegewogen dat de schuldenaar voorafgaand aan de aanwijzing tevergeefs getracht had om via de UWV-route afscheid te nemen van een aantal werknemers. Gezien de uitkomst van die procedure lag het volgens de beoogd curator voor de hand dat hij zich terughoudend opstelde en beperkte tot een eerste inventarisatie en geen gebruikmaakte van de mogelijkheid om tijdens de aanwijzing de mogelijkheden van een doorstart te verkennen. Dit bracht mee dat de beoogd curator niet is ingegaan op de wensen of plannen voor een eventuele doorstart en daar met de schuldenaar uiteindelijk niet over heeft gesproken of gecorrespondeerd. De beoogd curator heeft vervolgens, één week nadat hij was aangewezen, de aanwijzing met onmiddellijke ingang beëindigd. Daarbij verdient nog opmerking dat de schuldenaar drie jaar voorafgaand aan de aanwijzing reeds via faillissement was doorgestart, hetgeen mogelijk een rol heeft gespeeld bij de beëindiging. Dit blijkt echter niet met zoveel woorden uit het

57 Heiploeg Holding B.V. (F.18/14/26).

58 Moes Holding B.V. (F.07/12/364) en Neckermann B.V. (F.02/14/458).

59 Estro Groep B.V. (F.13/14/396).

60 Zie onder meer Opinion Test & Taste B.V. (F.01/12/1006), Weijmans Media Groep B.V. (F.01/13/498), EMA Autobedrijven N.V. (F.01/14/397) en Estro Groep B.V. (F.13/14/396).

61 Stichting De Speelwerk Groep (F.19/13/385), Stichting Kraamzorg Het Groene Kruis (F.18/13/216), Dijkman Groep B.V. (F.13/13/413), PMF Machiniefabriek Delfzijl B.V. (F.18/14/25) en Heiploeg Holding B.V. (F.18/14/26).

62 Zinvest Fashion B.V. (F.01/13/553).

63 MvT WCO I, p. 3-4 en p. 19. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.) Vgl. concept praktijkregels beoogd curator Insolad, nr. 8. (De praktijkregels beoogd curator van Insolad zijn te raadplegen via www.insolad.nl/publicaties.html.)

64 GSH Netherlands Holding B.V. (F.10/13/757).

65 De Swart B.V. (F.09/14/492).

faillissementsverslag. Uiteindelijk is de schuldenaar, ruim vier maanden na de beëindiging, alsnog failliet verklaard. Bij Zinvest Fashion kwam het niet tot een tussentijdse beëindiging, maar uit het betreffende faillissementsverslag blijkt wel dat de aanwijzing bijzonder moeizaam verliep.⁶⁶ Zo vernam de beoogd curator kort na de aanwijzing dat het bestuur van de schuldenaar haar belang in een dochtervennootschap had verpand aan de bank zonder de beoogd curator daarover in te lichten. Deze verpanding was in strijd met de informatieplicht van de schuldenaar, zoals die stond opgenomen in de toewijzingsbrief van de rechtbank en in de schriftelijk gemaakte afspraken met de beoogd curator. Naar aanleiding van de verpanding is de beoogd curator met het bestuur in gesprek getreden en heeft hij zijn bezwaren tegen de gang van zaken kenbaar gemaakt. Verder heeft de beoogd curator bezwaar gemaakt tegen het feit dat het bestuur onvoldoende informatie verstreekte en te weinig openheid betrachtte, hetgeen hij later nog een aantal keren heeft gedaan. De moeizame samenwerking deed zich ook gevoelen bij het onderzoeken van een doorstartmogelijkheid. Het bestuur beoogde ten aanzien van het belang in de dochtervennootschap van de schuldenaar een transactie die geen middelen zou genereren voor de schuldenaar en haar schuldeisers. Aan herhaaldelijke verzoeken van de beoogd curator om dit scenario verder vorm te geven, zodat nader kon worden onderhandeld, gaf het bestuur geen of onvoldoende gehoor. Daarnaast frustreerde het bestuur het onderzoek naar een alternatief doorstartscenario – waarvoor reeds een (externe) potentiële kandidaat in beeld was – en verleende zij daaraan onvoldoende medewerking. Dit heeft er uiteindelijk toe geleid dat de beoogd curator – buiten medeweten en aanwezigheid van het bestuur van de schuldenaar – heeft gesproken met de bank (als zekerheidsgerechtigde) en de externe kandidaat over een doorstart, nadat de beoogd rechter-commissaris daarmee had ingestemd. Deze besprekingen resulteerden in een bod onder voorbehoud, welk bod onmiddellijk is gecommuniceerd aan het bestuur en alle overige relevante betrokkenen. Ondanks dat het bestuur (uiteindelijk) kenbaar maakte zelf af te zien van een doorstart en ‘de weg vrij te maken’ voor de externe kandidaat, waarover zij nadere afspraken maakte met de beoogd curator, heeft het bestuur opnieuw (tot het allerlaatste moment) herhaaldelijk getracht de doorstart met de externe kandidaat te frustreren. Daarbij heeft de beoogd curator steeds de onderhandelingen met de externe kandidaat voortgezet en (de advocaat van) het bestuur uitdrukkelijk gewezen op de risico’s verbonden aan het verstoren van het onderhandelingsproces. Uiteindelijk is met de externe kandidaat – na een zeer lange aanwijzing – overeenstemming bereikt over de doorstart. Volgens de beoogd curator leek dit de enige mogelijkheid om een voor de gezamenlijke schuldeisers belangrijke en financieel interessante transactie te realiseren.

Ook bij Estro kwam het niet tot een tussentijdse beëindiging, maar verliep de aanwijzing eveneens moeizaam.⁶⁷

Uit dit faillissementsverslag blijkt duidelijk dat de beoogd curator herhaaldelijk voor het dilemma werd gesteld van beëindiging van de aanwijzing, met een *meltdown* van de onderneming en aanzienlijke (maatschappelijke) schade en onrust tot gevolg, of voortdurende daarvan. Oorzaak van deze problematiek was gelegen in de positie van de belangrijkste financier (tevens aandeelhouder) van de onderneming, die samen met het bestuur een doorstart voorstond en daarmee een dubbele agenda had. Voortzetting van de bedrijfsactiviteiten na faillietverklaring – waarna de mogelijkheid van een doorstart kon worden onderzocht conform de gegeven opdracht van de rechtbank – werd daardoor bemoeilijkt, omdat medewerking van de financier voor voortzetting noodzakelijk was. De beoogd curator zag zich daardoor genoodzaakt om al tijdens de aanwijzing te onderhandelen over een doorstart, om een *meltdown* van de onderneming te voorkomen. Daarbij heeft de beoogd curator geprobeerd om het gemankeerde biedingsproces dat bij de schuldenaar had plaatsgevonden zo veel mogelijk te compenseren, door tijdens de aanwijzing aan te dringen bij het bestuur op het benaderen van andere partijen in de markt. Dat heeft geleid tot meerdere biedingen van verschillende partijen. De financier heeft haar bieding vervolgens aanmerkelijk aangepast, hetgeen uiteindelijk heeft geleid tot overeenstemming over de doorstart met de curator.

5. De uitvoering van een pre-pack

Nadat de aanwijzing heeft plaatsgevonden en de doorstart is voorbereid, kan de schuldenaar om surseance van betaling of faillietverklaring verzoeken. Vervolgens brengt de beoogd curator van zijn bevindingen tijdens de aanwijzing eindverslag uit en zal worden overgaan tot uitvoering van de pre-pack, nadat daartoe goedkeuring is verleend door de rechter-commissaris.⁶⁸

5.1 Vervolg na aanwijzing

Uit de 48 faillissementsverslagen blijkt dat de aanwijzing in 38 gevallen werd beëindigd door een faillietverklaring. In 2 gevallen eindigde de aanwijzing door ontheffing van de beoogd curator op diens verzoek.⁶⁹ In 8 gevallen werd de aanwijzing beëindigd door surseance van betaling. Daarbij werd de surseance van betaling in 5 gevallen binnen één tot drie dagen beëindigd door het faillissement van de schuldenaar, omdat voortzetting van de bedrijfsactiviteiten door de bewindvoerder niet mogelijk werd geacht of alsnog overeenstemming werd bereikt met de doorstartkandidaat die reeds tijdens de aanwijzing in beeld was.⁷⁰ Bij Prime Champ en Schoenenreus duurden de surseances van betaling respectievelijk 9 en 14 dagen.⁷¹ Bij Prime Champ was de surseance van betaling verzocht op aandringen van de be-

66 Zinvest Fashion B.V. (F.01/13/553).

67 Estro Groep B.V. (F.13/14/396).

68 MvT WCO I, p. 20 en p. 28. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.)

69 CSH Netherlands Holding B.V. (F.10/13/757) en De Swart B.V. (F.09/14/492).

70 Moes Holding B.V. (F.07/12/364), Ciccolella Holding International B.V. (F.13/13/135), Florimex B.V. (F.13/13/292), MD Group B.V. (F.10/13/864) en Medsim B.V. (F.01/14/346).

71 Prime Champ Holding B.V. (F.01/13/344) en Schoenenreus B.V. (F.01/13/80).

oogd curator, omdat bij het onderhandelingstraject tijdens de aanwijzing onvoldoende vooruitgang werd geboekt. Bij Schoenenreus vormde de acute liquiditeitsnood de reden om surseance van betaling te verzoeken. Tijdens beide surseances werden de bedrijfsactiviteiten van de schuldenaar voortgezet en kon (alsnog) overeenstemming worden bereikt over een doorstart, waarna faillietverklaring volgde. Bij Drukkerij Dijkman trok de doorstartkandidaat zich op het allerlaatste moment terug tijdens de aanwijzing, waardoor (noodgedwongen) surseance van betaling werd verzocht.⁷² Deze surseance van betaling duurde acht dagen en is aangewend om – naast het voortzetten van de bedrijfsactiviteiten – een nieuwe zoektocht te organiseren naar kandidaten voor een doorstart, hetgeen zonder succes bleef. Na faillietverklaring werd alsnog een doorstart gerealiseerd.

5.2 Benoeming curator en rechter-commissaris

Art. 14a WCO I stelt als uitgangspunt dat de personen die eerder als beoogd curator en beoogd rechter-commissaris werden aangesteld, tot curator en rechter-commissaris in het faillissement (of de surseance van betaling) worden benoemd. Indien er sprake is van gewijzigde omstandigheden, kan de rechtbank andere personen aanstellen.⁷³ Uit 38 faillissementsverslagen blijkt dat één (beoogd) curator en één (beoogd) rechter-commissaris zijn aangewezen, met benoeming van dezelfde personen tijdens de aanwijzing als in de opvolgende insolventie. Uit 7 faillissementsverslagen blijkt dat zowel tijdens de aanwijzing als in de opvolgende insolventie dezelfde twee (beoogd) curatoren zijn aangewezen. Uit 2 faillissementsverslagen blijkt dat tijdens de aanwijzing twee beoogd curatoren zijn benoemd, waarna één van deze beoogd curatoren tot curator is aangesteld in het faillissement.⁷⁴ In 1 geval staan daarvoor de besparing van (salaris) kosten en de beperkte omvang van de onderneming van de schuldenaar als redenen vermeld. Uit 2 faillissementsverslagen blijkt dat twee beoogd curatoren zijn benoemd, verbonden aan een verschillend kantoor, waarna één van de beoogd curatoren bij faillietverklaring is vervangen door een curator van hetzelfde kantoor als waar de andere curator werkzaam is.⁷⁵ De reden voor de (latere) benoeming van twee curatoren van hetzelfde kantoor was dat de afwikkeling van de faillissementen zich daar goed voor leende vanwege de regionale aspecten. Uit 1 faillissementsverslag blijkt dat na de aanwijzing niet de beoogd curator, maar een ander persoon tot curator is aangesteld.⁷⁶ Reden hiervoor was een tussentijdse beëindiging van de aanwijzing op verzoek van de beoogd curator, waarna de schuldenaar vier maanden later in staat van insolventie werd verklaard. Uit een ander faillissementsverslag, waarin de aanwijzing ook tussentijds werd beëindigd, blijkt hetzelfde en werden de

twee beoogd curatoren bij faillietverklaring vervangen door twee andere curatoren.⁷⁷

5.3 Goedkeuring pre-pack en bedrijfsvoortzetting

Na faillietverklaring kan de beoogd curator in beginsel direct overgaan tot vervreemding van de activa behorende tot de failliete boedel, al dan niet in de vorm van een doorstart. De rechter-commissaris dient toestemming te verlenen voor de vervreemding op grond van art. 101 en 176 lid 1 Fw. De goedkeuring zal volgens het wetsvoorstel in ieder geval niet moeten worden verleend wanneer er sterke aanwijzingen zijn dat een akkoord kan worden aangeboden of hoger beroep zal worden ingesteld tegen het faillissementsvonnis.⁷⁸ Uit 37 faillissementsverslagen blijkt, zoals eerder omschreven, dat een pre-pack heeft plaatsgevonden. Hierbij ging het in 25 gevallen om een 'zuivere' pre-pack, waarbij goedkeuring en uitvoering van de doorstart vrijwel direct na beëindiging van de aanwijzing (binnen één tot drie dagen) volgde. In 7 gevallen was sprake van een 'onzuivere' pre-pack, omdat goedkeuring en uitvoering pas na langere tijd plaatsvond. In deze gevallen werd de aanwijzing opgevolgd door een periode van (openbare) surseance van betaling of werd de doorstart pas na een langere periode na faillietverklaring goedgekeurd en uitgevoerd (al dan niet op grond van een ontbindende of opschortende voorwaarde). In 5 gevallen wordt niet gespecificeerd op welke datum goedkeuring en uitvoering van de doorstart heeft plaatsgevonden.

Uit 20 van de 48 faillissementsverslagen blijkt dat (een beperkt deel van) de bedrijfsactiviteiten van de schuldenaar na faillietverklaring (of surseanceverlening) zijn voortgezet.⁷⁹ In de meeste gevallen gebeurde dit na een aanwijzing waarin geen doorstart was voorbereid, zodat tijdens de bedrijfsvoortzetting alsnog de mogelijkheid van een doorstart (nader) kon worden onderzocht. In andere gevallen werd met de bedrijfsvoortzetting een vloeiende overgang beoogd in het kader van de uitvoering van de voorbereide doorstart of vond bedrijfsvoortzetting plaats om (niet-doorgestarte) activiteiten van de schuldenaar (zo rendabel mogelijk) af te bouwen. De bedrijfsvoortzetting werd in de meeste gevallen gefinancierd door (een combinatie van) de betrokken bank, de grootste opdrachtgever(s) van de schuldenaar, de kandidaat voor de doorstart en/of de faillissementsboedel. Uit een aantal faillissementsverslagen blijkt dat de opbrengsten van de bedrijfsvoortzetting uiteindelijk hoger waren dan de kosten.

5.4 Eindverslag

De beoogd curator wordt van rechtswege van zijn taak ontheven zodra de termijn voor de aanwijzing is verlopen of de surseance van betaling of het faillissement is uitgesproken, dan wel wanneer dit tussentijds op verzoek van de beoogd

72 Dijkman Groep B.V. (F.13/13/413).

73 MvT WCO I, p. 14. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.)

74 Untis Benelux B.V. (F.10/13/943) en Synobsys Holding B.V. (F.10/13/1127).

75 Hamberg B.V. (F.10/13/679) en Zijzoen B.V. (F.10/13/681).

76 De Swart B.V. (F.09/14/492).

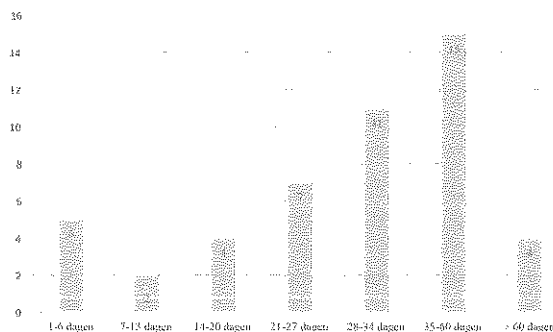
77 GSH Netherlands Holding B.V. (F.10/13/757).

78 MvT WCO I, p. 12. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.)

79 Vgl. concept praktijkregels beoogd curator Insolad, nr. 4. (De praktijkregels beoogd curator van Insolad zijn te raadplegen via www.insolad.nl/publicaties.html.)

curator, de beoogd rechter-commissaris of de schuldenaar heeft plaatsgevonden. Na de ontheffing is de beoogd curator op grond van art. 364 lid 3 WCO I verplicht onverwijld eindverslag uit te brengen over zijn bevindingen in de periode tijdens de aanwijzing. Het verslag dient bij de griffie te worden ingediend en kan kosteloos worden ingezien zodra de schuldenaar surseance van betaling is verleend of failliet is verklaard. Volgt na de ontheffing geen surseanceverlening of faillietverklaring, dan zal het eindverslag niet openbaar worden gemaakt.⁸⁰ In het eindverslag zal de beoogd curator moeten verantwoorden hoe het liquidatie- en verkoopproces van de onderneming heeft plaatsgevonden, welke afwegingen daarbij een rol hebben gespeeld en hoe de eventuele overnamekandidaat is geselecteerd.⁸¹ Het wetsvoorstel laat zich niet uit over de termijn waarbinnen het eindverslag moet worden ingediend. In de praktijk werd het verslag gepubliceerd binnen de navolgende termijn gerekend vanaf de datum faillietverklaring.

Terminj eerste verslaggeving in dagen



Uit de geanalyseerde faillissementsverslagen blijkt dat het gemiddeld 33 dagen na faillietverklaring duurde voordat verantwoording werd afgelegd door de curator over de werkzaamheden die hij tijdens de aanwijzing heeft verricht. In dit gemiddelde is het aantal dagen van een voorafgaande periode van surseance van betaling niet meegenomen. Het precieze aantal dagen loopt per aanwijzing sterk uiteen, variërend van 1 dag tot 112 dagen na faillietverklaring. Ook de inhoudelijke verantwoording verschilt sterk per faillissement, van slechts een enkele opmerking over de aanwijzing tot zeer uitgebreide verslaggeving over de werkzaamheden van de beoogd curator. Vooral opvallend is dat in veel faillissementsverslagen met name weinig wordt gezegd over de wijze van totstandkoming van de pre-pack en de toetsing daarvan, terwijl in een enkel verslag een (statistische) analyse is gemaakt van alle mogelijke scenario's.⁸² In veel ge-

vallen wordt slechts volstaan met de mededeling dat de beoogd curator een pre-pack heeft voorbereid die het meest in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, werknemers en andere bij het faillissement betrokken partijen moet worden geacht. Tot slot verdient opmerking dat een tiental faillissementsverslagen, waarin vóór de faillietverklaring de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden, niet zijn meegenomen bij de analyse, omdat hier in het geheel niets wordt opgemerkt over de periode van aanwijzing.

5.5 Salaris beoogd curator

Ter voorkoming van financiële afhankelijkheid is in art. 366 WCO I bepaald dat de beoogd curator buiten faillissement kan vragen om zekerheidsstelling voor de betaling van zijn salaris tijdens de aanwijzing. Hetzelfde geldt voor de kosten van derden die door hem worden ingeschakeld. Is het salaris onbetaald gebleven op het moment van de faillietverklaring, dan wordt het salaris van de beoogd curator voldaan volgens de regels die gelden voor het salaris van de curator. Dit houdt in dat het salaris van de beoogd curator als algemene faillissementskosten ex art. 182 Fw ten laste van de boedel worden gebracht.⁸³

In 7 van de 48 faillissementsverslagen wordt verantwoord hoeveel uren de beoogd curator heeft besteed aan de aanwijzing, zijnde (afgerond) gemiddeld 46 uren.⁸⁴ Over de wijze van betaling wordt slechts in 3 faillissementsverslagen een opmerking gemaakt. Bij Blue Handling Amsterdam wordt opgemerkt dat het salaris van de beoogd curator niet ten laste van de boedel is gekomen, al wordt niet gespecificeerd door wie betaling heeft plaatsgevonden.⁸⁵ Dezelfde situatie doet zich voor bij Heiploeg, waarin de beoogd curatoren enkel vermelden dat zij met de schuldenaar afspraken hebben gemaakt over een voorschot op hun salaris.⁸⁶ Bij Zinvest Fashion vermeldt de beoogd curator dat de moedermaatschappij van de schuldenaar een krediet ter beschikking heeft gesteld ter voldoening van de kosten van de beoogd curator.⁸⁷ Vervolgens verwijst de beoogd curator naar rechtspraak, waaruit zou blijken dat het betaalde salaris door de moedermaatschappij kan worden aangemerkt als een boedelvordering in het faillissement. Hieruit leid ik af dat (een deel van het) het betaalde salaris (indirect) ten laste van de faillissementsboedel is gekomen.

6. Conclusie

Sinds 2012 is de ontwikkeling van de pre-pack in de praktijk in volle gang. Het wetsvoorstel WCO I codificeert deze praktijk, zonder daar ingrijpende vernieuwingen aan toe te

80 MvT WCO I, p. 3-4 en p. 19. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.) Vgl. concept praktijkregels beoogd curator Insolad, nr. 7.3. (De praktijkregels beoogd curator van Insolad zijn te raadplegen via www.insolad.nl/publicaties.html.)

81 MvT WCO I, p. 5 en p. 11-12. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.) Vgl. concept praktijkregels beoogd curator Insolad, nr. 9. (De praktijkregels beoogd curator van Insolad zijn te raadplegen via www.insolad.nl/publicaties.html.)

82 Estro Groep B.V. (F.13/14/396).

83 MvT WCO I, p. 4-5 en p. 27-28. (De WCO I en bijbehorende MvT zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i.)

84 Ciccolella Holding International B.V. (44,1 uren - F.13/13/135), Prime Champ Holding B.V. (93,4 uren - F.01/13/344), Stichting Kraamzorg Het Groene Kruis (57,5 uren - F.18/13/216), Verhagen Grafische Media B.V. (20,4 uren - F.01/13/924), Blue Handling Amsterdam B.V. (34,5 uren - F.15/13/599), Medsim B.V. (25,5 uren - F.01/14/346), en Niopal B.V. (45,6 uren - F.13/14/317).

85 Blue Handling Amsterdam B.V. (F.15/13/599).

86 Heiploeg Holding B.V. (F.18/14/26).

87 Zinvest Fashion B.V. (F.01/13/553).

voegen. De resultaten uit de huidige praktijk kunnen globaal worden weergegeven als volgt.

Overzicht 48 faillissementen met aanwijzing beoogd curator

- Gemiddelde duur aanwijzing: 12,5 dagen
- Vervolg na aanwijzing
 - Faillietverklaring: 38 aanwijzingen
 - Surseance van betaling en faillietverklaring: 8 aanwijzingen
 - Tussentijdse beëindiging: 2 aanwijzingen
- Resultaten aanwijzing
 - Totstandkoming pre-pack: 37 aanwijzingen
 - Bij 15 aanwijzingen met een gelieerde partij
 - Verantwoording: 4 aanwijzingen
 - Ontbindende/opschortende voorwaarde: 3 aanwijzingen
 - Goedkeuring door rechter-commissaris
 - Binnen 1-3 dagen (zuivere pre-pack): 25 aanwijzingen
 - Na meer dan 3 dagen (onzuivere pre-pack): 7 aanwijzingen
 - Gemiddelde behouden werkgelegenheid: 68%
 - Geen pre-pack na onderhandelingen: 6 aanwijzingen
 - Bij 3 aanwijzingen alsnog doorstart na faillietverklaring
 - Gemiddelde behouden werkgelegenheid: 24%
 - Stille bewindvoering (geen voorbereiding pre-pack): 3 aanwijzingen
 - Bij 2 aanwijzingen doorstart na faillietverklaring
 - Gemiddelde behouden werkgelegenheid: 51%
- Gemiddelde duur openbaarmaking eindverslag na faillietverklaring: 33 dagen

De toepassing van de pre-pack geschiedt in de huidige praktijk verschillend. De verschillen hebben met name betrekking op het (actief) handelen van beoogd curatoren en de wijze waarop een pre-pack tot stand komt. Zo vindt bij de ene pre-pack een marktverkenningsonderzoek plaats, maar blijft dat bij andere pre-packs achterwege. Ook de duur van de aanwijzing en de inhoudelijke verslaggeving daarover (en termijn van uitbrenging daarvan) verschilt sterk. Het door Insolad opgestelde concept praktijkregels beoogd curator is daarom toe te juichen, omdat hierin richtsnoeren zijn geformuleerd die de verschillen in de praktijk kunnen verkleinen. Er is daarmee nog enkel een belangrijke rol weggelegd voor Recofa. Vanuit Recofa zullen (beoordelings) richtlijnen moeten worden opgesteld, teneinde de ingangstoets voor een aanwijzing en het rechterlijk toezicht daarop nader te uniformeren.