

# **De benoeming van een beoogd curator**

Naam student:	G.J.W. Wildeman-Gabriels
Studentnummer:	837172493
Opleiding:	Master Rechtsgeleerdheid
Onderwijsinstelling:	Open Universiteit
Document:	Afstudeerscriptie
Begeleider:	mr. dr. M.L.H. Reumers
Examinator:	prof. mr.J.G.J. Rinkes
Datum:	31 juli 2017

## Inhoudsopgave

Inleiding .....	1
Hoofdstuk 1 - De beoogde curator in de huidige praktijk.....	4
1.1 De huidige praktijk .....	4
1.2 Het aanwijzen van een beoogd curator in de huidige praktijk .....	5
1.2.1 De formele benoeming van een beoogd curator .....	5
1.2.2 Voorbeelden van een formele benoeming van een beoogd curator .....	6
1.2.3 De informele benoeming van een beoogd curator .....	9
1.3 De pre-pack .....	10
1.4 Voor- en nadelen van de pre-pack .....	10
1.4.1. De voordelen.....	10
1.4.2 De nadelen .....	11
Hoofdstuk 2 - Taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator in de huidige praktijk .....	13
2.1 Doel benoemen beoogd curator .....	13
2.2 Taak beoogd curator in de huidige praktijk. ....	13
2.2.1 Taak beoogd curator bij formele benoeming door de rechtbank .....	13
2.2.2 Taak beoogd curator bij informele benoeming door de rechtbank .....	14
2.2.3. Concept-praktijkregels beoogd curator van Insolad .....	15
2.2.4 Taak beoogd curator volgens de praktijkregels van Insolad en volgens de literatuur bij informele benoeming .....	16
2.2.4.1. Voortzetting van de onderneming.....	18
2.2.4.2. Beoordeling pre-faillissementstransacties.....	19
2.2.4.3. Doorstart .....	21
2.2.4.4. Verslag .....	24
2.3 Mijn mening over de taak van de beoogd curator.....	25
2.4 Bevoegdheden van de beoogd curator in de huidige praktijk .....	26
2.5 Mijn mening over de bevoegdheden van de beoogd curator in de huidige praktijk .....	28

2.6 Aansprakelijkheid van de beoogd curator in de huidige praktijk. ....	28
2.6.1. Contractuele aansprakelijkheid .....	28
2.6.2. Beklame aansprakelijkheid .....	29
2.6.3. Persoonlijke aansprakelijkheid .....	30
2.6.4. Aansprakelijkheid voor nalaten .....	31
2.6.5. Transparantie en verantwoording achteraf .....	33
2.7 Mijn mening over de aansprakelijkheid van de beoogd curator in de huidige praktijk ....	33
Hoofdstuk 3 - Taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator volgens het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I .....	35
3.1 Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I.....	35
3.1.1. Doel van het wetsvoorstel .....	37
3.1.2. Voorwaarden voor aanwijzing van een beoogd curator.....	39
3.1.3. Termijn.....	43
3.2 Taken beoogd curator volgens het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I .....	43
3.3 Bevoegdheden beoogd curator volgens het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I .....	46
3.4 Aansprakelijkheid beoogd curator volgens het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I .....	47
3.4.1. Persoonlijke aansprakelijkheid .....	47
3.4.2. Toezicht door de beoogd rechter-commissaris .....	47
3.4.3. Aansprakelijkheid volgens Insolad .....	48
3.4.4. Verantwoording achteraf.....	49
Hoofdstuk 4 - Conclusie .....	50
Geraadpleegde literatuur .....	54
Overige bronnen.....	59

## Inleiding

Op dit moment is er in Nederland geen wettelijke basis voor het benoemen van een beoogd curator. Er wordt in de praktijk wel gepleit voor invoering van een beoogd curator<sup>1</sup> en diverse rechtbanken experimenteren ook al met het toepassen van het benoemen van een beoogd curator. De eerste stap tot benoeming van een beoogd curator werd gezet door de rechtbank 's-Hertogenbosch op 22 februari 2011.<sup>2</sup> Voor het uitspreken van een faillietverklaring van een schuldenaar is vereist dat summierlijk blijkt van het bestaan van feiten en omstandigheden welke aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. De rechtbank oordeelde in genoemde zaak dat zij zich over de toestand van de schuldenaar een onvoldoende oordeel kon vormen en benoemde een deskundige, een stille bewindvoerder. In de praktijk werd de beoogd curator tot aan het voorontwerp voor een wetsvoorstel Continuïteit ondernemingen I namelijk vaak stille bewindvoerder genoemd.<sup>3</sup> De deskundige in de zaak van de rechtbank 's-Hertogenbosch werd opgedragen onderzoek te doen naar de mogelijkheden om de onderneming van de schuldenaar binnen een redelijke termijn te verkopen. Tevens gaf de rechtbank op voorhand aan dat de deskundige bij een eventueel volgend faillissement tot curator zou worden benoemd en vermeldde zij welk lid van de rechtbank alsdan als rechter-commissaris zou functioneren.

De benoeming van een beoogd curator wordt inmiddels door acht van de elf rechtbanken in de huidige praktijk toegepast. De rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg weigeren een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aan te wijzen omdat elke wettelijke basis ontbreekt.<sup>4</sup> De opvattingen van rechters over de vraag of voorafgaand aan een faillissement een beoogd curator kan worden benoemd, en zo ja wat dan de omvang van de rol, taken en bevoegdheden van de beoogd curator zijn, verschillen sterk per rechtbank. Dit zorgt voor rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid. Om aan rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid een eind te maken werd er door de praktijk om verduidelijking gevraagd en kon een wetsvoorstel niet uitblijven.<sup>5</sup>

Met het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I wordt een wijziging in de Faillissementswet ingevoerd die het mogelijk maakt dat de rechtbank al vóór een mogelijk faillissement in stilte aanwijst wie zij zal aanstellen als curator (beoogd curator) en als rechter-commissaris (beoogd rechter-commissaris) mocht het uiteindelijk tot een faillissement komen.<sup>6</sup>

Het wetsvoorstel sluit aan bij de praktijk die zich in de afgelopen jaren bij een aantal rechtbanken heeft ontwikkeld<sup>7</sup> en beoogd de praktijk een juridisch kader te bieden met procedurevoorschriften en regels over taken en bevoegdheden van de betrokkenen. Daarnaast

---

<sup>1</sup> Tollenaar, *Tvl* 2011/23.

<sup>2</sup> Rb 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8187, *JOR* 2011/375 m.nt. J.J. van Hees.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 1 (MvT).

<sup>4</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.1 (MvT).

<sup>5</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 2 (MvT).

<sup>6</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.1 (MvT).

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.1 (MvT).

wordt beoogt de “pre-pack praktijk”<sup>8</sup> met dit wetsvoorstel een uitdrukkelijke grondslag in de wet te bieden. Bij een pre-pack wordt vóór faillissement in stilte de verkoop van de activa van een onderneming in financiële problemen voorbereidt door de ondernemer. De ondernemer doet dit in overleg met de belangrijkste zekerheidsgerechtigden, onder het toezicht van de beoogd curator. Direct na faillissement wordt de activatransactie uitgevoerd door de curator. Doordat de beoogd curator al vóór het faillissement betrokken is, kan de curator na het uitspreken van het faillissement sneller een doorstart bewerkstelligen via een activatransactie. Het doel van deze methode is een grotere kans op een succesvolle doorstart met een maximale waarde, waardoor de continuïteit van de onderneming wordt gewaarborgd en werkgelegenheid kan worden behouden.<sup>9</sup> Een onderneming komt na faillietverklaring namelijk vaak in een ongecontroleerd proces waardoor aanzienlijke waarde verloren gaat. Door herstructurering vooraf onder toezicht van een beoogd curator kan waardeverlies worden voorkomen.<sup>10</sup> Het wetsvoorstel heeft een ruimere strekking en beoogt niet alleen de “pre-pack” een grondslag in de wet te bieden.<sup>11</sup>

Het wetsvoorstel is een kaderregeling en biedt ruimte aan de praktijk om zich verder te ontwikkelen.<sup>12</sup> Het wetsvoorstel is op 21 juni 2016 aangenomen door de Tweede Kamer.<sup>13</sup> Momenteel is het wetsvoorstel in behandeling bij de Eerste Kamer.<sup>14</sup> Het is nog onduidelijk wanneer en ‘of’<sup>15</sup> de Wet continuïteit ondernemingen I wordt aangenomen. De benoeming van een beoogd curator en het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I heeft volgens de minister uitsluitend betrekking op een fase die vooraf gaat aan een dreigend faillissement (de stille voorbereidingsfase), het faillissement is dan nog niet uitgesproken.<sup>16</sup> In deze scriptie beperk ik mij dan ook tot de positie van de beoogd curator in de “stille voorbereidingsfase” en tot de vraag of hij met het wetsvoorstel een nuttige bijdrage kan leveren in “de stille voorbereidingsfase” bij een dreigend faillissement. Er is onduidelijkheid en discussie over de taken, bevoegdheden en mogelijke aansprakelijkheid van de beoogd curator. Dit brengt mij op de volgende probleemstelling:

*Zijn de taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator in het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I op zodanige wijze geregeld dat met het wetsvoorstel een nuttige bijdrage kan worden geleverd aan de “stille voorbereidingsfase” bij een dreigend faillissement zoals men die thans in de praktijk onderscheidt?*

---

<sup>8</sup> In navolging van de Engelse pre-pack (verkorte weergave van ‘pre-packaged deal’), waarbij een doorstart uit faillissement door een “administrator” voorafgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid. *Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 1 (MvT).*

<sup>9</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 6 (MvT).*

<sup>10</sup> Tollenaar, *TvI 2011/23*, p. 2.

<sup>11</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p. 3, 9, 28 (MvT).*

<sup>12</sup> *Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3, p.2 (MvT).*

<sup>13</sup> *Kamerstukken I 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet).*

<sup>14</sup> <http://eerstekamer.nl> zoek onder, kamerstukken, wetsvoorstellen, nummer wetsvoorstel 34218.

<sup>15</sup> Zie de uitspraak HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 in de zaak Estro. Deze uitspraak behandel ik verder in hoofdstuk 3.

<sup>16</sup> *Kamerstukken I 2016/17, 34218, C, p. 2-3 (MvA).*

Het antwoord op deze probleemstelling geef ik in deze scriptie (middels literatuur en jurisprudentieonderzoek) aan de hand van de volgende vier deelvragen:

1. Wie is de beoogd curator en op welke wijze wordt hij benoemd in de huidige praktijk?
2. Wat zijn de taken en bevoegdheden van de beoogd curator en welke aansprakelijkheidsregels gelden voor de beoogd curator in de huidige praktijk ?
3. Wat zijn de taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator volgens het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I ?
4. Zijn de taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator in het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I op zodanige wijze geregeld dat met het wetsvoorstel een nuttige bijdrage kan worden geleverd aan de “stille voorbereidingsfase” bij een dreigend faillissement zoals men die thans in de praktijk onderscheidt?

In hoofdstuk een ga ik eerst in op de figuur/terminologie van de beoogd curator en zijn benoeming in de huidige praktijk. In hoofdstuk twee geef ik aan hoe in de huidige praktijk wordt omgegaan met de taken en de bevoegdheden van de beoogd curator, en onder welke omstandigheden hij volgens de huidige praktijk aansprakelijk kan worden gehouden wegens een onbehoorlijke taakvervulling. In hoofdstuk drie bespreek ik het wetsvoorstel Wet continuïteit Ondernemingen I. (Wat zijn de plannen van de minister?) Wat is de rol van de beoogd curator volgens het wetsvoorstel Wet continuïteit Ondernemingen I ? Hoe worden de taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator geregeld in het wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I? In hoofdstuk 4 volgt tenslotte de eindconclusie en het antwoord op de onderzoeksvraag.

De arbeidsrechtelijke positie van de werknemers na faillissement en onder welke voorwaarden een doorstart in faillissement kan plaatsvinden vallen in beginsel buiten het bereik van deze scriptie. Alle ontwikkelingen betreffende het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I zijn verwerkt tot en met 11 juli 2017. Ontwikkelingen betreffende het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I na 11 juli 2017 vallen buiten het bereik van deze scriptie.

## Hoofdstuk 1 - De beoogde curator in de huidige praktijk

### 1.1 De huidige praktijk

In de huidige praktijk/literatuur wordt de beoogd curator ook wel stille bewindvoerder genoemd.<sup>17</sup>

De minister kiest in het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I voor de term ‘beoogd curator’ om aan te geven dat het gaat om de persoon die de rechtbank voornemens is te benoemen tot curator bij een eventueel faillissement. De term ‘stille bewindvoerder’ zoals vaak gebruikt in literatuur en praktijk, impliceert volgens de minister een verandering in de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar in de zin dat de schuldenaar niet meer bevoegd is te beschikken zonder instemming van de bewindvoerder. Daarvan is in wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I nadrukkelijk geen sprake.<sup>18</sup>

Volgens Van Hees is ook de terminologie “beoogd curator” allerm minst fraai. Zo hoeft bij de aanwijzing van deze persoon niet vast te staan dat de periode van stille bewindvoering ook daadwerkelijk zal worden gevolgd door een faillissement en/of surseance van betaling en, mocht dat laatste wel het geval zijn, welke van beide insolventieprocedures dit dan zal zijn. Meer voor de hand ligt gewoon de term “stille bewindvoerder” te hanteren, niet alleen omdat deze term in de praktijk al is ingeburgerd, maar ook omdat daarmee een – ongefundeerde – suggestie van de aard van de eventueel volgende insolventieprocedure wordt vermeden. Het risico dat met deze term verdergaande bevoegdheden aan de stille bewindvoerder worden toegedicht dan de bedoeling is, ligt niet voor de hand nu de voorgestelde wettelijke regeling en de memorie van toelichting geen enkele grondslag voor deze gedachte bieden, aldus Van Hees.<sup>19</sup>

In de literatuur wordt erop gewezen dat de (figuur van) stille bewindvoering niet hetzelfde is als een pre-pack. De “pre-pack” is vooral gericht op het beoordelen van het verkoopproces, en het voorbereiden van een activatransactie, die direct na faillissement kan worden uitgevoerd.<sup>20</sup> Stille bewindvoering is ruimer en kan ook in gevallen buiten die van een pre-pack een waardevolle functie vervullen. Een pre-pack is slechts één van de mogelijkheden die met stille bewindvoering is te realiseren. Stille bewindvoering kan bijvoorbeeld ook van grote waarde zijn bij het realiseren van transacties buiten faillissement en het voorbereiden van een gecontroleerd verkoopproces na faillissement.<sup>21</sup> De literatuur met betrekking tot het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I betreft stille bewindvoering in ruime zin, en is niet beperkt tot pre-packs.

Ook de minister maakt een duidelijk onderscheid tussen “stille bewindvoering” en de ‘pre-pack’. Volgens de minister wordt bij de “pre-pack” voorafgaand aan een imminent faillissement

---

<sup>17</sup> Zie o.a.: Van Eeden-Van Harskamp & Spanjaard, *ORP* 2014/5; Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79; Van der Ham, *Arbeidsrecht* 2014/28; Verstijlen, *NJB* 2014/803; Van Vught, *FIP* 2014/47; Maduro, *FIP* 2013/8.

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 23.

<sup>19</sup> Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 387.

<sup>20</sup> Tideman, *FIP* 2013/7, p. 234, Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 203, Jongepier en Hoogetoem, *FIP* 2013/6, p. 194.

<sup>21</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 203, Jongepier en Hoogetoem, *FIP* 2013/6, p. 194.

een doorstart na faillissement voorbereid. En kan hiermee een doorstart van op zichzelf gezonde bedrijfsonderdelen worden bereikt. Bij de “stille bewindvoering” sec is alles erop gericht een faillissement te voorkomen, terwijl bij de pre-pack al duidelijk is dat een faillissement onvermijdelijk is.<sup>22</sup>

De minister benadrukt dat de doelstelling van het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I een ruimer strekking heeft. Het wetsvoorstel beoogt niet alleen een uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor de “pre-pack” te bieden. Maar in het algemeen de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen, doordat het faillissement wordt voorbereid onder het oog van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. Zij zijn dan op het moment van hun benoeming beter op de hoogte van de voor de afwikkeling van het faillissement van belang zijnde omstandigheden. Bij de aanvang van het faillissement kunnen de curator en de rechter-commissaris direct handelen, en indien aan de orde, al dan niet instemmen met een voorbereide doorstart<sup>23</sup> Verder is niet uitgesloten dat het aanwijzen van een beoogd curator kan bijdragen aan een oplossing buiten faillissement.<sup>24</sup>

## **1.2 Het aanwijzen van een beoogd curator in de huidige praktijk**

Het aanwijzen van een beoogd curator kan thans zowel via een formele als een informele wijze plaatsvinden.<sup>25</sup>

### 1.2.1 De formele benoeming van een beoogd curator

Bij de formele wijze van benoeming van een beoogd curator benoemt de rechter in het kader van de behandeling van een faillissementsverzoek een deskundige (art. 194 Rv).<sup>26</sup> De rechtbank kan een deskundige benoemen indien zij zich over de toestand van de schuldenaar een onvoldoende oordeel kan vormen. Deze deskundige/beoogd curator krijgt de opdracht om de rechtbank inzicht te geven over de vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, zoals door art. 6 lid 3 Fw voor faillietverklaring wordt vereist. Daarbij krijgt de deskundige/beoogd curator van de rechter overigens een aanmerkelijk ruimere opdracht mee, dan alleen de opdracht om de rechtbank duidelijkheid te geven over de vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.<sup>27</sup>

De formeel beoogd curator wordt in stilte aangewezen door de rechtbank en wordt door de schuldenaar in financiële problemen betrokken bij de herfinanciering of verkoop (voor of na faillissement) van zijn onderneming.<sup>28</sup> De taakomschrijving van een formeel benoemde beoogd curator wordt nader geïllustreerd in de hierna genoemde voorbeelden.

---

<sup>22</sup> *Kamerstukken II* 2012/13, 33695, 1, p. 4.

<sup>23</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.6 (MvT).

<sup>24</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.9 (MvT).

<sup>25</sup> Zie van Hees in zijn noot par. 3 onder Rb Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304, *JOR* 2014/115; Beke & Wolterman, *TvI* 2012/31, p. 3.

<sup>26</sup> Zie van Hees in zijn noot par. 1 onder Rb Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304, *JOR* 2014/115.

<sup>27</sup> Rb Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304, *JOR* 2014/115 m.nt. Van Hees, noot par. 3.

<sup>28</sup> Zie Van Hees in zijn noot par. 1 onder Rb Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304, *JOR* 2014/115.



### 1.2.2 Voorbeelden van een formele benoeming van een beoogd curator

De eerste stap tot benoeming van een beoogd curator werd gezet door de rechtbank 's-Hertogenbosch op 22 februari 2011.<sup>29</sup> In het kader van een faillissementsaanvraag door een schuldeiser benoemde de rechtbank een deskundige (art.194 Rv), omdat de rechtbank zich over de toestand van de schuldenaar een onvoldoende oordeel kon vormen. Voor faillietverklaring is immers vereist dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen (art. 6 lid 3 Fw). Deze deskundige/beoogd curator werd opgedragen bij de beoordeling van de vraag of de schuldenaar in een faillissementstoestand verkeert, onderzoek te doen naar de mogelijkheden om de onderneming van de schuldenaar binnen een redelijke termijn te verkopen buiten faillissement. Tevens gaf de rechtbank op voorhand aan dat de deskundige/beoogd curator bij een eventueel volgend faillissement tot curator zou worden benoemd en welk lid van de rechtbank als rechter-commissaris zou worden aangewezen.<sup>30</sup> Verder wees de rechtbank er op dat partijen wettelijk verplicht zijn om mee te werken aan het onderzoek door de deskundige.<sup>31</sup>

Op 4 juli 2012 gaf het hof 's-Hertogenbosch in een andere zaak een deskundige/beoogd curator de taak om te zoeken naar mogelijkheden voor de betrokken schuldenaren om de vordering van de schuldeiser die om faillietverklaring had verzocht, te voldoen en een schikking met deze schuldeiser te treffen. Door het benoemen van een deskundige probeerde het hof in deze zaak een faillietverklaring te voorkomen.<sup>32</sup> De schuldenaren waren verplicht volledige openheid van zaken te geven aan de deskundige en deze toe te laten tot de administratie. De deskundige mocht gebruik maken van andere deskundigen, bijvoorbeeld taxateurs. Ook in deze zaak wees het hof de schuldenaren erop dat ze verplicht waren om mee te werken aan het onderzoek van de deskundige. Onvoldoende medewerking door de schuldenaren kon volgens het hof aanleiding geven tot het uitspreken van het faillissement.<sup>33</sup> De deskundige diende zich mede een oordeel te vormen over de actuele vermogensposities en betalingscapaciteit van de geïntimeerden met het oog op de vraag of zij verkeerden in de toestand van te hebben opgehouden met betalen (zoals voor art. 6 lid 3 Fw voor faillietverklaring wordt vereist).<sup>34</sup> Volgens mr. Van Andel is dit echter niet de primaire reden van de benoeming van de deskundige. Maar is er sprake van een creatieve oplossing van het hof die mogelijk voor alle partijen het beste resultaat oplevert.<sup>35</sup> In rechtsoverweging 3.8.3. geeft het Hof aan dat het deskundigenonderzoek wordt verricht om een faillissement te voorkomen, en volgens het Hof hebben partijen ook belang bij het afwenden van een faillissement. Volgens van Andel wordt de eis dat het belang van de aanvrager en/of het belang van de schuldenaar gediend moet zijn met

---

<sup>29</sup> Rb 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8187, *JOR* 2011/375 m.nt. Van Hees.

<sup>30</sup> Rb 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8187, *JOR* 2011/375, r.o. 2.7 en 2.10 m.nt. Van Hees.

<sup>31</sup> Rb 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8187, *JOR* 2011/375, r.o. 2.9. m.nt. Van Hees.

<sup>32</sup> Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26 r.o. 3.8.3. m.nt Van Andel.

<sup>33</sup> Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, r.o. 3.8.3. m.nt. Van Andel.

<sup>34</sup> Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26 r.o. 3.8.3. m.nt. Van Andel.

<sup>35</sup> Zie van Andel in zijn noot par. 5 onder Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26.

een faillietverklaring, in art. 6 lid 3 Fw echter niet gesteld, en treedt het hof hier buiten het toetsingskader van art. 6 lid 3 Fw.<sup>36</sup>

Door de rechtbank Oost-Brabant werd bij tussenbeschikking van 12 november 2013 een deskundige/beoogd curator benoemd voorafgaand aan faillietverklaring op 10 december 2013. De deskundige/beoogd curator kreeg als opdracht, onderzoek te doen naar de vraag of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Tevens werd deze deskundige opgedragen onderzoek te doen naar de mogelijkheden voor voortzetting van de onderneming van de schuldenaar buiten faillissement dan wel of herfinanciering van de schuldenaar mogelijk is.<sup>37</sup>

Ook in deze zaak gaf de rechtbank bij de benoeming van de deskundige/beoogd curator aan dat deze deskundige/beoogd curator bij een eventueel volgend faillissement tot curator zou worden benoemd.<sup>38</sup> De rechtbank wil met het op voorhand aanwijzen van een curator en rechter-commissaris, bevorderen dat ook voor het geval een faillissement onvermijdelijk blijkt te zijn, de daardoor mogelijk veroorzaakte schade zoveel mogelijk wordt beperkt. Kosten die de deskundige/beoogd curator heeft gemaakt in het doen van onderzoek naar de onderneming, hoeven dan niet opnieuw door een curator te worden gemaakt.<sup>39</sup> Eén van de aanvragers van het faillissement maakte later bezwaar tegen de benoeming van de curator omdat hij van mening was dat de deskundige/beoogd curator zich bij zijn onderzoek betrokken zou hebben getoond bij het standpunt van één van de bij de schuldenaar betrokken partijen en daarom als curator niet onpartijdig zou kunnen functioneren.<sup>40</sup> De rechtbank Oost-Brabant gaf daarop aan dat artikel 14 lid 1 Faillissementswet bepaalt dat het faillissementsvonnis de aanstelling inhoudt “van een of meer curators.” De wet bepaalt niets over de wijze waarop de rechtbank vaststelt wie tot curator wordt aangesteld. De rechtbank Oost-Brabant verwijst hierbij naar de parlementaire geschiedenis.<sup>41</sup> Volgens de parlementaire geschiedenis wordt onpartijdigheid en aanwezigheid van rechtsgeleerdheid van belang geacht:

*De curator moet vooral een onpartijdige of liever nog een boven de partijen (schuldenaar en schuldeischers) staande persoon, en daarbij iemand van rechtsgeleerde kennis, wezen.*<sup>42</sup>

Volgens de rechtbank Oost-Brabant bleek echter: “uit het verhandelde ter zitting en de inhoud van het deskundigenbericht” dat de deskundige/beoogd curator onpartijdig was gebleven bij zijn onderzoek. De deskundige/beoogd curator kon daarom ook worden benoemd tot curator.<sup>43</sup>

---

<sup>36</sup> Zie van Andel in zijn noot par. 4 onder Hof ’s-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26.

<sup>37</sup> Rb Oost-Brabant 10 december 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:7304*, *JOR* 2014/115 r.o. 2.2 m.nt. Van Hees

<sup>38</sup> Rb Oost-Brabant 10 december 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:7304*, *JOR* 2014/115 r.o. 2.6 m.nt. Van Hees.

<sup>39</sup> Rb Oost-Brabant 10 december 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:7304*, *JOR* 2014/115 r.o. 2.9 m.nt. Van Hees.

<sup>40</sup> Rb Oost-Brabant 10 december 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:7304*, *JOR* 2014/15 r.o. 2.7 m.nt. Van Hees.

<sup>41</sup> Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:7304*, *JOR* 2014/115, r.o. 2.8 m.nt. Van Hees.

<sup>42</sup> Kortmann & Faber, 1994, (Heruitgave Van der Feltz II, verslag van de Tweede Kamer met regeringsantwoord bij art. 73 Faillissementswet) p. 23 deel 2.

<sup>43</sup> Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:7304*, *JOR* 2014/115, r.o. 2.9. m.nt. Van Hees.

Er zijn ook rechtbanken die weigeren een beoogd curator aan te wijzen omdat elke wettelijke basis ontbreekt. Zo weigerde de rechtbank Maastricht op 28 november 2012 een deskundige/beoogd curator te benoemen om mogelijkheden van een doorstart te onderzoeken. De rechtbank oordeelde dat uit de eigen aangifte van de schuldenaar bleek dat hij reeds verkeerde in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Volgens de rechtbank moet zij ingevolge artikel 1 Fw de schuldenaar dan ook aanstonds in staat van faillissement verklaren. Een deskundigenonderzoek kan dan niet meer opgedragen worden. Volgens de rechtbank zou zij zich dan begeven op het terrein van beheer en de vereffening van de boedel, hetgeen bij de huidige stand van de wetgeving niet mogelijk is.<sup>44</sup>

Uit het oordeel van de rechtbank Maastricht in deze zaak kan geconcludeerd worden dat de benoeming van een beoogd curator slechts kan plaatsvinden indien onzeker is of de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. De overwegingen van de rechtbank Maastricht in deze zaak getuigen, volgens van Hees<sup>45</sup> van een beperktere opvatting (louter op formele gronden gebaseerd) over de taak van een beoogd curator in het kader van een faillissementsaanvraag, namelijk alleen het onderzoeken of de schuldenaar daadwerkelijk verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. In de andere door mij genoemde uitspraken was deze taak niet altijd primair de reden dat een beoogd curator werd benoemd, maar werd er door de desbetreffende rechter ook stilgestaan bij omstandigheden en belangen van partijen, en kreeg de beoogd curator daarnaast een ruimere opdracht mee. Zo werd door rechtbank 's-Hertogenbosch<sup>46</sup> aan de deskundige/beoogd curator tevens opgedragen onderzoek te doen naar de mogelijkheden om de onderneming van de schuldenaar binnen een redelijke termijn te verkopen buiten faillissement. Het Hof 's-Hertogenbosch<sup>47</sup> gaf de deskundige/beoogd curator de taak om te zoeken naar mogelijkheden voor de betrokken schuldenaren om de vordering van de schuldeiser te voldoen en een schikking met deze schuldeiser te treffen. Ook de rechtbank Oost-Brabant<sup>48</sup> gaf de deskundige de taak om te zoeken naar mogelijkheden voor voortzetting van de onderneming van de schuldenaar buiten faillissement dan wel mogelijkheden voor herfinanciering van de schuldenaar.

Zoals hiervoor al aangegeven moet de rechter volgens de rechtbank Maastricht op grond van art. 1 Fw direct tot faillietverklaring over gaan, indien er bij de aanvraag van een faillissement vast staat dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen.<sup>49</sup> In de hiervoor genoemde zaken was er de mogelijkheid voor de rechter om een deskundige aan te wijzen omdat nog niet was vastgesteld dat de schuldenaar in de toestand verkeerde dat hij had opgehouden te betalen. De financiële toestand van de onderneming moet dus volgens bovengenoemde uitspraken voldoende aanleiding geven om het aanwijzen van een beoogd curator te rechtvaardigen. Alleen wanneer nog niet duidelijk is of er aan het criterium voor

---

<sup>44</sup> Rb. Maastricht 28 november 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY4595, *JOR* 2013/63, r.o. 2.1 m.nt. Van Hees

<sup>45</sup> Zie Van Hees in zijn noot onder Rb. Maastricht 28 november 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY4595, *JOR* 2013/63, par. 3 en 4.

<sup>46</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8187, *JOR* 2011/375, r.o. 2.9. m.nt. Van Hees.

<sup>47</sup> Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26 r.o. 3.8.3. m.nt. Van Andel.

<sup>48</sup> Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304, *JOR* 2014/115, r.o. 2.2 m.nt. Van Hees.

<sup>49</sup> Rb. Maastricht 28 november 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY4595, *JOR* 2013/63, r.o. 2.1. m.nt. Van Hees.

faillietverklaring voldaan is, kan de rechter op verzoek de beslissing tot faillietverklaring aanhouden. In alle drie de uitspraken stond een oplossing buiten faillissement centraal, er was geen sprake van het louter voorbereiden van een pre-pack.

### 1.2.3 De informele benoeming van een beoogd curator

Een andere mogelijkheid voor het aanwijzen van een beoogd curator door de rechtbank is een informeel verzoek van de ondernemer in financiële problemen aan de rechtbank om in stilte een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aan te stellen. Er is dan geen sprake van een faillissementsverzoek. Bij een formele benoeming benoemt de rechter in het kader van de behandeling van een faillissementsverzoek een beoogd curator indien zij zich over de financiële toestand van de schuldenaar een onvoldoende oordeel kan vormen om te bepalen of de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Volgens Tollenaar ligt de beoordeling van de vraag of de financiële toestand van de onderneming bij een informeel verzoek voldoende aanleiding geeft om het aanwijzen van een beoogd curator te rechtvaardigen, bij het criterium dat de schuldenaar voorziet, dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan. Dit criterium geldt ook voor het aanvragen van surseance van betaling.<sup>50</sup> Verder moet volgens Tollenaar het belang van de (toekomstige) boedel, althans het belang van de crediteuren (opbrengstmaximalisatie), worden gediend met het aanwijzen van een beoogd curator.<sup>51</sup> De beoogd curator wordt in stilte aangewezen door de rechtbank en wordt door de schuldenaar in financiële problemen betrokken bij de sanering van zijn onderneming of bij de voorbereiding van een doorstart (van gezonde onderdelen) van de onderneming via een activatransactie vanuit faillissement (een “pre-pack”). In de regel wordt de beoogd curator in een opvolgend faillissement aangesteld als curator.<sup>52</sup> Door zijn eerdere betrokkenheid als beoogd curator is de curator op het moment van zijn benoeming al vertrouwd met (de onderneming van) de schuldenaar en op de hoogte van handelingen die in de voorfase van het faillissement zijn verricht. De curator kan dan na het uitspreken van het faillissement direct een doorstart bewerkstelligen door middel van een activatransactie. Hierdoor wordt een spoedige en efficiënte afwikkeling van het faillissement bevorderd.<sup>53</sup> Er is op dit moment geen wettelijke basis voor deze informele benoeming. Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I beoogt een juridisch kader te bieden.<sup>54</sup>

Ondanks het ontbreken van een wettelijke basis kwam het in het verleden al vaker voor dat de beoogde curator bij de dreiging van een groot en complex faillissement al vóór het faillissement door de desbetreffende rechtbank werd verzocht om zich voor te bereiden op een mogelijk faillissement. Voorbeelden hiervan zijn: Fokker, DAF en zorginstelling Meavita.<sup>55</sup>

Maar ook bij kleinere faillissementen toonden rechtbanken zich vaker bereid om op verzoek van de schuldenaar in het vooruitzicht van een mogelijk faillissement over te gaan tot het benoemen van een beoogd curator. Voor deze verzoeken was bij de rechtbanken geen beleid.

---

<sup>50</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 208, art. 214 Fw.

<sup>51</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 208

<sup>52</sup> Zie Van Hees in zijn noot par. 1 onder Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304, *JOR* 2014/115.

<sup>53</sup> Zie Van Hees in zijn noot par 1. Onder Rb Oost Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304, *JOR* 2014/115.

<sup>54</sup> *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>55</sup> Zie noot 12 in Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 384.

De bereidheid tot medewerking van de rechtbank was afhankelijk van de persoon van de rechter, en de argumenten en de overtuigingskracht van de betrokken advocaten.<sup>56</sup>

### 1.3 De pre-pack

Het voorbereiden van een pre-pack door de ondernemer/schuldenaar in aanwezigheid van de beoogd curator is niet de enige mogelijke oplossing voor de financiële problemen van een ondernemer. Toch heeft zich mede door het pleidooi van Tollenaar<sup>57</sup> en de daaropvolgende aandacht voor de pre-pack een praktijk ontwikkeld waarbij door de meeste rechtbanken (de rechtbanken Midden-Nederland, Limburg en Overijssel verlenen geen medewerking aan een pre-pack) op verzoek een beoogd curator wordt aangewezen. Er is nog geen landelijk beleid vastgesteld door Recofa, het (informele) overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen.<sup>58</sup>

In afwachting van het definitieve wetsvoorstel Wet Continuïteit ondernemingen I en ondanks het ontbreken van een landelijk beleid hebben er de afgelopen jaren diverse doorstarts in de vorm van een pre-pack plaats gevonden.<sup>59</sup> Toch is een pre-pack geen succesgarantie. Een voorbeeld hiervan is het faillissement van de Schoenenreus dat werd uitgesproken in 2013.<sup>60</sup> De winkelketen werd op 29 januari 2015 opnieuw failliet verklaard<sup>61</sup> na een doorstart op 24 januari 2013 middels een pre-pack vanuit faillissement.

### 1.4 Voor- en nadelen van de pre-pack

#### 1.4.1. De voordelen

Door voorstanders van de pre-pack wordt er vooral gewezen op maximaal behoud van waarde, beperking van de negatieve gevolgen van het faillissement en behoud van werkgelegenheid.<sup>62</sup> Empirisch onderzoek ontbrak tot voor kort. Uit een recent onderzoek<sup>63</sup> van BDO Consultants in samenwerking met de Radboud Universiteit Nijmegen naar het nut en noodzaak van een pre-pack blijkt dat de verkoopprijs bij pre-packtransacties in de meeste gevallen hoger heeft uitgepakt, dan bij een regulier faillissement, mede doordat het bedrijf *going concern* kon worden verkocht. Ook door de relatieve rust gedurende het traject kan er volgens de

---

<sup>56</sup> Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 385.

<sup>57</sup> Tollenaar, *TvL* 2011/23.

<sup>58</sup> Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 385.

<sup>59</sup> Recente voorbeelden uit de praktijk in de afgelopen jaren zijn: De schoenenreus (januari 2013), Bloemenleveranciers Ciccolella (februari 2013) en Florimex (april 2013), champignonskwekerij Prime Champ (april 2013) en ziekenhuis Ruwaard van Putten (juni 2013). Van Straten Bouw, de Harense Smid, Het Groene Kruis, Pelican Tijdschriften, Marlies Dekkers en garnalenhandel Heiploeg.

<sup>60</sup> Kampen, *NRC* 24 januari 2013.

<sup>61</sup> Willems, *NRC* 29 januari 2015.

<sup>62</sup> Tollenaar, *TvL* 2011/23, Van Zanten, *Arbeidsrecht* 2013/47.

<sup>63</sup> Het onderzoek bestaat uit gesprekken op anonieme basis met een twintigtal direct betrokkenen, curatoren, financiers en de kopers van noodlijdende bedrijven, in de periode sinds bekendmaking van het wetsvoorstel van Minister Opstelten.

geïnterviewde curators een hogere verkoopwaarde worden gerealiseerd.<sup>64</sup>

Er bleek uit het onderzoek echter geen verschil voor wat betreft een hogere of lagere mate van behoud van werkgelegenheid.<sup>65</sup>

#### 1.4.2 De nadelen

De pre-pack is zeker niet onomstreden.<sup>66</sup> Als bezwaren worden onder mee genoemd het ontbreken van een wettelijke basis en de daarmee gepaard gaande onzekerheid over de positie van de beoogd curator en de andere betrokken partijen (schuldenaar, koper, financiers en rechtbank), het gebrek aan transparantie van het verkoopproces en de onmogelijkheid voor schuldeisers om dit te beïnvloeden, het ontstaan van concurrentievervalsing en de aantasting van de ontslagbescherming van de werknemers.<sup>67</sup> Veel van deze bezwaren zijn gericht tegen de doorstart zelf en zijn niet gericht tegen de door de pre-pack geboden mogelijkheid tot voorbereiding daarvan.<sup>68</sup>

Het doorstarten van ondernemingen na faillissement is geen nieuw verschijnsel. Als gevolg van de recente economische crisis is het aantal doorstarts toegenomen.<sup>69</sup> De ‘doorstart’ is overigens geen juridisch begrip. Van een doorstart wordt gesproken indien de onderneming of een deel ervan na faillissement binnen een ander rechtssubject wordt voortgezet met achterlating van haar schulden, (een gedeelte van) de werknemers en ongunstige (huur-)overeenkomsten.<sup>70</sup> Dat geeft ontevredenheid bij de achtergebleven schuldeisers, werknemers en contractpartijen. Deze ontevredenheid is vaak het grootst in die gevallen waarin de ondernemer zelf of een aan hem gelieerde partij doorstart.<sup>71</sup>

Een pre-pack kan bijdragen aan beperking van bezwaren die gericht zijn tegen een doorstart, doordat de beoogd curator al in de fase voorafgaand aan zijn aanstelling als curator kan bekijken waarmee de belangen van de gezamenlijke crediteuren het meest gediend zijn en op basis daarvan het verkoopproces kan beïnvloeden. Zo kan de beoogd curator controleren of er door de schuldenaar een goede marktverkenning en een deugdelijk biedproces is uitgevoerd indien hij bij zijn aantreden wordt geconfronteerd met een potentiële koper van de onderneming.<sup>72</sup> Er moet

---

<sup>64</sup> <http://www.consultancy.nl/nieuws/8845/bdo-stille-bewindvoering-voordelig-voor-stakeholders>, samenvatting van het onderzoek op 7 augustus 2014, een artikel van Rick Aalbers (Radboud Universiteit), Louis Noordman (BDO), Martijn van den Heuvel (BDO) en Huseyin Takin (BDO). Zie ook J. Verbeek, ‘Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelverkoop’, *FD*, 7 juli 2014, p. 13.

<sup>65</sup> <http://www.consultancy.nl/nieuws/8845/bdo-stille-bewindvoering-voordelig-voor-stakeholders>, samenvatting van het onderzoek op 7 augustus 2014, een artikel van Rick Aalbers (Radboud Universiteit), Louis Noordman (BDO), Martijn van den Heuvel (BDO) en Huseyin Takin (BDO).

<sup>66</sup> Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 381; Verkerk, Windt & Rozendal, *TvI* 2014/40, par. 1.

<sup>67</sup> Tideman, *FIP* 2013/6, Van Vught, *FIP* 2014/47, Van Andel, *TvI* 2014/37.

<sup>68</sup> Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 381 en p. 385, Frölich, *AA* 2015/maart, p. 201.

<sup>69</sup> Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 381.

<sup>70</sup> Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 381.

<sup>71</sup> Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 381, Frölich, *AA* 2015/maart, p. 199, en p. 200 inzake kinderopvangbedrijf Estro. Zie ook R. de Lange en H. Maarssen, ‘De doorstart van Estro lijkt het meest op diefstal’, *FD* 3 september 2014.

<sup>72</sup> Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 386, art. 5.3 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/> Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

gestreefd worden naar een doorstart waarbij de *going concern* waarde hoger ligt dan de liquidatiewaarde (i.e. de opbrengst bij gedwongen verkoop).<sup>73</sup> Dit streven ligt immers ten grondslag aan het beoogde doel en de voordelen van de pre-pack, doordat de verkoop in relatieve rust wordt voorbereidt kan meestal een hogere opbrengst worden gerealiseerd.<sup>74</sup>

In de huidige praktijk wordt het van belang geacht om de curator al eerder in het proces te betrekken, dat wil zeggen alvorens er sprake is van een faillissement. Deze ontwikkeling ligt ten grondslag aan het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I, het wetsvoorstel wil de benoeming van een beoogd curator een wettelijke kader geven. Alvorens dit wetsvoorstel nader te bespreken in hoofdstuk 3, bespreek ik in hoofdstuk 2 eerst hoe nu in de praktijk wordt omgegaan met de taken, en de bevoegdheden van de beoogd curator, en onder welke de omstandigheden de beoogd curator volgens de huidige praktijk aansprakelijk kan worden gehouden wegens een onbehoorlijke taakvervulling.

---

<sup>73</sup> Frölich, AA 2015/maart, p. 193, art. 5.5 Praktijkregels beoogd curator, <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/> Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>74</sup> Zie paragraaf 1.4.1.

## **Hoofdstuk 2 - Taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator in de huidige praktijk**

In dit hoofdstuk komt aan de orde hoe in de praktijk in de periode van aanhangig zijn van het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I wordt omgegaan met de taken en bevoegdheden van de beoogd curator, en onder welke omstandigheden de beoogd curator volgens de praktijk aansprakelijk kan worden gehouden wegens een onbehoorlijke taakvervulling in die periode.

### **2.1 Doel benoemen beoogd curator**

Volgens de faillissementswet houdt het vonnis van een faillietverklaring in; de benoeming van een der leden van de rechtbank tot rechter-commissaris in het faillissement, en de aanstelling van een of meer curatoren (artikel 14 Fw). De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel (artikel 64 Fw). De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (artikel 68 Fw). De rechter-commissaris en de curator komen volgens de faillissementswet dus pas in beeld na het vonnis van een faillietverklaring. Ontwikkelingen in het faillissementsrecht, zoals hiervoor vermeld en in de inleiding, hebben er toe geleid dat er in de huidige praktijk regelmatig zowel op formele als informele basis een beoogd rechter-commissaris en beoogd curator worden aangewezen voor een mogelijk faillissement. Het doel van het benoemen van een beoogd curator is nader onderzoek verrichten naar de financiële toestand van de schuldenaar, oplossingen zoeken buiten faillissement voor een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming samen met de ondernemer, en als dit niet mogelijk is het voorbereiden van een faillissement met indien mogelijk, een doorstart van de onderneming of van levensvatbare bedrijfsonderdelen na faillissement.<sup>75</sup> De beoogd curator laat zich leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren, en streeft naar een maximale boedelwaarde.<sup>76</sup> De beoogd curator kan bovendien volgens Tollenaar “de rechtszekerheid bevorderen over de toelaatbaarheid van transacties in het zicht van een mogelijk faillissement.”<sup>77</sup>

Een beoogd curator kan, zoals in hoofdstuk 1 uiteengezet, zowel op formele als op informele wijze benoemd worden. De beoogd curator heeft daarbij verschillende taken.

### **2.2 Taak beoogd curator in de huidige praktijk.**

#### 2.2.1 Taak beoogd curator bij formele benoeming door de rechtbank

Er zijn tot nu toe drie uitspraken gepubliceerd waarin een deskundige/beoogd curator formeel werd benoemd. Bij de eerste benoeming door de rechtbank 's-Hertogenbosch kreeg de beoogd curator als taak onderzoek te doen naar de mogelijkheden om de onderneming van de schuldenaar binnen een redelijke termijn te verkopen buiten faillissement en daarbij feiten en omstandigheden vast te stellen die van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of de schuldenaar verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen.<sup>78</sup> Bij de tweede benoeming door het gerechtshof 's-Hertogenbosch kreeg de beoogd curator de opdracht te zoeken naar mogelijkheden om de vordering van de schuldeiser die om faillietverklaring had

<sup>75</sup> Zie par. 1.2.1. tot en met par. 1.2.3..

<sup>76</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 208. Zie ook Schreurs, *FIP* 2013/8, p. 271.

<sup>77</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 203 en p. 208.

<sup>78</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8187, *JOR* 2011/375, m.nt Van Hees.



verzocht, te voldoen en een schikking met deze schuldeiser te beproeven. De beoogd curator diende zich mede een oordeel te vormen over de actuele vermogensposities en betalingscapaciteit van de geïntimeerden met het oog op de vraag of zij verkeren in de toestand van te hebben opgehouden met betalen.<sup>79</sup> Bij de derde benoeming door de rechtbank Oost-Brabant kreeg de beoogd curator de opdracht onderzoek te doen naar de vraag of de schuldenaar verkeerde in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, en tevens te onderzoeken welke mogelijkheden er waren voor voortzetting van de onderneming van de schuldenaar buiten faillissement dan wel of herfinanciering van de schuldenaar mogelijk was.<sup>80</sup> Bij alle drie de benoemingen werd gezocht naar een oplossing buiten faillissement.<sup>81</sup> Het belang van de schuldeisers werd in twee van de drie benoemingen het meest gediend bij het uitblijven van een faillissement.<sup>82</sup> In de derde zaak werd door de beoogd curator geconcludeert dat de schuldenaar verkeerde in de toestand van te hebben opgehouden met betalen.<sup>83</sup> De conclusie van de beoogd curator werd overgenomen door de rechtbank, waarop het faillissement werd uitgesproken.<sup>84</sup> Deze formele benoemingen van een beoogd curator bevestigen dat een beoogd curator ook kan worden benoemd om oplossingen buiten faillissement voor een onderneming in financiële moeilijkheden te zoeken.

### 2.2.2 Taak beoogd curator bij informele benoeming door de rechtbank

Bij de informele benoeming van een beoogd curator wendt de schuldenaar die in ernstige financiële problemen verkeert, zich tot de rechtbank met het verzoek om in stilte een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aan te wijzen. De rechtbank zal eerst beoordelen of er daadwerkelijk sprake is van ernstige financiële problemen en een dreigend faillissement.<sup>85</sup> De rechtbank gaat over tot aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris indien met de aanwijzing het belang van de crediteuren (opbrengstmaximalisatie) wordt gediend ten opzichte van een regulier faillissement<sup>86</sup> en (extra) waardeverlies van de onderneming van de schuldenaar kan worden voorkomen.<sup>87</sup> Zoals eerder aangegeven in paragraaf 1.2.3 ligt de beoordeling van de vraag of de financiële toestand van de onderneming voldoende aanleiding geeft om aanwijzing van een beoogd curator te rechtvaardigen, volgens Tollenaar in de praktijk, bij het criterium dat de schuldenaar voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden

<sup>79</sup> Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26 r.o. 3.8.3. m.nt. Van Anandel.

<sup>80</sup> Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:7304*, *JOR* 2014/115 r.o. 2.2 m.nt. Van Hees.

<sup>81</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8187*, *JOR* 2011/375, r.o. 2.6. m.nt. Van Hees; Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26, r.o. 3.8.2.-3.8.3. m.nt. Van Anandel; Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:7304*, *JOR* 2014/115, r.o. 2.2. m.nt. Van Hees.

<sup>82</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8187*, *JOR* 2011/375, r.o. 2.6. m.nt. Van Hees; Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26, r.o. 3.8.2.-3.8.3. m.nt. Van Anandel.

<sup>83</sup> Oost-Brabant 10 december 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:7304*, *JOR* 2014/115, r.o. 2.3. m.nt. Van Hees.

<sup>84</sup> Oost-Brabant 10 december 2013, *ECLI:NL:RBOBR:2013:7304*, *JOR* 2014/115, r.o. 2.5. m.nt. Van Hees.

<sup>85</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 208. Dit wordt door de minister bevestigd zie Brief Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 17 juli 2014 in antwoord op schriftelijke kamervragen van de leden PvdA-leden Recourt en Kerstens, *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 2581, p. 3.

<sup>86</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 208.

<sup>87</sup> Loesberg, *TOP* 2013/1, p. 30.

niet zal kunnen voortgaan. De schuldenaar moet echter niet reeds verkeren in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, of met andere woorden feitelijk in een faillissementstoestand verkeren.<sup>88</sup>

De beoogd curator kan de schuldenaar in financiële problemen bijstaan bij de sanering van zijn onderneming buiten faillissement of bij de voorbereiding van een doorstart (van gezonde onderdelen van) de onderneming via een activatransactie vanuit faillissement (een pre-pack).<sup>89</sup> De beoogd curator laat zich leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren,<sup>90</sup> en daarbij houdt hij ook rekening met maatschappelijke belangen, waaronder werkgelegenheid.<sup>91</sup>

In de literatuur wordt aangegeven dat de beoogd curator ook een nuttige functie kan vervullen, indien een pre-pack niet wordt beoogd, of een pre-pack niet mogelijk blijkt. Tollenaar noemt als voorbeeld: “de voorbereiding van een gecontroleerd faillissement met tijdelijke voortzetting van de (niet levensvatbare) activiteiten na faillissement om uiteindelijk met een geleidelijke afbouw een maximale opbrengst van de activa te realiseren.”<sup>92</sup> Jongepier en Hoogenboezem geven aan dat: “het inlezen en voorbereidingen treffen voor “gewone” transacties uit faillissement” in de praktijk vaker voorkomt<sup>93</sup> en dit is volgens Deterink en Boerma voor de beoogd curator een mogelijkheid om een faillissement beter te kunnen voorbereiden en sneller en/of adequater na faillissement te kunnen handelen.<sup>94</sup>

### 2.2.3. Concept-praktijkregels beoogd curator van Insolad

Het wetsvoorstel Wet continuïteit I ondersteunt en sluit aan bij de praktijk die zich in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld. Het bestaat uit een kaderregeling met procedurevoorschriften en geeft regels over de taken en bevoegdheden van de schuldenaar, de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris en de rechtbank. De minister heeft gekozen voor een kaderregeling die ruimte voor een nadere invulling biedt aan de praktijk en aan de rechtspraak.<sup>95</sup> Als aanvulling op het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I heeft het bestuur van de Vereniging voor Insolventierecht advocaten (hierna: Insolad) een eerste concept praktijkregels opgesteld en op de website van Insolad gepubliceerd op 10 november 2014. Dit concept is aan haar leden voorgelegd en besproken tijdens een workshop op 3 februari 2015.<sup>96</sup> De concept praktijkregels zijn naar aanleiding van de workshop en ontvangen reacties aangepast en tijdens

---

<sup>88</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 208. Dit wordt door de minister bevestigd in het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I, zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 11 (MvT).

<sup>89</sup> Zie Van Hees in zijn noot par. 1 onder Rb. Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304, *JOR* 2014/115.

<sup>90</sup> Loesberg, *TOP* 2013/1, p. 31, Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 208.

<sup>91</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 209.

<sup>92</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 209.

<sup>93</sup> Jongepier & Hoogenboezem, *FIP* 2013/6, p. 195, Beke & Wolterman, *TvI* 2012/31, L. Deterink noemt als voorbeelden de surseance van Versatel en UPC en het faillissement van LG Philips Display, zie paragraaf 3 en voetnoot 12.

<sup>94</sup> Beke & Wolterman, *TvI* 2012/31, aldus L. Deterink en Erik Boerma in paragraaf 3.

<sup>95</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 2.

<sup>96</sup> Zie Bakker, *FIP* 2015/7, waarin een korte weergave van de uitleg van de Praktijkregels beoogd curator van Insolad en de daaropvolgende discussie van de Workshop die op 3 februari 2015 heeft plaatsgevonden.

de ledenvergadering van 15 september 2015 vastgesteld.<sup>97</sup> Volgens het bestuur van Insolad is het doel van de praktijkregels richting te geven aan de taakuitoefening van de beoogd curator waar momenteel de wet en de rechtspraak geen duidelijke regels stellen. De praktijkregels dienen als richtsnoer en hebben uitdrukkelijk geen dwingend karakter. Er is zoveel mogelijk rekening gehouden met wat op dit moment in de praktijk als ‘heersende leer’ wordt gezien. De praktijkregels zullen indien de praktijk daartoe aanleiding geeft regelmatig worden herzien of aangevuld.<sup>98</sup>

#### 2.2.4 Taak beoogd curator volgens de praktijkregels van Insolad en volgens de literatuur bij informele benoeming

Ingevolge de praktijkregels van Insolad is de beoogd curator onafhankelijk, integer en is hij objectief in zijn oordeelsvorming; hij vervult zijn rol zorgvuldig, vakkundig en doelmatig.<sup>99</sup> De beoogd curator is geen adviseur van de schuldenaar en hij heeft geen formele positie of formele bevoegdheden binnen de onderneming van de schuldenaar.<sup>100</sup> De schuldenaar behoudt de beschikking en het beheer over zijn vermogen. Hieruit volgt dat de beoogd curator geen handelingen verricht zonder instemming van de schuldenaar.<sup>101</sup> In beginsel verricht de schuldenaar zelf alle rechtshandelingen.<sup>102</sup>

In de literatuur over de praktijk zijn de meningen verdeeld over de rol van de beoogd curator. Volgens Tollenaar is de rol van de beoogd curator gebaseerd op vrijwilligheid en in beginsel reactief van aard. Dit houdt volgens Tollenaar in dat de beoogd curator *mag* kennis nemen van informatie en voorstellen die hij van de schuldenaar ontvangt en kan hij daarover zijn voorlopige gedachten uitspreken (maar dat hoeft hij niet). Een zogenaamde ‘*fly on the wall*’. Ondanks dat de rol van de beoogd curator juridisch in beginsel “lijdelijk” is kan de beoogd curator volgens Tollenaar feitelijk een actieve rol hebben.<sup>103</sup> Met de term ‘*fly on the wall*’ is niet iedereen het eens. Volgens Mulder is de beoogd curator geen ‘*fly on the wall*’.<sup>104</sup> Hoewel de beoogd curator formeel geen bevoegdheden heeft, is hij volgens Mulder actief betrokken bij onder andere het in kaart brengen of de schuldenaar over voldoende financiële middelen beschikt om de onderneming voort te kunnen zetten tijdens zijn aanwijzing, en bij de marktverkenning en het biedproces.<sup>105</sup>

In het kader van de verkoop van de onderneming van de schuldenaar laat de praktijk zien dat de activiteit van de beoogd curator verschilt per faillissement. Dit blijkt uit de resultaten van een

---

<sup>97</sup> Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/> Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>98</sup> Art. 1 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/> Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>99</sup> Art. 2 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/> Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>100</sup> Art. 3.1. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/> Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017 ; Jongepier & Hoozebeem, *FIP* 2013/6, p. 194; Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 204.

<sup>101</sup> Art. 3.3 en 7.1 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/> Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>102</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 204.

<sup>103</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 204.

<sup>104</sup> Mulder, *TvI* 2015/5, p. 34.

<sup>105</sup> Mulder, *TvI* 2015/5, p. 29 en p. 30.

empirische analyse door Hurenkamp van 48 faillissementen waarin een beoogd curator informeel werd aangewezen. Het empirische onderzoek door Hurenkamp werd verricht in de periode van 1 januari tot en met 1 juli 2014.<sup>106</sup> Hurenkamp onderzocht de faillissementsverslagen van deze faillissementen en voerde interviews met juristen die betrokken waren bij deze faillissementen. Volgens Hurenkamp geven een aantal van de in zijn analyse onderzochten faillissementsverslagen aan dat de beoogd curator zelf marktpartijen benaderde en/of met marktpartijen onderhandelde.<sup>107</sup> In de door Hurenkamp gevoerde interviews met juristen geeft een groot deel van de geïnterviewden aan dat een beoogd curator die slechts acteert als een *'fly on the wall'* in de praktijk niet werkt en dat een beoogd curator in een aantal gevallen veel actiever zal moeten zijn. Als voorbeeld wordt genoemd een noodgedwongen actievere rol in de vormgeving van het verkoop- en liquidatieproces indien de advocaat van de schuldenaar niet deskundig is. Wel dient de beoogd curator er dan voor te waken dat hij niet gaat handelen als advocaat van de schuldenaar. Verder is een aantal van de geïnterviewden van mening dat de rol van de beoogd curator actiever zal zijn indien het gaat om een doorstart door een aan de schuldenaar gelieerde partij.<sup>108</sup> Een doorstart door een aan de schuldenaar gelieerde partij moet door de beoogd curator extra kritisch worden bekeken. Ook wordt door de geïnterviewden genoemd dat de beoogd curator dan aanvullende voorwaarden kan stellen naast het eisen van onafhankelijke taxaties zoals bijvoorbeeld een marktverkenningsonderzoek door een onafhankelijke corporate finance-adviseur, het inrichten van een uitgebreide digitale dataroom voor geïnteresseerden partijen. Er zal verder goed onderzocht moeten worden of er alternatieven zijn voor de doorstart vanuit faillissement.<sup>109</sup>

Volgens de praktijkregels van Insolad is de rol van de beoogd curator ook actiever dan eerst aangenomen werd. Dit blijkt naar mijn mening uit artikel 3.2 en artikel 3.3 in de praktijkregels. In artikel 3.2 is namelijk bepaald dat de beoogd curator zich niet alleen laat informeren maar ook zelf informeert met het oog op een eventuele rol als bewindvoerder of curator van de schuldenaar.<sup>110</sup> Daarbij laat hij zich leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren<sup>111</sup> en houdt hij rekening met maatschappelijke belangen, waaronder werkgelegenheid. Artikel 3.2 bepaalt verder dat de beoogd curator (zo nodig) 'suggesties' aan de schuldenaar geeft over de te verrichten handelingen of een te volgen gedragslijn met het oog op die belangen.<sup>112</sup> In artikel 3.2 van de conceptpraktijkregels was eerst het woord 'aanwijzingen' opgenomen, dit woord is in de aangepaste praktijkregels vervangen door 'suggesties' dit, aldus Bakker, "om te benadrukken dat de beoogd curator geen zelfstandige bevoegdheden heeft, uitsluitend de koers kan bepalen en slechts handelt met instemming van de schuldenaar."<sup>113</sup> Met deze wijziging kan wel benadrukt worden dat de beoogd curator geen formele bevoegdheden heeft, maar naar mijn

---

<sup>106</sup> Hurenkamp 2014.

<sup>107</sup> Hurenkamp 2014, p. 55.

<sup>108</sup> Hurenkamp 2014, p. 59 en p. 60.

<sup>109</sup> Hurenkamp 2014, p. 63.

<sup>110</sup> Art. 3.2 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>111</sup> Huydecoper, *TvI* 2013/5, p. 3; art. 3.2 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>112</sup> Art. 3.2 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>113</sup> Bakker, *FIP* 2015/7, p. 24.

mening geven de woorden ‘zo nodig’ wel een duidelijke taak aan de beoogd curator. Deze woorden geven aan dat de beoogd curator ‘kan’ of misschien zelfs ‘van hem wordt verwacht’ dat hij handelt, indien er een dreiging is dat de belangen van de gezamenlijke crediteuren of maatschappelijke belangen geschaad worden. In beginsel verricht de schuldenaar weliswaar zelf alle rechtshandelingen,<sup>114</sup> Maar de beoogd curator kan de koers bepalen, heeft met andere woorden meer een aansturende rol. Indien de schuldenaar dan de door de beoogd curator gegeven suggesties niet opvolgt, kan de beoogd curator besluiten om zijn functie neer te leggen.<sup>115</sup>

#### 2.2.4.1. Voortzetting van de onderneming

Voordat de rechtbank in de huidige praktijk overgaat tot aanwijzing van een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris beoordeelt de rechtbank eerst of de aanvraag door de schuldenaar gerechtvaardigd is en of er daadwerkelijk sprake is van ernstige financiële problemen en een dreigend faillissement.<sup>116</sup> Alleen indien de schuldenaar nog niet verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, heeft de rechtbank de mogelijkheid om een beoogd curator aan te stellen.<sup>117</sup>

Nadat de beoogd curator is aangesteld, dient hij de financiële positie van de schuldenaar in kaart te brengen.<sup>118</sup> Het is belangrijk dat de levensvatbaarheid van de onderneming van de schuldenaar goed onderzocht wordt, omdat indien de onderneming niet-levensvatbaar is deze geliquideerd moet worden.<sup>119</sup> Uit de hiervoor genoemde empirische analyse door Hurenkamp blijkt ook dat uit een aantal faillissementsverslagen kan worden afgeleid dat het onderzoeken van de levensvatbaarheid van de onderneming één van de eerste prioriteiten van de aangewezen beoogd curatoren was.<sup>120</sup>

Daarbij zijn waarderingsrapporten en een goede dossiervorming door de beoogd curator heel belangrijk.<sup>121</sup> Niet alleen een waardering van de activa is belangrijk, maar ook een waardering van de ondernemingsactiviteiten.<sup>122</sup> Ondernemingen ontlenen steeds vaker grote waarde aan immateriele activa, zoals bijvoorbeeld intellectuele eigendommen en gegarandeerde verkoop- en afname contracten. Deze zijn heel bepalend voor de *going concern* waarde.<sup>123</sup>

De beoogd curator mag hierbij afgaan op de gegevens die de schuldenaar hem verstrekt, tenzij hij gegronde redenen heeft aan de betrouwbaarheid van de verstrekte informatie te twijfelen,

---

<sup>114</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 204.

<sup>115</sup> Jongepier & Hoogenboezem, *FIP* 2013/6, p. 196. Art. 3.3. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/> Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>116</sup> Zie par. 2.2.2.

<sup>117</sup> Zie hoofdstuk 1, paragraaf 1.2.2.

<sup>118</sup> Hurenkamp 2014, p. 49.

<sup>119</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 211; Zie in gelijke zin de visie van Michel Rempelberg: “Snoeien doet bloeien”. “Bedrijven moeten niet blijvend gepamperd worden. Het opruimen van verouderde, ondernemingen is nuttig, geeft andere ruimte” in P. Kamps, ‘Curator in het oog van de storm’, *De Limburger* 9 mei 2015.

<sup>120</sup> Hurenkamp 2014, p. 50.

<sup>121</sup> Beke & Wolterman, *Tvl* 2012/31, par. 3.

<sup>122</sup> Tollenaar *Tvl* 2011/23, p.15.

<sup>123</sup> Fröhlich AA 2015, p. 195.

aldus de praktijkregels.<sup>124</sup> De beoogd curator heeft de mogelijkheid om zich te laten bijstaan door eigen financiële adviseurs om de aangeleverde financiële informatie te controleren.<sup>125</sup> Ook in de rechtspraak<sup>126</sup> wordt aangegeven dat de beoogd curator zich door financiële adviseurs mag laten bijstaan. Naar mijn mening moet de beoogd curator tijdens de stille voorbereidingsperiode voortdurend alert blijven op de levensvatbaarheid van de schuldenaar.

Artikel 4.1 van de praktijkregels beoogd curator van Insolad maakt daarbij terecht duidelijk dat de verantwoordelijkheid voor voortzetting van de onderneming ook in de periode van stille voorbereiding bij de schuldenaar blijft.<sup>127</sup> In artikel 4.1 van de praktijkregels beoogd curator van Insolad is bepaald dat, de beoogd curator bevordert dat de schuldenaar nagaat of deze over voldoende financiële middelen beschikt om zijn onderneming voort te kunnen zetten tijdens de stille voorbereidingsperiode zonder andere partijen schade toe te brengen.<sup>128</sup> Dit artikel heeft tevens betrekking op de Beklamelnorm zoals bepaald in het Beklamel-arrest.<sup>129</sup> Deze norm houdt in dat de bestuurders van een onderneming aansprakelijk zijn voor verplichtingen die onvoldaan blijven, en waarvan ze bij het aangaan van die verplichtingen wisten of behoorden te weten dat ze deze niet meer zouden kunnen voldoen en dat de onderneming geen verhaal zal kunnen bieden voor de daarvoor veroorzaakte schade.<sup>130</sup> Artikel 8.1 onder punt 2 van de praktijkregels beoogd curator van Insolad wijst erop dat de beoogd curator de mogelijkheid heeft om zijn functie neer te leggen indien hij ervan overtuigd raakt dat de schuldenaar onvoldoende middelen heeft om zijn onderneming voort te zetten, en de schuldenaar niet instemt met aanwijzingen van de beoogd curator om mogelijke schadelijke gevolgen daarvan te voorkomen.<sup>131</sup> Met het neerleggen van zijn functie voorkomt de beoogd curator aansprakelijkheid. De (mogelijke) aansprakelijkheid van de beoogd curator bespreek ik verder in paragraaf 2.6.

#### 2.2.4.2. *Beoordeling pre-faillissementstransacties*

De beoogd curator kan een voorlopig niet bindend oordeel geven over rechtshandelingen, die de schuldenaar verricht of wil verrichten tijdens de stille periode.<sup>132</sup> Zoals bijvoorbeeld het aangaan van nieuwe schulden, of indien de schuldenaar betalingen wil verrichten aan crediteuren. Het doel van deze mogelijkheid is het vergroten van inzicht in het mogelijke handelen van de curator na faillissement.<sup>133</sup> Curatoren hebben de bevoegdheid om ten behoeve van de boedel door de schuldenaar voor de faillietverklaring onverplicht verrichte rechtshandelingen te

---

<sup>124</sup> Art. 4.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels/beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>125</sup> Mulder, *TvI* 2015/5, p. 30.

<sup>126</sup> Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26 r.o. 3.8.3. m.nt. Van Andel.

<sup>127</sup> Bakker, *FIP* 2015/7, p. 24.

<sup>128</sup> Art. 4.1. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>129</sup> HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, *NJ* 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel).

<sup>130</sup> HR 6 oktober 1989, 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, *NJ* 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel).

<sup>131</sup> Art. 8.1 onder (2) Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>132</sup> Art. 6.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>133</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 203.

vernietigen na een faillietverklaring.<sup>134</sup> Dit kan de curator doen op grond van artikel 42 tot en met 47 Faillissementswet. Indien de beoogd curator een oordeel geeft over te verrichten rechtshandelingen door de schuldenaar tijdens de stille periode moet de beoogd curator de schuldenaar en de betrokken derden er op attenderen dat zijn oordeel gebaseerd is op het vertrouwen dat hem alle relevante informatie is verstrekt. Indien later blijkt dat dit niet het geval is geweest, of bij gewijzigde inzichten heeft hij de mogelijkheid om zijn oordeel over de rechtshandelingen te herroepen en/of wijzigen.<sup>135</sup>

Op het geven van beoordelingen door de beoogd curator over pre-faillissementstransacties is in de literatuur op diverse wijze kritiek geuit. Zo zijn Jongepier en Hoogeboezem van mening dat, de beoogd curator slechts een beperkt beeld van de situatie krijgt doordat hij de informatie waarop hij zijn oordeel kan baseren hoofdzakelijk van de schuldenaar krijgt. Ook is de tijdsduur van zijn aanwijzing te kort om binnen die tijd een goed beeld van de onderneming te krijgen.<sup>136</sup> Voor het beoordelen van deze rechtshandelingen is de schuldenaar daarom volgens Jongepier & Hoogeboezem aangewezen op zijn eigen adviseurs.<sup>137</sup> Van Eeden-van Harskamp en Spanjaard zijn ook van mening dat een beoogd curator er verstandig aan doet om zo min mogelijk te verklaren in de stille periode, om latere mogelijke aansprakelijkheidsclaims te voorkomen.<sup>138</sup>

Naar mijn mening is deze kritiek terecht omdat het voor de beoogd curator door de korte tijdsduur van zijn aanwijzing en het nog niet bekend zijn van alle relevante feiten en informatie, een onmogelijke taak is om alles te overzien en voorzien. Daarom kan van de beoogd curator niet verlangd worden dat hij rechtshandelingen van de schuldenaar beoordeelt voor faillissement. Indien de beoogd curator er toch voor kiest om een oordeel te geven over rechtshandelingen die de schuldenaar verricht of wil verrichten in de stille periode, is het belangrijk dat zowel de schuldenaar als betrokken derden weten dat zijn oordeel slechts een oordeel is onder voorbehoud. De beoogd curator zal pas tot een definitieve beoordeling kunnen komen na faillissement en na zijn benoeming tot curator in faillissement, aan de hand van de dan bekende feiten en informatie. In het voorontwerp van het wetsvoorstel was een bepaling opgenomen, artikel 365, lid 2, die de schuldenaar de mogelijkheid gaf om de beoogd curator te verzoeken zich uit te laten over pre-faillissementstransacties of handelingen. Naar aanleiding van de genoemde kritiek in de literatuur heeft de wetgever besloten om de betreffende bepaling niet op te nemen in het wetsvoorstel.<sup>139</sup> Hier kom ik nog op terug in het volgende hoofdstuk. De reden dat ik deze bepaling toch in dit hoofdstuk al wil vermelden is, dat ondanks het schrappen van deze bepaling Insolad ervoor gekozen heeft om hierover toch een gedragsregel op te nemen in de praktijkregels beoogd curator. De reden hiervoor is naar mijn verwachting dat Insolad duidelijk aan wil geven dat indien de beoogd curator er toch voor kiest om een beoordeling te geven, het duidelijk is voor alle partijen dat dit slechts een oordeel onder voorbehoud zou moeten zijn.

---

<sup>134</sup> Art. 42, eerste lid Fw.

<sup>135</sup> Art. 6.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017. Jongepier & Hoogeboezem, *FIP* 2013/6, p. 195, Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 209.

<sup>136</sup> Jongepier & Hoogeboezem, *FIP* 2013/6, p. 195.

<sup>137</sup> Jongepier & Hoogeboezem, *FIP* 2013/6, p. 195.

<sup>138</sup> Van Eeden-van Harskamp en Spanjaard, *ORP* 2014/5, p. 37.

<sup>139</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 52-53 (MvT).



In artikel 6.2 van de praktijkregels beoogd curator van Insolad is verder bepaald dat de beoogd curator zich niet uit laat over rechtshandelingen of feitelijke handelingen die zijn verricht in de periode vóór zijn aanwijzing.<sup>140</sup>

#### 2.2.4.3. Doorstart

De schuldenaar bereidt zelf de verkoop van de activa van de onderneming voor. Blijkens het eerder genoemde onderzoek van Hurenkamp komt uit (de meeste faillissementsverslagen) naar voren dat in de gevallen waarin een pre-pack tot stand kwam de schuldenaar, voor zijn aanvraag voor de benoeming van een beoogd curator, reeds marktonderzoek heeft verricht en gegadigden heeft benaderd voor een overname of doorstart van zijn onderneming.<sup>141</sup> De schuldenaar onderhandelt vervolgens met de gegadigden onder het toezicht van de beoogd curator. De beoogd curator bewaakt de belangen van de crediteuren en beoordeelt of de schuldenaar voldoende inspanning (heeft) verricht om alle potentiële gegadigden te benaderen. Deze potentiële gegadigden moeten voldoende mogelijkheid krijgen of hebben gehad om een bod uit te brengen zodat de hoogst mogelijke opbrengst behaald kan worden.<sup>142</sup> In de literatuur wordt er op gewezen, dat doordat de verkoop van de activa niet via een gepubliceerde openbare verkoop plaats vindt, het risico bestaat dat de hoogst mogelijke opbrengst niet wordt gerealiseerd, omdat niet alle potentiële bidders in de pre-packfase worden bereikt.<sup>143</sup>

Volgens Mulder dienen potentiële kopers in eerste instantie door de schuldenaar, met eventuele ondersteuning van zijn financiële adviseurs, te worden benaderd. Volgens Mulder heeft de beoogd curator hier een actieve rol en laat hij zich niet alleen informeren, maar informeert hij ook zelf. Zo nodig geeft hij aan de schuldenaar aan welke partijen benaderd moeten worden.<sup>144</sup> Artikel 3.2. van de praktijkregels beoogd curator van Insolad geeft ook aan dat de beoogd curator zich niet alleen laat informeren maar ook zelf informeert en zo nodig suggesties geeft aan de schuldenaar.<sup>145</sup> Dix is van mening dat de beoogd curator niet zelfstandig op zoek moet gaan naar mogelijke gegadigden omdat hij dan het risico neemt dat hij aansprakelijk kan worden gesteld indien niet alle of niet de juiste gegadigden door hem zijn benaderd.<sup>146</sup> De praktijkregels beoogd curator van Insolad zijn hierin naar mijn mening ook duidelijk. Ze geven namelijk aan dat het de taak van de beoogd curator is om erop toe te zien dat de marktverkenning en benadering van potentiële gegadigden op de juiste wijze door de schuldenaar wordt (of is) verricht. Het benaderen van potentiële gegadigden is geen taak van de beoogd curator, de beoogd curator kan wel, indien de schuldenaar dat wenst, de schuldenaar assisteren bij de

---

<sup>140</sup> Art. 6.1. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>141</sup> Hurenkamp 2014, p. 55.

<sup>142</sup> Art. 5.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>143</sup> Hurenkamp 2014, p. 52; Tideman, *FIP* 2013/6, p. 190.

<sup>144</sup> Mulder, *TvI* 2015/5, p. 32; Zie voor praktijkvoorbeelden; de Harense Smid, Kraamzorg Het Groene Kruis, Prime Champ, Hamberg, Zijzoen en Marlies Dekkers hier heeft de beoogd curator een eigen onderzoek verricht naar mogelijke overnamekandidaten, al dan niet met behulp van een corporate finance-adviseur. zie Hurenkamp 2014, p. 57.

<sup>145</sup> Art. 3.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>146</sup> Dix, *TvC* 2015/5, p. 185.



onderhandeling met serieuze gegadigden.<sup>147</sup> Artikel 7.1 bepaalt verder dat de beoogd curator geen partijen mag benaderen zonder instemming van de schuldenaar.<sup>148</sup> Er is wel een praktijkvoorbeeld dat door Hurenkamp wordt genoemd in zijn onderzoek waarin de beoogd curator zonder toestemming van de schuldenaar heeft gesproken met een potentiële koper voor een doorstart. Dit overleg vond plaats met toestemming van de beoogd rechter-commissaris en was noodzakelijk omdat de schuldenaar zelf al een doorstart voor ogen had en onvoldoende meewerkte aan een onderzoek naar mogelijke andere potentiële kopers.<sup>149</sup> Marktverkenning kan alleen op grond van bijzondere omstandigheden achterwege blijven, namelijk indien redelijkerwijs buiten twijfel staat dat een bieding hoger is dan mogelijke andere biedingen, of indien een marktverkenningsonderzoek de waarde van de onderneming van de schuldenaar ernstig zou aantasten en dit daardoor tot een lagere opbrengst zou leiden.<sup>150</sup>

Indien het een verkoop betreft aan een aan de schuldenaar gelieerde partij dient de beoogd curator extra voorzichtig te zijn bij het verlenen van instemming om marktverkenning achterwege te laten.<sup>151</sup> Ook dient de beoogd curator te waken voor concurrentievervalsing en dient hij in beginsel geen medewerking te verlenen bij een verkoopprijs tegen liquidatiewaarde, omdat er gestreeft moet worden naar de hoogst mogelijke opbrengst.<sup>152</sup> Het doel van het benoemen van een beoogd curator is immers maximaal behoud van waarde van de onderneming in financiële problemen.<sup>153</sup> Een verkoop tegen *going concern* waarde zal meestal hoger zijn dan de opbrengst bij liquidatieverkoop.<sup>154</sup>

De beoogd curator kijkt mee met de schuldenaar en is op de hoogte van de informatie die aan de gegadigden wordt verstrekt, hij volgt het biedproces en de onderhandelingen met gegadigden. De beoogd curator kan hierbij ook actief handelen indien de schuldenaar dat wenst.<sup>155</sup> Ook indien de beoogd curator van de rechtbank de opdracht krijgt om doorstart

---

<sup>147</sup> Art. 5.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>148</sup> Art. 7.1. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>149</sup> Zinvest Fashion B.V. (F.01/13/553). Zie Hurenkamp 2014, p.55 en p. 152-155.

<sup>150</sup> Art. 5.3. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017 ; zie voor praktijkvoorbeelden Hurenkamp 2014, p. 56 en p. 57.

<sup>151</sup> Verkerk, Windt & Rozendal 2014/40, par. 4.3; artikel 5.4 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017. Zie Fröhlich 2015, p. 200: “Zo is de beoogd curator inzake kinderopvang Estro akkoord kunnen gaan met het bod van een gelieerde partij, in het belang van snelheid en waardebehoud.

<sup>152</sup> Jongepier & Hoogeboezem 2013/6, p. 199; artikel 5.5. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>153</sup> Zie par. 2.1.

<sup>154</sup> Zie par. 1.4.1.

<sup>155</sup> Mulder 2015/5, p. 32. Zie voor praktijkvoorbeeld Hurenkamp 2014, p. 55, Art. 5.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

mogelijkheden te onderzoeken zoals bijvoorbeeld bij Royal Imtech N.V.<sup>156</sup> is de beoogd curator actief betrokken bij het biedproces en bij de onderhandelingen met potentiële overnamekandidaten.

De schuldenaar krijgt de mogelijkheid om een doorstart voor te bereiden en een geschikte overnamepartij te vinden en daarmee te onderhandelen, onder het toeziend oog van de beoogd curator maar het zijn de curator en de rechter-commissaris die uiteindelijk na faillissement beslissen of en met welke partij de verkoopovereenkomst wordt gesloten, en onder welke voorwaarden de doorstart wordt uitgevoerd.<sup>157</sup> Indien de beoogd curator meent dat met een verkoopproces vanuit faillissement een hogere opbrengst kan worden behaald voor de gezamenlijke crediteuren, kan hij besluiten het verkoopproces na faillissement te laten plaatsvinden.<sup>158</sup> De beoogd curator kan dan in overleg met de schuldenaar het aankomende faillissement voorbereiden. Het faillissement wordt aangevraagd door de schuldenaar, direct na datum faillissement kan het verkoopproces in gang worden gezet.<sup>159</sup> Een andere optie is een zekere ‘wachterperiode’ na faillissement te hanteren., tijdens deze ‘wachterperiode’ hebben andere gegadigden dan de mogelijkheid om een beter bod uit te brengen.<sup>160</sup> In de doorstartovereenkomst kan dan een opschortende en een ontbindende voorwaarde worden opgenomen die de beoogd curator de mogelijkheid biedt de overeenkomst te ontbinden indien na het (openbare) faillissement een partij een beter bod doet voor een doorstart.<sup>161</sup> Diverse varianten zijn mogelijk.<sup>162</sup>

Het gaat erom dat de beoogd curator steeds beoordeelt welke variant de hoogst haalbare opbrengst oplevert<sup>163</sup> en daarbij houdt hij ook rekening met maatschappelijke belangen, waaronder werkgelegenheid.<sup>164</sup> Ook indien het verkoop- en doorstartproces na faillissement plaatsvindt, is de eerdere betrokkenheid van een beoogd curator waardevol. De beoogd curator kan zich dan eerder voorbereiden op het faillissement door het verzamelen van informatie over de schuldenaar, het maken van een lijst van potentiële kopers, en plannen van het doorstartproces. De doorstart kan dan relatief snel plaats vinden na faillissement met als voordeel vermindering van waardeverlies en besparing van boedelkosten.<sup>165</sup> Voor de betaling

---

<sup>156</sup> Zie, eerste verslag (ex artikel 73a FW) terzake de bevindingen van de (beoogd)curatoren gedurende de stille bewindvoering periode, alsmede de eerste verslagperiode in de faillissementen van Royal Imtech N.V. en Imtech Group B.V. Pag. 7. <https://www.akd.nl/Paginas/nieuws/Faillissementsverslag-Royal-Imtech-NV.aspx>

<sup>157</sup> Mulder, *TvI* 2015/5, p. 32; Brief Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 17 juli 2014 in antwoord op schriftelijke kamervragen van de PvdA-leden Recourt en Kerstens, *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 2581, p. 3.; De rechter-commissaris dient op grond van artt. 101 en 176, lid 1 Fw toestemming te geven voor de verkoop.

<sup>158</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 210.

<sup>159</sup> Dix, *TvC* 2015/5, p. 186.

<sup>160</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 210.

<sup>161</sup> Jongepier en Hoogenboezem 2013/6, p. 199; Van Eeden-van Harskamp & Spanjaard, *ORP* 2014/5, p. 38. Zie voor praktijkvoorbeelden Hurenkamp 2014, p. 56.

<sup>162</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 210.

<sup>163</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 210.

<sup>164</sup> Art. 3.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>165</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 210; Dix, *TvC* 2015/5, p. 186; zie voor praktijkvoorbeelden Hurenkamp 2014, p. 55 en p. 58.

van het salaris van de beoogd curator wordt in de huidige praktijk door een aantal rechtbanken bij het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator een zekerheidsstelling verlangd. Er zijn ook rechtbanken die het (niet-betaalde) salaris van de beoogd curator aanmerken als een concurrente vordering of als boedelschuld in het faillissement.<sup>166</sup> Een zekerheidsstelling voor het salaris van de beoogd curator lijkt mij de beste optie. Artikel 4.1 van de praktijkregels beoogd curator van Insolad wijst erop dat de beoogd curator bevordert dat de schuldenaar nagaat of hij over voldoende middelen beschikt om zijn bedrijfsvoering voort te kunnen zetten tijdens de stille voorbereidingsperiode.<sup>167</sup> Hieronder valt naar mijn mening ook het betalen van het salaris van de beoogd curator. De beoogd curator kan hierover afspraken maken met de schuldenaar en deze afspraken vast laten leggen in de aanstellingsovereenkomst die hij sluit met de schuldenaar. De schuldenaar verzoekt in zijn eigen belang om zekerheid te krijgen over zijn eigen situatie en om zekerheid te krijgen over handelingen die hij wil verrichten in het zicht van een dreigend faillissement om de aanwijzing van de beoogd curator, het lijkt mij dan ook niet meer dan billijk dat de schuldenaar het salaris van de beoogd curator betaald. De beoogd curator heeft dan zekerheid over het betalen van zijn salaris ook indien zijn aanwijzing niet eindigt door faillissement van de schuldenaar. In het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I is nu ook bepaald dat de rechtbank aan de aanwijzing van de beoogd curator de voorwaarde van zekerheidsstelling door de schuldenaar kan verbinden.<sup>168</sup>

#### 2.2.4.4. Verslag

In de praktijkregels beoogd curator is bepaald dat binnen enkele dagen na faillissement of surseance en eenmaal benoemd tot curator de voormalig beoogd curator via een verslag informatie en transparantie dient te geven over zijn handelen en de door hem gemaakte keuzes als beoogd curator gedurende de stille periode.<sup>169</sup> De informatie in het verslag dient de crediteuren duidelijkheid te geven en in staat te stellen om te beoordelen of hun belangen tijdens de stille periode zijn gediend.<sup>170</sup> Artikel 9.4 van de praktijkregels beoogd curator noemt een aantal punten dat in het verslag moet worden opgenomen.<sup>171</sup> Zo dient in het verslag een chronologische beschrijving gegeven te worden van de gang van zaken gedurende de stille periode. De beoogd curator dient aan te geven waarom hij voor een doorstart heeft gekozen en niet voor een verkoopproces vanuit faillissement. Dit is naar mijn mening een zeer belangrijk punt omdat hiermee de waarde van de stille periode wordt aangegeven. Een ander belangrijk punt is dat de beoogd curator gedetailleerd aangeeft op welke wijze de marktverkenning door de schuldenaar is uitgevoerd en of alle mogelijke gegadigden gelegenheid hebben gehad om onderzoek te doen en de mogelijkheid hebben gekregen om een bod uit te brengen. Dit is eveneens een belangrijk punt omdat hiermee duidelijkheid wordt gegeven over de omstandigheid dat er gewaakt wordt voor concurrentievervalsing. Verder moet worden vermeld

---

<sup>166</sup> Hurenkamp 2014, p. 109

<sup>167</sup> Art. 4.1 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laastelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>168</sup> Art. 363 lid 5, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet), p. 4.

<sup>169</sup> Mulder 2015/5, p. 32; art. 9.1. Praktijkregels beoogd curator van Insolad <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>170</sup> Art. 9.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laastelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>171</sup> Art. 9.4. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laastelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

welke stakeholders zijn betrokken bij de stille periode, en waarom de schuldenaar besloten heeft om bepaalde stakeholders niet te betrekken bij de stille periode. Indien de stille periode eindigt voordat of zonder dat surseance van betaling of faillissement wordt uitgesproken, brengt de beoogd curator schriftelijk verslag uit aan de stille rechter-commissaris. Het verslag van de beoogd curator blijft vertrouwelijk zolang er geen formele insolventieprocedure volgt.<sup>172</sup>

### 2.3 Mijn mening over de taak van de beoogd curator

Volgens het huidige insolventierecht ligt de nadruk steeds meer op het voorkomen van faillissementen. Als dat niet mogelijk is, wordt gestreefd naar het doorstarten van levensvatbare bedrijfsonderdelen na faillissement. Van oudsher is het faillissement een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar.<sup>173</sup> Na het faillissement is het de taak van de curator om de failliete boedel te beheren en te vereffenen, ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>174</sup> De curator moet de boedelactiva tegen een zo hoog mogelijke prijs proberen te verkopen. Uit faillissementsstatistieken blijkt echter dat de daadwerkelijke uitkeringen uit een faillissement maar een klein percentage betreffen van de totale schuld (excusief boedelkosten).<sup>175</sup> Volgens de Faillissementswet staat het boedelbelang, en daarmee het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop en dit blijft ook zo na de wijziging van de Faillissementswet door invoering van de Wet continuïteit ondernemingen I. De Wet continuïteit ondernemingen I maakt het nu alleen mogelijk dat de rechtbank reeds voor een faillissement een beoogd curator benoemt. De taak van de beoogd curator is de belangen van de gezamenlijke crediteuren te dienen, hij moet daarbij ook rekening houden met maatschappelijke belangen, waaronder werkgelegenheid.<sup>176</sup> De taak van de beoogd curator sluit hiermee naar mijn mening aan bij de taak van de curator in een faillissementsprocedure zoals bepaald door de Hoge Raad in de arresten Sigmanon II<sup>177</sup>, Maclou<sup>178</sup> en Mobell.<sup>179</sup> In deze arresten oordeelde de Hoge Raad dat de curator bij de uitoefening van zijn taak ook rekening moet houden met belangen van maatschappelijke aard. Zowel de beoogd curator als de curator in faillissement dienen dus de belangen van de gezamenlijke crediteuren te behartigen en daarbij rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard. Daarbij is het echter niet de bedoeling dat maatschappelijke belangen prevaleren boven het boedelbelang, maar onder omstandigheden mag en moet de curator rekening houden met de belangen van maatschappelijke aard ten koste van het belang van een individuele schuldeiser.<sup>180</sup> Naar mijn mening zit de kracht van de beoogd curator in zijn vroegtijdige benoeming namelijk vóór een dreigend faillissement. Door zijn eerdere betrokkenheid, krijgt hij reeds vóór een faillietverklaring de mogelijkheid zich een beeld te vormen omtrent de financiële situatie waarin de schuldenaar zich bevindt. Na een

---

<sup>172</sup> Art. 9.3. Praktijkregels beoogd curator, <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>173</sup> Art. 20 Fw.

<sup>174</sup> Art. 68 Fw.

<sup>175</sup> Fröhlich, AA 1015, p. 194. Zie de CBS-rapporten “Faillissementen oorzaken en schulden” van 2011, [www.cbs.nl](http://www.cbs.nl)

<sup>176</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 208 en p. 209; Dix, *TvC* 2015/5; Art. 3.2. Praktijkregels beoogd curator, <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>177</sup> HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 m.nt. W.M. Kleijn (Sigmanon II).

<sup>178</sup> HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 m.nt. W.M. Kleijn (Maclou).

<sup>179</sup> Spinath 2007, p. 105; HR 19 december 2003, *NJ* 2004/293 m.nt. P. van Schilfgaarde (Mobell).

<sup>180</sup> Spinath 2007, p. 105.

faillissement wordt een curator vaak geconfronteerd met een voorverpakt resultaat.<sup>181</sup> De schuldenaar heeft de verkoop van zijn onderneming dan al voorbereidt met een al dan niet gelieerde partijen, en vraagt vervolgens zijn eigen faillissement aan. De curator heeft dan weinig alternatieven en zal het voorverpakte resultaat vaak overnemen, om verder tijdsverlies en daarmee waardeverlies te voorkomen.<sup>182</sup>

De beoogd curator heeft de mogelijkheid om na zijn aanwijzing te onderzoeken of er oplossingen mogelijk zijn buiten faillissement.<sup>183</sup> Indien er geen oplossingen mogelijk zijn buiten faillissement, kan de beoogd curator onderzoeken of een pre-pack haalbaar is. De schuldenaar bereidt zelf de verkoop van de activa van zijn onderneming voor, en onderhandelt onder het toezicht van de beoogd curator met potentiële gegadigden. De beoogd curator dient te controleren of er een goed marktonderzoek is uitgevoerd door de schuldenaar en of alle potentiële gegadigden een bod uit hebben kunnen brengen.<sup>184</sup> De beoogd curator dient alert te zijn en er op toe te zien dat de stille voorbereidingsfase juridisch volgens de regels verloopt, en niet wordt misbruikt om van schuldeisers en/of werknemers af te komen.<sup>185</sup> In de praktijk wordt het faillissement van een onderneming immers vaker gezien als een vooropgezet plan om van werknemers en crediteuren af te komen.<sup>186</sup> Door zijn benoeming voor een dreigend faillissement kan de beoogd curator er nu op toe zien dat de schuldenaar bij de voorbereiding van een doorstart de handelingen verricht waarmee de belangen van de gezamenlijke crediteuren het meest gediend zijn.<sup>187</sup> Zo kan hij de schuldenaar aanzetten tot het laten uitvoeren van een marktverkenningsonderzoek door een onafhankelijke corporate finance-adviseur en het overleggen van onafhankelijke taxaties. De beoogd curator heeft in de stille voorbereidingsfase een bijsturende rol, de schuldenaar blijft beheers- en beschikkingsbevoegd. De bevoegdheden van de beoogd curator komen in de volgende paragraaf aan de orde.

## 2.4 Bevoegdheden van de beoogd curator in de huidige praktijk

De beoogd curator heeft geen formele positie of formele bevoegdheden binnen de onderneming van de schuldenaar.<sup>188</sup> De opdracht aan de beoogd curator is in de huidige praktijk bij een informele aanwijzing vastgelegd een onderzoeksopdracht van de rechtbank en bij een formele aanwijzing in een beschikking van de rechtbank.

Zolang een uitdrukkelijke wettelijke regeling ontbreekt voor een informele aanwijzing, zijn de bevoegdheden van de beoogd curator in de huidige praktijk niet helder, en verdient het

---

<sup>181</sup> Verstijlen, *NJB* 2014, p. 27.

<sup>182</sup> Fröhlich, *AA* 2015, p. 200.

<sup>183</sup> Zie paragraaf 2.2.2.

<sup>184</sup> Art. 5.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>185</sup> Art. 5.7. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>186</sup> Zie 'De doorstart van Estro lijkt het meest op diefstal', *Financieel Dagblad* 3 september 2014. De Estro zaak heeft inmiddels geleid tot een uitspraak van het Hof van Justitie, HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489. Zie hoofdstuk 3 paragraaf 3.1.

<sup>187</sup> Art. 5 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>188</sup> Art. 3.1. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017 ; Jongepier & Hoogeboom, *FIP* 2013/6, p. 194; Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 204.

aanbeveling een schriftelijke aanstellingsovereenkomst te sluiten tussen de beoogd curator en de schuldenaar.<sup>189</sup> Het verslag van de beoogd curator over de gang van zaken tijdens de stille periode dient een kopie van deze aanstellingsovereenkomst te bevatten.<sup>190</sup> In de praktijkregels beoogd curator van Insolad is vastgelegd dat de te benoemen curator in het bijzonder de belangen van de gezamenlijke schuldeisers dient te behartigen; hij ‘mag’, of er wordt misschien zelfs wel ‘van hem verwacht’ dat hij met het oog op die belangen suggesties geeft aan de schuldenaar.<sup>191</sup> De schuldenaar blijft echter volledig beheers- en beschikkingsbevoegd. Het is de taak van de schuldenaar om met ondersteuning van zijn adviseurs alles te regelen tijdens de stille voorbereidingsfase. De beoogd curator kijkt mee. De beoogd curator handelt uitsluitend met instemming van de schuldenaar, hij benadert geen derden en verstrekt aan derden geen informatie zonder instemming van de schuldenaar. De beoogd curator hoeft echter geen instructies of aanwijzingen van de schuldenaar op te volgen.<sup>192</sup> Hij is onafhankelijk.<sup>193</sup> Weigert de schuldenaar aanwijzingen van de beoogd curator op te volgen of verleent hij onvoldoende medewerking aan de door de beoogd curator voorgestelde koers, dan kan de beoogd curator zijn functie neerleggen.<sup>194</sup> Ook indien de beoogd curator bezwaren heeft tegen de gang van zaken binnen de onderneming van de schuldenaar, verwijtbaar handelen van de schuldenaar vaststelt of anderszins vaststelt dat voortzetting van de stille periode niet langer in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is,<sup>195</sup> kan de beoogd curator zijn functie neerleggen.<sup>196</sup> De beoogd curator kan zijn functie pas neerleggen nadat hij de schuldenaar heeft gehoord<sup>197</sup> en na overleg met de stille rechter-commissaris.<sup>198</sup> De rechtbank zal, voordat zij beslist op het verzoek van de beoogd curator om zijn aanwijzing te beëindigen, de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris en de schuldenaar horen. Indien een vertrouwensbreuk tussen de beoogd curator en de schuldenaar de oorzaak is van de beëindiging kan de rechtbank, indien hiermee het belang van de gezamenlijke schuldeisers wordt gediend, een andere beoogd curator aanwijzen.<sup>199</sup> In de meeste gevallen zal er echter geen tijd resteren voor het benoemen van een andere beoogd curator en rest de schuldenaar geen andere optie dan het aanvragen van zijn faillissement.<sup>200</sup>

<sup>189</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 204, zie voor modelovereenkomst p. 212-213.

<sup>190</sup> Art. 9.4 onder (3) Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>191</sup> Art. 3.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>192</sup> Artt. 3.3. en 7.1. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>193</sup> Artt. 2 en 3.3. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>194</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 205; Jongepier & Hoogeboezem, *FIP* 2013/6, p. 200; art. 3.3. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>195</sup> Zie voor praktijkvoorbeelden, faillissement GSH Netherlands Holding B.V. en faillissement De Zwart B.V., Hurenkamp, 2014, p. 80 en p. 81.

<sup>196</sup> Art. 8.1. onder (4) Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>197</sup> Art. 8.1. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>198</sup> Art. 8.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>199</sup> Hurenkamp 2014, p. 83-84.

<sup>200</sup> Jongepier & Hoogeboezem, *FIP* 2013/6, p. 200; Hurenkamp 2014, p. 85.



## **2.5 Mijn mening over de bevoegdheden van de beoogd curator in de huidige praktijk**

Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat de beoogd curator nauwelijks bevoegdheden heeft. Dit komt omdat de schuldenaar beheers- en beschikkingsbevoegd blijft, gedurende de stille periode. Hij ziet erop toe dat de schuldenaar de boedel en daarmee het belang van de gezamenlijke schuldeisers niet schaadt. Heeft hij bezwaren tegen handelingen van de schuldenaar of tegen voortzetting van de stille periode dan is zijn belangrijkste bevoegdheid de schuldenaar hierop wijzen, en eventuele suggesties geven aan de schuldenaar voor een andere aanpak. Indien de schuldenaar niet akkoord gaat met de suggesties van de beoogd curator, kan de beoogd curator na het horen van de schuldenaar en na overleg met de stille rechter-commissaris zijn functie neerleggen. Naar mijn mening is het neerleggen van zijn functie wel een sterke bevoegdheid van de beoogd curator omdat hiermee doorgaans een einde komt aan de stille voorbereiding. Indien binnen een redelijke termijn na het einde van de stille voorbereiding toch een faillissement volgt, zal de beoogd curator in de regel benoemd worden tot curator in het faillissement.<sup>201</sup> Het is de (beoogd) curator die uiteindelijk bepaalt of de door de schuldenaar voorbereide activatransactie kan worden uitgevoerd, daarom is het voor de schuldenaar heel belangrijk om alle medewerking te verlenen aan de beoogd curator.<sup>202</sup> Meer of andere bevoegdheden heeft een beoogd curator in de huidige praktijk naar mijn mening niet nodig, omdat de taak van de beoogd curator anders en beperkter is dan de taak van de curator na een faillissement.

## **2.6 Aansprakelijkheid van de beoogd curator in de huidige praktijk.**

De aansprakelijkheid van de beoogd curator hangt nauw samen met zijn taken en bevoegdheden in de stille voorbereidingsfase.

### 2.6.1. Contractuele aansprakelijkheid

De contractuele aansprakelijkheidsrisico's van de beoogd curator ten opzichte van de schuldenaar lijken beperkt. De beoogd curator kan aansprakelijkheid ten opzichte van de schuldenaar zo veel mogelijk contractueel uitsluiten.<sup>203</sup> Dit kan door in de overeenkomst die de beoogd curator met de schuldenaar sluit op te nemen dat de beoogd curator onafhankelijk is van de schuldenaar en dat hij niet gehouden is instructies van de schuldenaar op te volgen.<sup>204</sup> De beoogd curator heeft slechts een geheimhoudingsplicht en hij handelt niet zonder toestemming van de schuldenaar.<sup>205</sup> Handelt de beoogd curator echter zonder toestemming van de schuldenaar dan bestaat voor zijn handelen geen juridische basis en staat hij, volgens Tollenaar, bloot aan het risico van aansprakelijkheid jegens de schuldenaar. Indien de schuldenaar niet instemt met de door de beoogd curator voorgestelde aanpak, dan heeft de beoogd curator volgens Tollenaar, slechts één sanctie en dat is het neerleggen van zijn functie.<sup>206</sup> Door Insolad

---

<sup>201</sup> Schreurs, *FIP* 2013/8, p. 270.

<sup>202</sup> Schreurs, *FIP* 2013/8, p. 271.

<sup>203</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 206.

<sup>204</sup> Van Eeden-van Harskamp & Spanjaard, *ORP* 2014/5, p. 38; art. 3.3 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>205</sup> Art. 7.1 en art. 3.3. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>206</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 205.

is de “sanctie” die Tollenaar noemt, opgenomen als een bevoegdheid van de beoogd curator in de praktijkregels beoogd curator.<sup>207</sup>

De beoogd curator zal er naar streven dat hij de door de schuldenaar voorbereide transactie, als curator, na faillissement kan aangaan.<sup>208</sup> De beoogd curator kan echter in alle overeenkomsten die met derden worden gesloten door de schuldenaar, een opschortende en een ontbindende voorwaarde laten opnemen dat hij altijd gerechtigd is eventuele betere voorstellen van derden te accepteren. Dit geeft de beoogd curator de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden indien na het (openbare) faillissement een partij een beter bod doet voor een doorstart.<sup>209</sup> De beoogd curator dient niet de belangen van de schuldenaar<sup>210</sup> maar laat zich leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en hij moet daarom streven naar een zo hoog mogelijke verkoopprijs, waarbij hij ook rekening houdt met maatschappelijke belangen, waaronder werkgelegenheid.<sup>211</sup>

### 2.6.2. Beklaml aansprakelijkheid

Beklaml aansprakelijkheid<sup>212</sup> is in principe niet aan de orde voor de curator, wel voor de bestuurders van de vennootschap.<sup>213</sup> Beklaml aansprakelijkheid houdt in dat de bestuurders van een vennootschap aansprakelijk zijn voor verplichtingen die onvoldaan blijven, en waarvan ze bij het aangaan wisten of behoorden te weten dat de vennootschap deze niet meer zou kunnen voldoen en dat de vennootschap geen verhaal zal kunnen bieden voor de daardoor veroorzaakte schade.<sup>214</sup> De bestuurders zullen om Beklaml aansprakelijkheid te voorkomen voldoende middelen of financiering moeten hebben of vinden (bijvoorbeeld van de koper of één van de bestaande financiers), om de bedrijfsvoering van de onderneming voort te kunnen zetten zonder derden schade te berokkenen.<sup>215</sup>

Volgens Tollenaar doet een beoogd curator er goed aan om onmiddellijk na zijn aanstelling de schuldenaar en zijn adviseurs te vragen om uitdrukkelijk te bevestigen dat de onderneming nog in staat is om haar activiteiten voort te zetten zonder derden schade te berokkenen. De beoogd curator mag dan volgens Tollenaar in beginsel op de door de schuldenaar verstrekte informatie en/of verklaringen afgaan, tenzij hij concrete aanwijzingen heeft om aan de betrouwbaarheid daarvan te twijfelen. Volgens Tollenaar moet de beoogd curator dan doen wat hij redelijkerwijs kan doen en, indien dat geen effect heeft, aftreden.<sup>216</sup>

---

<sup>207</sup> Zie Art. 3.3. Praktijkregels beoogd curator, <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>208</sup> Beke & Wolterman, *TvI* 2012/31, p. 4.

<sup>209</sup> Zie paragraaf 2.2.4.3.

<sup>210</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 204.

<sup>211</sup> Art. 3.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>212</sup> Hoge Raad 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, *NJ* 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklaml).

<sup>213</sup> Beke & Wolterman, *TvI* 2012/31, p. 4.

<sup>214</sup> Hoge Raad 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, *NJ* 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklaml).

<sup>215</sup> Tollenaar, *TvI* 2011/23, p. 17.

<sup>216</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 208.



Zo is het ook opgenomen in de praktijkregels beoogd curator van Insolad. In artikel 4.1 van de praktijkregels wordt aangegeven dat de beoogd curator bevordert dat de schuldenaar nagaat of hij over voldoende middelen of financiering beschikt om de bedrijfsvoering voort te kunnen zetten zonder derden schade te berokkenen.<sup>217</sup> De bewoording van artikel 4.1 van de praktijkregels maken duidelijk dat het de verantwoordelijkheid is van de schuldenaar om erop toe te zien dat de Beklamel-norm niet wordt overschreden, en dat dit ook zo blijft tijdens de stille voorbereidingsperiode.<sup>218</sup> Artikel 4.2 van de praktijkregels beoogd curator van Insolad geeft aan dat de beoogd curator mag afgaan op gegevens die de schuldenaar hem aanlevert, tenzij hij gegronde redenen heeft aan de betrouwbaarheid van de aangeleverde informatie te twijfelen.<sup>219</sup> De beoogd curator kan zich (na instemming van de schuldenaar)<sup>220</sup> door een eigen financieel adviseur laten bijstaan om de aangeleverde financiële informatie te controleren.<sup>221</sup>

“Hoewel een beoogd curator formeel nagenoeg geen bevoegdheden heeft en formeel geen toezichthouder is” kan volgens Mulder, “niet worden aangenomen dat hij lijdzaam toeziet dat door overtreding van de Beklamel norm individuele crediteuren die met de schuldenaar contracteren tijdens de stille voorbereidingsperiode, schade wordt berokkend. Laat de beoogd curator de zaak evident op zijn beloop, dan riskeert hij persoonlijke aansprakelijkheid.”<sup>222</sup>

Artikel 8.1. onder (2) van de praktijkregels geeft ook aan dat indien de beoogd curator ervan overtuigd raakt dat de schuldenaar onvoldoende financiële mogelijkheden heeft om de onderneming voort te zetten en de schuldenaar geen gehoor geeft aan het verzoek van de beoogd curator om schadelijke gevolgen af te wenden de beoogd curator zijn functie dan kan neerleggen.<sup>223</sup> Naar mijn mening houdt dit in dat de kans op schending van de Beklamel-norm steeds aanwezig is vanwege de slechte financiële toestand waarin de schuldenaar verkeert en dat de beoogd curator hier alert op moet zijn. Bij twijfel zal de beoogd curator de bestuurders op mogelijke schending van de Beklamel-norm moeten wijzen. Indien de bestuurders geen gehoor geven aan de waarschuwing van de beoogd curator, dan kan de beoogd curator zijn functie neerleggen. Hiermee voorkomt hij dat hij aansprakelijk kan worden gesteld door de crediteur die schade lijdt door schending van de Beklamel-norm door de bestuurders.

### 2.6.3. Persoonlijke aansprakelijkheid

Voor persoonlijke aansprakelijkheid van de curator geldt de aansprakelijkheidsnorm uit het

---

<sup>217</sup> Art. 4.1. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>218</sup> Bakker, *FIP* 2015/347, p. 24.

<sup>219</sup> Art. 4.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>220</sup> Art. 7.1. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>221</sup> Mulder, *TvI* 2015/5, p. 30. Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26 r.o. 3.8.3. m.nt. Van Andel.

<sup>222</sup> Mulder, *TvI* 2015/5, p. 30.

<sup>223</sup> Art. 8.1 onder (2), Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

Maclou- arrest.<sup>224</sup> Deze voor curatoren geldende norm heeft de Hoge Raad gebaseerd op ‘de bijzondere kenmerken van de taak van de curator’.<sup>225</sup> De aansprakelijkheidsnorm uit het Maclou-arrest komt volgens Beke & Wolterman voor de beoogd curator pas na zijn aanstelling als curator, dus na faillissement aan de orde.<sup>226</sup> In de stille voorbereidingsfase is de taak van de beoogd curator anders en beperkter dan die van de curator na faillissement.<sup>227</sup> De beoogd curator beheert geen vermogen en hij gaat ook geen nieuwe boedelschulden aan zoals de curator voor bijvoorbeeld de voortzetting van een failliete onderneming; hiervoor zal dus (anders dan voor de curator)<sup>228</sup> geen aansprakelijkheid kunnen bestaan.<sup>229</sup> De schuldenaar behoudt de beschikking en het beheer over zijn vermogen. Als de beoogd curator niet achter een bepaalde handeling of transactie van de schuldenaar staat, moet hij dat aan de schuldenaar kenbaar maken. Indien de schuldenaar zijn waarschuwing niet opvolgt, kan de beoogd curator zijn functie neerleggen.<sup>230</sup>

#### 2.6.4. Aansprakelijkheid voor nalaten<sup>231</sup>

De beoogd curator is geen adviseur van de schuldenaar en heeft geen formele bevoegdheden binnen de onderneming van de schuldenaar.<sup>232</sup> De schuldenaar verricht alle rechtshandelingen, en is en blijft verantwoordelijk voor de gang van zaken binnen zijn onderneming,<sup>233</sup> Insolad legt hier ook de nadruk op in de praktijkregels voor de beoogd curator en heeft eerdere bewoordingen in het concept van de praktijkregels die de indruk zouden kunnen geven dat de beoogd curator verantwoordelijk is voor de gang van zaken binnen de onderneming van de schuldenaar gewijzigd.<sup>234</sup>

Volgens Tollenaar zal de beoogd curator in beginsel zelf of namens de schuldenaar geen schade toebrengende handelingen verrichten en gaat het bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de beoogd curator dus voornamelijk om aansprakelijkheid voor de gedraging van een derde, te weten de schuldenaar. Er geldt in het algemeen een grotere mate van terughoudendheid bij

---

<sup>224</sup> HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (Maclou/Curatoren Van Schuppen): een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwheid en inzet verricht’. De Maclou-norm is verder uitgewerkt in HR 16 december 2011, *JOR* 2012/65 (Prakke/Gips) m.nt. I. Spinath.

<sup>225</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 206

<sup>226</sup> Beke & Wolterman, *Tvl* 2012/31, p. 4.

<sup>227</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 204.

<sup>228</sup> Zie bijv. Rb.Utrecht 17 maart 1999, *JOR* 1999/107 en Hof ’s Gravenhage 24 april 2001, *JOR* 2001/196. “In deze uitspraken, die betrekking hebben op voortzetting van de failliete onderneming door de curator, wordt onder verwijzing naar de Maclou-norm overwogen dat de curator deze norm overtreedt indien duidelijk is dat hij nieuwe boedelschulden aangaat in de wetenschap dat deze niet kunnen worden nagekomen” aldus Lemstra & Van der Weide, 2008, p. 167.

<sup>229</sup> Verstijlen, *NJB* 2014/803, p. 1103.

<sup>230</sup> Art. 8 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>231</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 206 par. 5.2.

<sup>232</sup> Art. 3.1 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>233</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 206.

<sup>234</sup> Bakker, *FIP* 2013/6, p. 24.

het aannemen van aansprakelijkheid voor schade die primair wordt veroorzaakt door een derde.<sup>235</sup>

Voor de aansprakelijkheid van de waarnemer (de beoogd curator) zijn dan een aantal factoren van belang, zoals de vraag of er een 'speciale relatie' bestaat met de benadeelde (een crediteur) of met de dader (de schuldenaar). Bestaat er geen 'speciale relatie' dan is voor aansprakelijkheid van de waarnemer vereist dat de ernst van het gevaar tot 'het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen' (subjectieve bewustzijn). Onvoldoende is dat de waarnemer zich van het gevaar 'bewust behoorde te zijn'. Daarnaast zijn andere factoren van belang, zoals de ernst van het gevaar, en de mogelijkheid van de waarnemer om in te grijpen.<sup>236</sup>

Volgens Tollenaar is er geen speciale relatie tussen de beoogd curator en de schuldenaar of de crediteuren waaruit een algemene verplichting tot zorg en oplettendheid voortvloeit.<sup>237</sup> De beoogd curator kijkt kritisch mee en behartigt de belangen van de gezamenlijke crediteuren.<sup>238</sup>

De beoogd curator is geen toezichthouder. Hiervoor ontbreken volgens Tollenaar de bij een toezichtstaak behorende bevoegdheden, zoals het het kunnen afdwingen van informatie of de schuldenaar kunnen dwingen om bepaalde handelingen wel of niet te verrichten.<sup>239</sup> Er zijn nu wel door Insolad regels toegevoegd die duidelijk maken dat de schuldenaar een informatieplicht heeft aan de beoogd curator.<sup>240</sup> Dit betekent dat onvoldoende medewerking van de schuldenaar een reden kan zijn voor de beoogd curator om zijn functie neer te leggen.<sup>241</sup> Ook volgens de rechtspraak is de medewerking van de schuldenaar niet vrijblijvend, en kan onvoldoende medewerking aanleiding geven tot het trekken van conclusies en zelfs leiden tot het uitspreken van het faillissement.<sup>242</sup>

Dit betekent volgens Tollenaar: "dat ter voorkoming van zijn aansprakelijkheid, van de beoogd curator betrekkelijk weinig kan worden verlangd. In beginsel zou voldoende moeten zijn dat de beoogd curator doet wat hij zonder risico bij machte is te doen; de schuldenaar aanwijzingen geven om het gevaar af te wenden, en indien de schuldenaar deze aanwijzingen niet opvolgt, terugtreden".<sup>243</sup> Juist omdat de beoogd curator geen formele bevoegdheden heeft, heeft het bestuur van insolad in artikel 8 van de concept praktijkregels beoogd curator vastgesteld in welke gevallen de beoogd curator kan terugtreden.<sup>244</sup>

---

<sup>235</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 206; HR 22 november 1974, *NJ* 1974/149 r.o. 5 (Broodbezorger-arrest).

<sup>236</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 207; HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136 m.nt. GJS (Kelderluik-arrest).

<sup>237</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 207.

<sup>238</sup> Art. 3.2. Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>239</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 207.

<sup>240</sup> Art. 5.1 en 5.2 (recent en onafhankelijk waarderingsrapport) Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>241</sup> Art. 8.1 (4) Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>242</sup> Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26 r.o. 3.8.3. m.nt. Van Anel.

<sup>243</sup> Tollenaar, *FIP* 2013/6, p. 207.

<sup>244</sup> Mulder, *Tvl* 2015/5, p. 34. Art. 8 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

### 2.6.5. Transparantie en verantwoording achteraf

Tijdens de stille voorbereidingsperiode zijn crediteuren en andere belanghebbende niet op de hoogte van de aanstelling van een beoogd curator, daarom is het belangrijk dat de beoogd curator achteraf transparant dient te zijn<sup>245</sup> en aan kan tonen dat de stille voorbereidingsfase zorgvuldig verlopen is om een zo gunstig mogelijke uitkomst te krijgen (opbrengstmaximalisatie).<sup>246</sup> Belangen van alle crediteuren moeten worden nagestreefd.<sup>247</sup>

Verkerk, Windt en Rozendal vinden dat, vooral in de gevallen waarin er in de voorfase geen transparantie was en schuldeisers en andere belanghebbende geen of beperkte mogelijkheden hebben gehad om rechtsmiddelen aan te wenden, er aan de verantwoording achteraf van de betrokken (beoogd) curator, hoge eisen moeten worden gesteld. Zij zien hierin 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. Eveneens zien zij een rol voor de rechter-commissaris om met name in gevallen waarin een transactie met een verbonden partij wordt voorbereid toe te zien op hoe de curator is omgegaan met eventuele verstrengeling van belangen.<sup>248</sup>

In artikel 9 van de praktijkregels beoogd curator is vastgelegd dat achteraf en binnen een paar dagen na het faillissement een uitgebreid verslag moet worden ingediend door de eenmaal benoemd curator. De (beoogd) curator moet in zijn verslag zo veel mogelijk informatie en transparantie geven over alle handelingen die verricht zijn tijdens de stille voorbereidingsperiode. Indien de stille voorbereidingsperiode eindigt voordat of zonder dat aan de schuldenaar surseance van betaling wordt verleend of de schuldenaar failliet wordt verklaard, dan brengt de beoogd curator schriftelijk verslag uit aan de stille rechter-commissaris.<sup>249</sup>

### **2.7 Mijn mening over de aansprakelijkheid van de beoogd curator in de huidige praktijk**

De beoogd curator is aangesteld op verzoek van de schuldenaar. De beoogd curator is vooral waarnemer, hij dient de belangen van de gezamenlijke crediteuren. De schuldenaar blijft beheer- en beschikkingsbevoegd. In de verhouding tussen de beoogd curator en de schuldenaar lijkt het mij vooral heel belangrijk dat de schuldenaar alle informatie die voor de beoogd curator van belang is om zijn taken goed te kunnen uitvoeren verstrekt aan de beoogd curator. De beoogd curator mag afgaan op de informatie die de schuldenaar verstrekt. De schuldenaar is zelf verantwoordelijk voor transacties of handelingen die hij tijdens de “stille voorbereidingsfase” verricht. Naar mijn mening is dit terecht omdat de beoogd curator geen zelfstandige bevoegdheden heeft. De beoogd curator kan de schuldenaar wel indien nodig aansturen en suggesties geven. Indien de schuldenaar zijn suggesties niet opvolgt, kan hij ter voorkoming van zijn aansprakelijkheid slechts zijn functie neerleggen. Ook indien de beoogd curator een oordeel geeft over pre-faillissementstransacties moet de schuldenaar er rekening mee houden dat na faillissement handelingen en rechtshandelingen opnieuw beoordeeld kunnen worden door de curator bij nieuwe informatie of bij nieuwe informatie of gewijzigde inzichten.

---

<sup>245</sup> Verkerk, Windt & Rozendal, 2014/40, p. 1 en p. 4.

<sup>246</sup> Beke & Wolterman 2012, p.4.

<sup>247</sup> Tollenaar *FIP* 2013/6, p. 208.

<sup>248</sup> Verkerk, Windt & Rozendal, 2014/40, par. 5, p. 11

<sup>249</sup> Art. 9 Praktijkregels beoogd curator <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/>. Bron laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

Naar mijn mening is dit terecht. De “stille voorbereidingsfase” is een korte periode, het is voor de beoogd curator een onmogelijke taak om alles te overzien en voorzien, daarom moet er een mogelijkheid zijn voor correcties na de faillietverklaring.

Beklamel aansprakelijkheid is een aansprakelijkheid die geldt voor bestuurders van een vennootschap. Indien de bestuurders van een vennootschap een transactie willen uitvoeren die kan leiden tot Beklamel aansprakelijkheid en de beoogd curator raakt daarvan op de hoogte dan zal hij de bestuurders van de vennootschap op schending van de Beklamel-norm moeten wijzen, omdat hij op dat moment wetenschap heeft van een feit dat het belang van een crediteur kan schaden. Indien de bestuurders geen gehoor geven aan de waarschuwing van de beoogd curator, zal de beoogd curator de rechtbank moeten verzoeken om hem van zijn taak te ontheffen. Hiermee voorkomt hij dat hij aansprakelijk kan worden gesteld door de crediteur die schade lijdt door schending van de Beklamel-norm door de bestuurders.

In zijn eindverslag na beëindiging van de “stille voorbereidingsfase” geeft de beoogd curator een overzicht van zijn bevindingen en legt hij verantwoording af over de handelingen en gemaakte keuzes tijdens de “stille voorbereidingsfase”. Na de faillietverklaring hebben de crediteuren dan de mogelijkheid om op basis van artikel 69 Faillissementswet tegen de voorgenomen activa-transactie op te komen en de rechter-commissaris te verzoeken de curator te bevelen deze niet uit te voeren.<sup>250</sup>

---

<sup>250</sup> Hurenkamp, p. 102; Tollenaar, *TvI* 2011/23, p. 4.

## Hoofdstuk 3 - Taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator volgens het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I

### 3.1 Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I

Het voorontwerp van het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I is op 22 oktober 2013 in consultatie gegeven door Minister Opstelten (Veiligheid en Justitie).<sup>251</sup> De consultatieperiode is geëindigd op 21 januari 2014. De afdeling advisering van de Raad van State heeft op 6 oktober 2014 advies uitgebracht over het voorontwerp van het wetsvoorstel. Het voorontwerp van het wetsvoorstel, en de Memorie van toelichting van het voorontwerp zijn vervolgens aangepast.

Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I<sup>252</sup> en de bijbehorende Memorie van toelichting<sup>253</sup> zijn op 4 juni 2015 bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>254</sup> Daarmee zijn ook het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State en het nader rapport d.d. 1 juni 2015 aangeboden aan de Koning door Minister van der Steur (Veiligheid en Justitie) openbaar geworden.<sup>255</sup>

Het gewijzigde wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I is op 21 juni 2016 aangenomen door de Tweede Kamer.<sup>256</sup> Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel zijn een aantal amendementen aangenomen.<sup>257</sup>

Het wetsvoorstel maakt deel uit van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht<sup>258</sup>. Het programma Herijking Faillissementswet bestaat uit drie pijlers: (i) faillissements-fraudebestrijding (fraude-pijler), (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven (reorganisatiepijler) en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure (moderniseringspijler). Dit wetsvoorstel is de eerste maatregel die de Minister van Veiligheid en Justitie wil invoeren binnen de tweede pijler versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven (reorganisatiepijler).<sup>259</sup> Binnen deze reorganisatiepijler volgen nog twee wetsvoorstellen: de Wet continuïteit ondernemingen II, een regeling betreffende de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement<sup>260</sup>, en de Wet continuïteit ondernemingen III, een regeling voor het proces en de procedure in de faillissementsfase.<sup>261</sup>

Met het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I wordt in de Faillissementswet een regeling ingevoerd waarbij de rechtbank de mogelijkheid krijgt om op verzoek van een schuldenaar al vóór een mogelijk faillissement of een waarschijnlijke verlening van surseance van betaling in stilte een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aan te wijzen ter

<sup>251</sup> [http://www.internetconsultatie.nl/wet\\_continuïteit\\_ondernemingen\\_i](http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i)

<sup>252</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 2 (voorstel van wet).

<sup>253</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 (MvT).

<sup>254</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 1.

<sup>255</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 4.

<sup>256</sup> *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>257</sup> *Handelingen II* 2015/16, 98, item 9.

<sup>258</sup> Dit wetgevingsprogramma is op 26 november 2012 door Minister Opstelten van Veiligheid en Justitie aangekondigd. *Kamerstukken II* 2012/13, 29911, 74.

<sup>259</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 3-4.

<sup>260</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 4.

<sup>261</sup> *Kamerstukken I* 2016/17, 34218, C (MvA).

bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen.<sup>262</sup> De minister benadrukt dat het wetsvoorstel betrekking heeft op een fase die vooraf gaat aan een dreigend faillissement (de stille voorbereidingsfase), het faillissement is dan nog niet uitgesproken. Het wetsvoorstel heeft nadrukkelijk geen betrekking op het proces en de procedure in de faillissementsfase of de doorstart (met of zonder toepassing van de “pre-pack methode”) die vanuit de faillissementsfase kan plaatsvinden. Die fase komt aan bod in de Wet continuïteit ondernemingen III.<sup>263</sup> Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I ziet volgens de minister dan ook niet op de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer wanneer er in faillissement een doorstart plaatsvindt, en bepaald ook niet onder welke voorwaarden een doorstart in faillissement kan plaatsvinden.<sup>264</sup> Deze zaken hebben betrekking op de faillissementsfase en komen aan de orde in het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen III.<sup>265</sup>

Het wetsvoorstel is momenteel in behandeling bij de Eerste kamer. De commissie voor Veiligheid en Justitie heeft besloten om de behandeling van het wetsvoorstel aan te houden in afwachting van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de *Estro/Smallsteps*zaak.<sup>266</sup> De rechtbank Midden-Nederland heeft prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie<sup>267</sup> over de toepassing van richtlijn 2011/23<sup>268</sup> bij pre-pack procedures. Kort samengevat gaat het om de vraag of er bij een pre-pack procedure sprake is van overgang van onderneming en of de regels van overgang van onderneming gelden bij een pre-pack. De beantwoording van deze vraag is van belang om te kunnen bepalen of werknemers hun rechten behouden bij een doorstart vanuit een pre-pack faillissement. Op 29 maart 2017 jl. heeft de advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Unie een conclusie genomen in de *Estro/Smallsteps*zaak.<sup>269</sup> Volgens de advocaat-generaal is de richtlijn 2011/23 wel van toepassing bij een pre-pack procedure en is er bij een pre-pack wel sprake van overgang van onderneming. Volgens artikel 3 en 4 van de richtlijn 2011/23 behouden werknemers bij overgang van onderneming of onderdelen van ondernemingen hun rechten. Artikel 5 lid 1 van de richtlijn 2011/23 geeft aan dat artikel 3 en 4 niet van toepassing zijn op een overgang van onderneming of een onderdeel van een onderneming indien de vervreemder verweekt is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. Op 22 juni 2017 jl. heeft het Europese Hof van Justitie uitspraak in deze zaak gedaan. Het Europese Hof oordeelt dat een pre-pack in deze zaak, niet kan worden beschouwd als een faillissementsprocedure die is gericht op liquidatie onder toezicht van een overheidsinstantie,

---

<sup>262</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.1 (MvT).

<sup>263</sup> *Kamerstukken I* 2016/17, 34218, C, p. 2-3 (MvA).

<sup>264</sup> *Kamerstukken I* 2016/17, 34218, C, p. 2-3 (MvA).

<sup>265</sup> *Kamerstukken I* 2016/17, 34218, C p. 2-3, 10, 12 (MvA).

<sup>266</sup> <http://www.eerstekamer.nl> ; zoek onder, kamerstukken, wetsvoorstellen, nummer wetsvoorstel 34218.

<sup>267</sup> Rb Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, *JOR* 2016/147, m.nt.

W.H.A.C.M. Brouwens.

<sup>268</sup> Richtlijn van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB 2001, L82).

<sup>269</sup> HvJ EU 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241.



waardoor de regeling omtrent overgang van onderneming van toepassing is.<sup>270</sup> De pre-pack in deze zaak beoogt volgens het hof als hoofddoel niet de liquidatie van de onderneming maar vooral de overdracht van de onderneming zodat de waarde van de onderneming en werkgelegenheid behouden blijven, oftewel een economisch en sociaal doel.<sup>271</sup> De omstandigheid dat de pre-pack tevens gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers brengt hierin geen verandering volgens het Hof.<sup>272</sup> Verder staat de pre-pack procedure volgens het hof in deze zaak niet onder toezicht van een overheidsinstantie<sup>273</sup> en heeft de pre-pack geen grondslag in de Nederlandse wet.<sup>274</sup> Uit deze rechtsoverwegingen van het Hof volgt dat een pre-pack in de Estro/Smallstepszaak niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1 van richtlijn 2001/23, zodat artikel 3 en 4 van de richtlijn van toepassing zijn.<sup>275</sup> Door deze uitspraak behouden werknemers hun rechten bij een doorstart vanuit een pre-pack faillissement.

De minister heeft eerder aangegeven dat hij ervan uit gaat dat richtlijn 2001/23 niet van toepassing is wanneer het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I als wet is aangenomen en een doorstart in faillissement volgens de Wet continuïteit ondernemingen I correct is toegepast.<sup>276</sup> Volgens deze uitspraak is de richtlijn 2001/23 wel van toepassing bij een doorstart vanuit een pre-pack faillissement. Het onderdeel van de Wet continuïteit ondernemingen I dat betrekking heeft op de pre-pack zal overeenkomstig de uitspraak van het Hof moeten worden aangepast. De commissie voor Veiligheid en Justitie heeft op 7 juni 2017 en op 5 juli 2017 jl. nadere vragen gesteld aan de minister over het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I in het kader van de uitspraak van het Hof van Justitie in de Estro/Smallstepzaak. De minister heeft toegezegd de nadere vragen van de commissie te beantwoorden na het zomerreces.<sup>277</sup>

Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I blijft naar mijn mening evengoed van grote waarde omdat de beoogd curator al betrokken wordt voor een dreigend faillissement. De beoogd curator heeft ook de mogelijkheid om zich voor te bereiden op een faillissement en het verkoop- en doorstartproces na faillissement te laten plaatsvinden. Hij blijft de mogelijkheid houden om die variant te kiezen die de hoogste opbrengst oplevert voor de gezamenlijke crediteuren.

Het wetsvoorstel zal worden opgenomen in een nieuwe titel IV “Buiten faillissement en surseance van betaling” van de Faillissementswet.<sup>278</sup>

### 3.1.1. Doel van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I sluit aan bij de praktijk die zich in de afgelopen jaren heeft ontwikkeld en nu reeds door acht van de elf rechtbanken wordt

---

<sup>270</sup> HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

<sup>271</sup> HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, r.o. 49 en r.o. 50.

<sup>272</sup> HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, r.o. 51.

<sup>273</sup> HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, r.o. 54 en r.o. 55.

<sup>274</sup> HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, r.o. 53.

<sup>275</sup> HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, r.o. 58.

<sup>276</sup> *Kamerstukken I* 2016/17, 34218, G, p. 6.

<sup>277</sup> <http://www.eerstekamer.nl> zoek onder, kamerstukken, wetsvoorstellen, nummer wetsvoorstel 34218.

<sup>278</sup> *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p.3 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 42 (MvT).



toegepast.<sup>279</sup> De rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg weigeren een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aan te wijzen omdat elke wettelijke basis ontbreekt.<sup>280</sup> Het wetsvoorstel beoogt de praktijk een juridisch kader te bieden met procedurevoorschriften over wanneer en hoe om de aanwijzing van een beoogd curator kan worden gevraagd, wanneer de rechtbank een verzoek kan inwilligen en welke voorwaarden de rechtbank aan een verzoek om een aanwijzing kan verbinden. Verder geeft het wetsvoorstel regels over taken en bevoegdheden van de betrokkenen. Het wetsvoorstel biedt ruimte aan de praktijk om zich verder te ontwikkelen.<sup>281</sup>

Faillissementen moeten waar mogelijk worden voorkomen, de huidige praktijk leert dat de aanwijzing van een beoogd curator er toe kan bijdragen dat voor de financiële problemen van een onderneming alsnog een oplossing buiten faillissement wordt gevonden.<sup>282</sup> De aanwijzing van een beoogd curator is dan ook omkeerbaar, dit houdt in dat de aanwijzing van een beoogd curator de schuldenaar niet verplicht om op termijn een aanvraag tot faillietverklaring in te dienen, de schuldenaar behoudt de vrijheid om een oplossing buiten faillissement te zoeken. De schuldenaar blijft na de aanwijzing van een beoogd curator beheers- en beschikkingsbevoegdheid.<sup>283</sup>

Indien een faillissement niet kan worden voorkomen, kan de ondernemer in overleg met de direct betrokkenen, onder het toezicht van de beoogd curator, in stilte de verkoop en doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen voorbereiden. Het doel van deze stille voorbereiding is de uit het faillissement voortvloeiende schade voor de betrokkenen (schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen) zoveel mogelijk beperken en de kansen op een maximale boedelopbrengst met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid vergroten. (de pre-pack).<sup>284</sup> Komt het uiteindelijk tot een faillissement dan kan de curator met toestemming van de rechter-commissaris direct na de faillietverklaring de voorbereide verkoop en doorstart effectueren.<sup>285</sup> Een verkoop aan één koper die daarmee een groot deel van de onderneming voortzet geeft veelal een hogere opbrengst dan een verkoop van afzonderlijke activa aan verschillende kopers. Werkgelegenheid kan dan vaak (deels) worden behouden en de levering aan afnemers kan worden gecontinueerd. Dit dient het maatschappelijk belang maar ook het financiële belang van de faillissementsboedel, door een beperking van loonvorderingen omdat werknemers in dienst treden bij de doorstarter. Verder worden claims vanwege schade bij afnemers beperkt wanneer de koper/doorstarter de levering aan afnemers kan voortzetten.<sup>286</sup>

Dit wetsvoorstel beoogt de “pre-pack” een uitdrukkelijke grondslag in de wet te bieden.<sup>287</sup> De Minister benadrukte al in het voorontwerp van het wetsvoorstel dat het wetsvoorstel een ruimere strekking heeft en niet alleen beoogt de “pre-pack” een uitdrukkelijke grondslag in de wet te

---

<sup>279</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.1 (MvT).

<sup>280</sup> Rb Maastricht 28 november 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY4595, *JOR* 2013/63, m.nt. J.J. van Hees.

<sup>281</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3 p.1-2 (MvT).

<sup>282</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 9 (MvT).

<sup>283</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 9 (MvT).

<sup>284</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 9-10 (MvT).

<sup>285</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 6 (MvT).

<sup>286</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 4 (MvT).

<sup>287</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 1 (MvT).

bieden. Ook in de Memorie van Toelichting van het definitieve wetsvoorstel benadrukt de Minister dit nogmaals. Het wetsvoorstel heeft juist tot doel om de “pre-pack praktijk” in te kaderen, en ervoor te zorgen dat “de pre-pack” niet wordt toegepast in gevallen waarvoor deze praktijk niet bedoeld is.<sup>288</sup> Het definitieve wetsvoorstel verduidelijkt wanneer een aanwijzing van een beoogd curator zou moeten plaatsvinden, wat de rol is van de beoogd curator en geeft aan hoe de beoogd curator daarbij wordt ondersteund door de rechtbank.<sup>289</sup> Ook is het toezicht van de rechter-commissaris op de beoogd curator in het wetsvoorstel vastgelegd. De taken en bevoegdheden van de beoogd curator hangen nauw samen met de taken en bevoegdheden van de rechtbank en de beoogd rechter-commissaris. Van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris wordt verwacht dat zij reeds tijdens de “stille voorbereidingsfase” waken over de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement.<sup>290</sup>

### 3.1.2. Voorwaarden voor aanwijzing van een beoogd curator

De schuldenaar kan ingevolge het wetsvoorstel door indiening van een verzoek bij de rechtbank om de aanwijzing van een beoogd curator vragen. Bij de indiening van zijn verzoek moet hij zich laten bijstaan door een advocaat.<sup>291</sup> De schuldenaar moet aannemenlijk maken dat “de stille voorbereidingsfase” een meerwaarde, bedoeld in artikel 363, eerste lid, derde zin, heeft ten opzichte van een regulier (onvoorbereid) faillissement. Hij moet inzicht geven in de door hem beoogde uitkomsten van de stille voorbereiding en aangeven welke effecten de stille voorbereiding zal hebben voor zijn schuldeisers en voor zijn werknemers.<sup>292</sup> Ook moet de schuldenaar aantonen dat er een reële kans is op een aanstaande faillietverklaring, maar dat hij niet al feitelijk in een faillissementstoestand verkeert. De schuldenaar moet nog in staat zijn om lopende en nieuwe betalingsverplichtingen te voldoen.<sup>293</sup> De schuldenaar moet alle relevante (financiële) informatie overleggen. Op dit moment wordt door verschillende rechtbanken gebruik gemaakt van een vragenlijst, die de schuldenaar moet invullen. Het landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseance van betaling (Recofa) dat ook periodiek de ‘*Richtlijnen voor faillissementen en surseance van betaling*’ vaststelt, gaat een landelijke vragenlijst ontwikkelen.<sup>294</sup>

Beslist de rechtbank posatief op het verzoek dan wijst zij “in stilte” een beoogd curator aan. Met in stilte wordt bedoeld dat de aanwijzing niet wordt gepubliceerd en ook niet wordt

<sup>288</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 3, 9, 28 (MvT).

<sup>289</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 2, 28 (MvT).

<sup>290</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 28 (MvT).

<sup>291</sup> Art. 363 *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, A, p. 4-(gewijzigd voorstel van wet), *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, .3, p.10, 43-44 (MvT).

<sup>292</sup> “Meerwaarde wordt geacht aanwezig te zijn indien kan worden aangetoond dat de voorbereiding de schade voor de betrokkenen bij het eventuele faillissement in zodanige mate kan beperken of de kans op een verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming na de eventuele faillietverklaring tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid in zodanige mate kan vergroten, dat dit opweegt tegen de omstandigheden dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt”. Art. 363, lid 1, *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, A, p.4, (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.45-46 (MvT).

<sup>293</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.11, 43-44 (MvT); Art. 363, lid 1 en 2, en art. 367, *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, A, p.4 en p.6 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>294</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, .3, p. 16, 17, 47-48 (MvT); Art. 363, lid 2, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 4 (gewijzigd voorstel van wet).

ingeschreven in het insolventieregister.<sup>295</sup> Tevens wijst de rechtbank dan een van haar leden aan als beoogd rechter-commissaris.<sup>296</sup>

De beoogd rechter-commissaris houdt toezicht op het functioneren van de beoogd curator. De beoogd curator doet van zijn bevindingen verslag aan de beoogd rechter-commissaris, en is verplicht alle door de beoogd rechter-commissaris gewenste inlichtingen te verschaffen.<sup>297</sup> In het voorontwerp van de Wet continuïteit ondernemingen I was nog niet uitdrukkelijk opgenomen dat de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt op het functioneren van de beoogd curator.<sup>298</sup> De schuldeisers hebben vanwege het besloten karakter van de “stille voorbereiding” niet de mogelijkheid om op te komen tegen een handeling van de curator bij de rechter-commissaris (zoals in faillissement via artikel 69 Fw). De beoogd rechter-commissaris heeft hierdoor een extra verantwoordelijkheid. De beoogd rechter-commissaris wordt in deze verantwoordelijkheid gesteund door de rechtbank, die in haar beschikking het doel van de “stille voorbereidingsfase” en het mandaat van de beoogd curator bepaalt.<sup>299</sup> In de Memorie van Toelichting is nu ook duidelijk aangegeven met welke middelen de rechter-commissaris kan ingrijpen indien de beoogd curator dreigt buiten het mandaat van de rechtbank te geraken. Zo kan de beoogd rechter-commissaris de beoogd curator bijsturen door de beoogd curator erop te wijzen dat voor het behartigen van de belangen van bepaalde schuldeisers nadere informatie van de schuldenaar noodzakelijk is, of inschakeling van deskundigen gewenst is.<sup>300</sup> Om de noodzaak van het inschakelen van een deskundige te benadrukken kan de beoogd rechter-commissaris de rechtbank verzoeken om aan de aanwijzing alsnog de voorwaarde te verbinden dat een deskundige ingeschakeld wordt.<sup>301</sup> Geeft de beoogd curator geen gevolg aan de aanwijzing van de beoogde rechter-commissaris of heeft de rechter-commissaris enige twijfel over het functioneren van de beoogd curator of het verloop van de “stille voorbereidingsfase” dan heeft hij de mogelijkheid om de rechtbank te verzoeken om de aanwijzing van de beoogd curator in te trekken, de beoogd curator te vervangen door een andere beoogd curator of een tweede (mede) beoogd curator te benoemen.<sup>302</sup>

De beoogd rechter-commissaris kan met de beoogd curator tijdens de “stille voorbereidingsfase” ook alvast afspraken maken over de te volgen procedure na de faillietverklaring. Indien in de “stille voorbereidingsfase” een doorstart is voorbereid dan is de toestemming van de beoogd rechter-commissaris, benoemd als rechter-commissaris in het faillissement, vereist voor het effectueren van de doorstart.<sup>303</sup>

---

<sup>295</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 11 (MvT).

<sup>296</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 11 (MvT); Art. 365, lid 1 *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 5 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>297</sup> Art. 365, lid 2 en 3, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 5; *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 23, 24 (MvT).

<sup>298</sup> Zie par. 2.2.4.4. pag. 22.

<sup>299</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 23-24 (MvT).

<sup>300</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 24 (MvT).

<sup>301</sup> Art. 363, lid 4, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 4 (gewijzigd voorstel van wet), *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 25 (MvT).

<sup>302</sup> Art. 366, lid 1 onder a en b, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 5 (gewijzigd voorstel van wet). *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 25 en p. 55 (MvT).

<sup>303</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 25 (MvT).

Meestal zal de beoogd rechter-commissaris worden aangewezen als rechter-commissaris in het faillissement. Er kunnen echter redenen aanwezig zijn waarom de rechtbank het noodzakelijk acht om een andere rechter-commissaris te benoemen.<sup>304</sup> Als redenen worden genoemd; een volledig mislukte “stille voorbereidingsfase” en een schijn van belangenverstrengeling.<sup>305</sup>

De rechtbank vermeldt in haar beslissing op het verzoek van de schuldenaar expliciet de ‘meerwaarde’ die de schuldenaar met de aanwijzing voor ogen heeft.<sup>306</sup> Hiermee is duidelijk waarop de aanwijzing van de beoogd curator is gebaseerd en bepaalt de rechtbank het mandaat van de beoogd curator.<sup>307</sup> De beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris moeten desalniettemin alert zijn op mogelijke andere eindscenario’s.<sup>308</sup> Verder moeten zij erop letten dat er ook daadwerkelijk “meerwaarde” is, zoals de rechtbank die als uitgangspunt heeft genomen om de schuldenaar tot de “stille voorbereidingsfase” toe te laten. Indien er twijfels zijn over “de meerwaarde” kunnen de beoogd curator en/of de rechter-commissaris de rechtbank vragen dit nog eens te toetsen. Indien er niet langer sprake is van voldoende meerwaarde moet de “stille voorbereidingsfase” worden beëindigd.<sup>309</sup> Als de beoogd curator constateert dat er een “andere meerwaarde” is die beter is voor de schuldeisers, dan de bij de indiening van het verzoek door de schuldenaar aangegeven meerwaarde, dan is het volgens de Memorie van toelichting, de taak van de beoogd curator om erop toe te zien dat het voorbereidingstraject hierop wordt bijgesteld.<sup>310</sup> Als voorbeeld wordt genoemd; indien de schuldenaar als meerwaarde een doorstart uit faillissement beoogt en deze doorstart niet mogelijk blijkt tijdens de “stille voorbereidingsfase”. Een stille voorbereiding van het faillissement kan dan alsnog bijdragen aan een beperking van de uit het faillissement voortvloeiende schade voor de schuldeisers en andere betrokkenen.<sup>311</sup> Doordat de onderneming van de schuldenaar niet abrupt in een faillissement terecht komt, kan dit schade bij schuldeisers en andere betrokkenen beperken.<sup>312</sup> Met schade voor “de betrokkenen” wordt niet alleen financiële schade maar ook andere schadevormen en maatschappelijke schade bedoelt, zoals bijvoorbeeld het verlies van specifieke kennis of kunde.<sup>313</sup> Maatschappelijke belangen mogen meegewogen worden bij de toewijzing van een beoogd curator, maar mogen niet prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>314</sup>

De rechtbank kan zowel aan de aanwijzing van een beoogd curator als aan de verlenging van de termijn, voorwaarden verbinden ter verwezenlijking van het met de aanwijzing beoogde doel; ter versterking van de positie van de beoogd curator of ter behartiging van de belangen van de

---

<sup>304</sup> Artt. 14a, 215, lid 3 en 223a lid 2, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, .A (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, .3, p.25 (MvT).

<sup>305</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 25 (MvT).

<sup>306</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.13, 24 (MvT); Art. 363, lid 2, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, .A, p. 4 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>307</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, .3, p. 13 (MvT); Art. 364, lid 1, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 4 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>308</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, .3, p. 13 (MvT).

<sup>309</sup> Art. 366, lid 1, onder a, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 5 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 13-14 (MvT).

<sup>310</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 13-14 (MvT).

<sup>311</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 13 (MvT).

<sup>312</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 13 (MvT).

<sup>313</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 46 (MvT).

<sup>314</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 46 (MvT).

werknemers van de schuldenaar.<sup>315</sup> De rechtbank moet als voorwaarde stellen dat de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging (onder geheimhouding) wordt betrokken bij de “stille voorbereidingsfase” tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet.<sup>316</sup> Een andere optie is het betrekken van vakbonden van werknemers. De vakbonden kunnen dan optreden als behartiger van de belangen van de werknemers. Dit voorkomt juridische procedures door de vakbonden achteraf.<sup>317</sup>

Indien het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator wordt gedaan ter voorbereiding van een doorstart, en er is op dat moment maar één doorstartkandidaat, dan kan de rechtbank als voorwaarde stellen, dat ná faillietverklaring eerst een publieke vooraankondiging wordt gedaan van de doorstart. Na deze aankondiging krijgen schuldeisers en andere gegadigden voor een doorstart de mogelijkheid om binnen een termijn op de voorbereide doorstart te reageren.<sup>318</sup> Indien andere overnamekandidaten een beter bod doen na de publieke vooraankondiging zal er een heronderhandeling moeten plaatsvinden aldus de Minister.<sup>319</sup> Het stellen van deze voorwaarde is vooral van belang bij een doorstart met een “gelieerde partij”. Duidelijk moet zijn dat er geen potentiële kandidaten over het hoofd zijn gezien, en dat met de verkoop het hoogst haalbare resultaat is bereikt. Volledige transparantie rondom de doorstart uit faillissement is nodig om risico op misbruik van het faillissementsrecht te voorkomen.<sup>320</sup>

Verder kan de rechtbank aan de aanwijzing van de beoogd curator de voorwaarde van zekerheidsstelling van betaling van het salaris van de beoogd curator en de kosten van door de beoogd curator geraadpleegde derden verbinden.<sup>321</sup>

Indien de schuldenaar een vennootschap is, valt de beslissing om bij de rechtbank een verzoek in te dienen tot aanwijzing van een beoogd curator binnen de bevoegdheden van het bestuur. Het bestuur behoeft voor het indienen van dit verzoek geen goedkeuring van de Algemene Vergadering (AV).<sup>322</sup> Ondernemingen hebben de statutaire en reglementaire vrijheid om via statuten of andere rechtsgeldige reglementen zelf te bepalen of en op welke wijze de aandeelhouders worden betrokken bij de stille voorbereiding van een faillissement.<sup>323</sup> Het bestuur behoeft wel goedkeuring van de raad van commissarissen (RvC), indien die er is, voordat zij een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator kan indienen.<sup>324</sup>

---

<sup>315</sup> Art. 363, lid 4, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, .A, p. 4 (gewijzigd voorsel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, .3, p. 50 (MvT).

<sup>316</sup> Art. 363, lid 4, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A. p. 4 (gewijzigd voorstel van wet), *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, 9 (amendement van de leden Recourt en Tanamal).

<sup>317</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.14 (MvT).

<sup>318</sup> Art. 363, lid 4, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A. p. 4 (gewijzigd voorstel van wet), *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.14 en 15 (MvT);

<sup>319</sup> *Kamerstukken I* 2016/17, 34218, C, p. 11 (MvA).

<sup>320</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.15. (MvT);

<sup>321</sup> Art. 363, lid 5, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 4 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.16, 50 (MvT);

<sup>322</sup> Art. 363, lid 6, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 4 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 30-31, p. 50-51 (MvT).

<sup>323</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, 8 (amendement van het lid van Wijngaarden).

<sup>324</sup> Artikel II, onderdeel B, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 7 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 60 (MvT).

### 3.1.3. Termijn

Aan de aanwijzing verbindt de rechtbank een termijn van ten hoogste twee weken. Deze termijn kan de rechtbank op verzoek van de schuldenaar verlengen of voortijdig beëindigen wanneer daar naar het oordeel van de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris, de schuldenaar of één of meer bij het voorbereidingstraject betrokken schuldeisers redenen toe zijn.<sup>325</sup> De aanwijzing eindigt van rechtswege door verstrijken van de geldende termijn of door faillietverklaring van de schuldenaar of verlening van voorlopige surseance van betaling aan de schuldenaar.<sup>326</sup> Eindigt de aanwijzing door faillietverklaring van de schuldenaar of verlening van voorlopige surseance van betaling, dan zal de rechtbank de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aanstellen als curator/bewindvoerder en rechter-commissaris, tenzij de rechtbank redenen heeft om door gewijzigde omstandigheden een andere curator of andere rechter-commissaris te benoemen.<sup>327</sup>

### **3.2 Taken beoogd curator volgens het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I**

De beoogd curator wordt (als toekomstig beheerder en vereffenaar van de failliete boedel)<sup>328</sup> ter verwezenlijking van de meerwaarde die de rechtbank in haar beschikking vermeldt betrokken bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement en behartigt daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar.<sup>329</sup> De beoogd curator moet ook rekening houden met de belangen van de schuldenaar (geheimhoudingsplicht),<sup>330</sup> en met belangen van maatschappelijke aard.<sup>331</sup> Volgens de Memorie van Toelichting verschilt de taak van de beoogd curator in die zin dus niet met die van de curator in faillissement.<sup>332</sup> De Memorie van Toelichting geeft aan dat, volgens de bestaande jurisprudentie “de curator bij zijn taakuitoefening in faillissement maatschappelijke belangen mag meewegen, maar dat dit niet betekent dat deze –waar sprake is van conflicterende belangen – voorrang zouden mogen krijgen op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.”<sup>333</sup> De beoogd curator moet, net als de curator in faillissement, erop toe zien dat de belangen van maatschappelijke aard – bij conflicterende belangen - niet gaan prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>334</sup> Constateert de beoogd curator dat een andere uitkomst dan bij de aanvraag was beoogd, beter is voor de schuldeisers, dan is het zijn taak om erop toe te zien dat het

---

<sup>325</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.13, 49, 56 (MvT); Artt. 363, lid 3 en 366, lid 1 onder a, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, .A, p.4 en 5 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>326</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.12 (MvT), Art. 366, lid 2, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p.5 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>327</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.12, 40-41 (MvT), Artt. 14a, 215, lid 3, en 223a lid 2, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, .A, p. 2 en 3 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>328</sup> Art. 68, lid 1 Fw, *Kamerstukken II* 2014/15, 3, p.17 (MvT).

<sup>329</sup> Art. 364, lid 1, *Kamerstukken I* 2015/16, A, p. 5 (gewijzigd voorstel van wet), *Kamerstukken II* 2014/15, .3, p.17 en p. 52 (MvT).

<sup>330</sup> Art. 364, lid 5, *Kamerstukken I* 2015/16, A, p.5 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>331</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 3, p.17 (MvT).

<sup>332</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.17 (MvT).

<sup>333</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 46 (MvT), HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472, r.o. 3.5, m.nt. W.M. Kleijn (Sigmanon II); HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (Macclou); HR 19 december 2003, *NJ* 2004/293, r.o. 3.5.1. en 3.5.2. m.nt. P. van Schilfgaarde (Mobell/Interplan); HR 19 december 2011, *NJ* 2012/515 (Prakke/Gips). Zie ook Spinath 2007, p. 105 en Melissen 2011, p. 294.

<sup>334</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 46 (MvT).

voorbereidingstraject wordt bijgesteld of zelfs zal moeten worden beëindigd.<sup>335</sup> De beoogd curator kan de rechtbank dan vragen om “de meerwaarde” waarop zijn aanwijzing is gebaseerd nogmaals te toetsen, en indien noodzakelijk “de meerwaarde” bij te stellen of het voorbereidingstraject te beëindigen.<sup>336</sup>

Door zijn eerdere betrokkenheid kan de beoogd curator beginnen met de werkzaamheden die hij gewoonlijk pas na de faillietverklaring zou kunnen verrichten. Hij laat zich informeren over de financiële situatie van de onderneming en bestudeert en analyseert deze informatie.<sup>337</sup>

Hij brengt het personeelsbestand in kaart.<sup>338</sup> De beoogd curator is alert op onregelmatigheden die zouden kunnen duiden op faillissementsfraude of misbruik van het faillissementsrecht.<sup>339</sup> Volgens de Memorie van Toelichting is hij echter “geen toezichthouder in de gebruikelijke betekenis van het woord; dat wil zeggen als een door de overheid aangestelde functionaris die tot taak heeft toe te zien op naleving van wet- en regelgeving”. De beoogd curator hoeft niet alle transacties of handelingen van de schuldenaar te beoordelen en goed te keuren.<sup>340</sup> De beoogd curator hoeft geen oordeel te geven over pre-faillissementstransacties.<sup>341</sup> Hij kijkt kritisch mee, en zo nodig geeft hij met het oog op de belangen die hij behartigt aanwijzingen aan de schuldenaar. Indien de schuldenaar de aanwijzingen van de beoogd curator niet opvolgt, kan deze de rechtbank verzoeken om zijn aanwijzing in te trekken.<sup>342</sup>

Bij een aanwijzing om de kansen op een doorstart uit faillissement te vergroten, is het de taak van de beoogd curator om te controleren welke acties de schuldenaar al ondernomen heeft en welke vervolgacties er worden gezet. De beoogd curator is actief betrokken bij de marktverkenning, en ziet erop toe dat er actief wordt gezocht naar potentiële overnamekandidaten. Hij streeft naar een reële verkoopprijs.<sup>343</sup> Hierbij maakt hij een afweging aangaande de effecten van een eventuele doorstart zullen zijn voor de betrokkenen in het mogelijk aanstaande faillissement. De beoogd curator is geen adviseur van de schuldenaar. De schuldenaar moet zich bij laten staan door een eigen advocaat en financieel adviseurs.<sup>344</sup>

Verder is de schuldenaar verplicht om de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle belangrijke informatie te verstrekken. De beoogd curator kan, met toestemming van de schuldenaar, derden om informatie vragen of deskundigen vragen onderzoek te verrichten.<sup>345</sup>

---

<sup>335</sup> Art. 366, lid 1, onder a *Kamerstukken I* 2015/16, .A (gewijzigd voorstel van wet), *Kamerstukken II* 2014/15, .3, p.13-14, 48 (MvT).

<sup>336</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 14 en p. 48 (MvT).

<sup>337</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 17 (MvT).

<sup>338</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 17 (MvT).

<sup>339</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.17-18, 21 (MvT).

<sup>340</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.18 (MvT).

<sup>341</sup> zie par. 2.2.4.2. (betreft. art. 365 lid 2 voorontwerp); *Kamerstukken II* 2014/15, 2, p. 52-53 (MvT),

<sup>342</sup> Art. 366 lid 1 onder a, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 5 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218,3, p. 18 (MvT). Zie par. 3.3. In het voorontwerp voor een wetsvoorstel werd nog gesproken over “de ontheffing van de beoogd curator” door opmerkingen van Insolad in de consultatie is ervoor gekozen om deze te vervangen door de meer neutrale term “intrekking van de aanwijzing”. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 56 (MvT).

<sup>343</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 18 (MvT).

<sup>344</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 19 (MvT).

<sup>345</sup> Art. 364, lid 3 en 4, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218,A, p. 4 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.19, 54 (MvT).

De schuldenaar speelt een belangrijke rol in de informatievoorziening voor de beoogd curator.<sup>346</sup> Het is echter in zijn eigen belang dat hij alle relevante informatie verstrekt. Hier kom ik nog op terug in de volgende paragraaf 3.3.

De beoogd curator fungeert als informant voor de rechtbank en wordt gehoord door de rechtbank voordat de rechtbank beslissingen neemt<sup>347</sup> over de verlenging van de aanwijzing,<sup>348</sup> de intrekking van de aanwijzing, of de vervanging van de beoogd curator door een ander of toevoeging van één of meer beoogd medecuratoren.<sup>349</sup> De rechtbank kan ter versterking van de positie van de beoogd curator als voorwaarde stellen dat de schuldenaar akkoord moet gaan met de inschakeling van deskundigen. Ook kan de rechtbank ter versterking van de positie van de beoogd curator een of meer beoogd medecuratoren aanwijzen.<sup>350</sup>

Hoewel dit niet het primaire doel van de aanstelling van de beoogd curator is, kan de aanstelling van de beoogd curator wel een bijdrage leveren aan het bestrijden van faillissementsfraude of aan het voorkomen van misbruik van het faillissementsrecht omdat hij nu al voor de faillietverklaring betrokken wordt.<sup>351</sup> Constateert de beoogd curator in de “stille voorbereidingsfase” dat er door het bestuur of de feitelijk leidinggevende van de door de schuldenaar gedreven onderneming rechtshandelingen zijn verricht die aangemerkt kunnen worden als een “faillissementspauliana” of dat door het bestuur of door de feitelijk leidinggevende van de door de schuldenaar gedreven onderneming in het verzoek tot aanwijzing onjuiste informatie is verstrekt, dan kan hij de rechtbank verzoeken om zijn aanwijzing in te trekken.<sup>352</sup> Deze voorkennis biedt hem als curator in faillissement de mogelijkheid doortastend te handelen. De curator kan de gewraakte rechtshandelingen in faillissement terugdraaien door het instellen van een “actio pauliana” op basis van artikel 42 Fw.<sup>353</sup> Is door het bestuur of door de feitelijk leidinggevende van de door de schuldenaar gedreven onderneming in het verzoek tot aanwijzing onjuiste informatie verstrekt, en heeft dit ertoe geleid dat de schuldenaar onterecht is toegelaten tot de “stille voorbereidingsfase”, dan heeft de curator de mogelijkheid in het daarop volgende faillissement deze personen aansprakelijk te stellen voor de hieruit voortvloeiende schade. Ook kan hij de rechter verzoeken de betreffende personen (op basis van artikel 106a, eerste lid, onderdeel f, Fw.) een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen, aldus de Memorie van Toelichting.<sup>354</sup>

Uiterlijk binnen zeven dagen na het einde van zijn aanstelling dient de beoogd curator verslag te doen van zijn bevindingen in de periode van zijn aanwijzing.<sup>355</sup> Dit eindverslag ligt ter inzage

<sup>346</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 19 (MvT).

<sup>347</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 17 (MvT).

<sup>348</sup> Art. 363, lid 3, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 4 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>349</sup> Art. 366, lid 1, onder a en b, *Kamerstukken I* 2015/16, A, p. 5 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>350</sup> Art. 363, lid 4 en 366, lid 1, onderdeel b, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 22 (MvT).

<sup>351</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 21 (MvT).

<sup>352</sup> Art. 366, lid 1, onder a *Kamerstukken I* 2015/16, A (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>353</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 21 (MvT).

<sup>354</sup> Artikelen II en III *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 7 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 21, 48-49, 60 (MvT); *Kamerstukken* 34011, de wet civielrechtelijk bestuursverbod is op 1 juli 2016 in werking getreden *Stb.* 2016, 153.

<sup>355</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 12, en p. 58 (MvT); Art. 366, lid 3, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 6 (gewijzigd voorstel van wet).



bij de griffie van de rechtbank, maar niet dan nadat de schuldenaar failliet is verklaard of nadat hem surseance van betaling is verleend.<sup>356</sup> Dit betekent dat indien de “stille voorbereidingsfase” eindigt omdat de schuldenaar erin is geslaagd buiten faillissement een oplossing te vinden voor zijn financiële problemen, het eindverslag niet openbaar zal worden gemaakt.<sup>357</sup>

### **3.3 Bevoegdheden beoogd curator volgens het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I**

De beoogd curator is onafhankelijk, hij is niet gehouden instructies op te volgen van de schuldenaar, of van schuldeisers van de schuldenaar.<sup>358</sup> De beoogd curator kan echter geen handelingen verrichten en ook geen inlichtingen vragen of een deskundige vragen onderzoek te verrichten zonder toestemming van de schuldenaar. De beoogd curator deelt de verkregen informatie niet met anderen dan de beoogd rechter-commissaris of de rechtbank dan nadat hij daarvoor toestemming heeft verkregen van de schuldenaar.<sup>359</sup> De schuldenaar blijft beheers- en beschikkingsbevoegd.<sup>360</sup>

De schuldenaar is wel verplicht de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle informatie te verstrekken die de beoogd curator nodig heeft bij de uitoefening van zijn taken of waarvan de schuldenaar weet of behoort te begrijpen dat deze informatie voor de beoogd curator van belang is.<sup>361</sup> Zoals in de vorige paragraaf reeds aangegeven is het in de schuldenaar zijn eigen belang dat hij alle relevante informatie verstrekt aan de beoogd curator. De beoogd curator wordt benoemd op verzoek van de schuldenaar, met als doel; een aanstaande faillissement en eventuele doorstart voor te kunnen bereiden. Het is gebruikelijk dat de beoogd curator, curator wordt in het faillissement en zal moeten beslissen of hij uitvoering kan geven aan hetgeen voor de faillietverklaring is voorbereid en indien van toepassing of hij zijn medewerking kan verlenen aan een doorstart.<sup>362</sup> Daarbij heeft de beoogd curator de bevoegdheid om de rechtbank te verzoeken om intrekking van zijn aanwijzing als beoogd curator, indien hij belemmert wordt in zijn taakuitoefening. Indien nog steeds voldaan wordt aan de voorwaarden voor aanwijzing, kan de rechtbank een andere beoogd curator aanwijzen, of een of meer beoogd medecuratoren aanwijzen.<sup>363</sup> Dit betekent niet dat de beoogd curator niet meer kan worden aangesteld als curator. Hij kan door de rechtbank door de kennis en ervaring die hij heeft opgedaan als beoogd curator juist worden gezien als zeer geschikt als curator in het faillissement. Het is dus belangrijk voor de schuldenaar om alle medewerking te verlenen aan de beoogd curator.<sup>364</sup>

---

<sup>356</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 12, en p. 58 (MvT); Art. 366, lid 4 en 5, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 5 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>357</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.12 (MvT).

<sup>358</sup> Art. 364 lid 2, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 5 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.19, 53 (MvT).

<sup>359</sup> Art. 364 lid 4 en 5 *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, A, p. 5 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 19-20, 54 (MvT).

<sup>360</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 19 (MvT).

<sup>361</sup> Art. 364 lid 3, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 5 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 19 en p. 54 (MvT).

<sup>362</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 20, 22 (MvT).

<sup>363</sup> Art. 366 lid 1, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A, p. 5 (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, A, p. 20, 57 (MvT).

<sup>364</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 20, 57 (MvT).

### 3.4 Aansprakelijkheid beoogd curator volgens het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I

Van de beoogd curator wordt verwacht dat hij reeds tijdens de “stille voorbereidingsperiode” waakt over de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement.<sup>365</sup> De rechtbank wijst de beoogd curator aan en bepaalt het mandaat van de beoogd curator in haar beschikking.<sup>366</sup> De beoogd curator hoeft geen instructies van de schuldenaar op te volgen.<sup>367</sup> De beoogd curator is geen prestaties aan de schuldenaar verschuldigd behalve geheimhouding.<sup>368</sup>

#### 3.4.1. Persoonlijke aansprakelijkheid

De beoogd curator wordt vooral een observerende rol toebedeeld. Hij is geen toezichthouder en ook geen adviseur van de schuldenaar.<sup>369</sup> De beoogd curator hoeft niet alle transacties of handelingen van de schuldenaar te beoordelen en goed te keuren. In het voorontwerp was nog een bepaling opgenomen (art. 365, lid 2), die de schuldenaar de mogelijkheid gaf om de beoogd curator te verzoeken zich uit te laten over pre-faillissementstransacties of handelingen. Om diverse redenen waaronder het risico op latere aansprakelijkheidsclaims is besloten deze bepaling niet op te nemen in het wetsvoorstel.<sup>370</sup> Dit vind ik terecht, het is voor de beoogd curator een onmogelijke taak om alles te overzien en voorzien. Er kunnen zich na de faillietverklaring nog omstandigheden voordoen, waardoor de curator toch niet akkoord kan gaan met een eerder door de schuldenaar bereikte activatransactie, doordat zich bijvoorbeeld andere overnamekandidaten melden die voor de overname van de activa een hogere prijs willen betalen.<sup>371</sup> Na de faillietverklaring wordt het pas definitief of de activatransactie door kan gaan en onder welke voorwaarden dit zal plaatsvinden. Zoals ook aangegeven in de Memorie van Toelichting heeft de beoogd curator in de “stille voorbereidingsfase” geen enkele wettelijke bevoegdheid om de schuldenaar of zijn vermogen te binden.<sup>372</sup>

#### 3.4.2. Toezicht door de beoogd rechter-commissaris

De beoogd curator is verantwoording verschuldigd aan de beoogd rechter-commissaris. De beoogd rechter-commissaris houdt toezicht op de beoogd curator.<sup>373</sup> Hiermee wordt het gebrek aan transparantie tijdens de “stille voorbereidingsfase” gecompenseerd.<sup>374</sup> Ook in een eventuele faillissement staat de curator onder toezicht van de rechter-commissaris. Voor alle onderhandse transacties die de curator in faillissement zou willen verrichten, heeft hij eerst toestemming nodig van de rechter-commissaris.<sup>375</sup>

---

<sup>365</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 7, 52. (MvT).

<sup>366</sup> Art. 363 lid 2 en art. 364 lid 1, *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet); *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 7, 52. (MvT).

<sup>367</sup> Art. 364 lid 2, *Kamerstukken* 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>368</sup> Art. 364, vijfde lid, *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>369</sup> Zie paragraaf 3.2.

<sup>370</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.53 (MvT).

<sup>371</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 35 (MvT).

<sup>372</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 34 (MvT).

<sup>373</sup> Art. 365 lid 2 en lid 3, *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>374</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.55 (MvT).

<sup>375</sup> Art. 101, lid 1 en art. 176 Fw.

De voorbereidingsfase vindt in stilte plaats, hierdoor hebben de schuldeisers, anders dan in faillissement, niet de mogelijkheid de rechter-commissaris via artikel 69 Fw te vragen in te grijpen in het beleid van de beoogd curator. De schuldeisers moeten erop kunnen vertrouwen dat de beoogd curator ingrijpt wanneer de schuldenaar het voorbereidingstraject een kant op stuurt die niet in hun belang is, vervolgens is het de taak van de rechter-commissaris om erop toe te zien dat de beoogd curator dit ook daadwerkelijk doet. Dit brengt volgens de Memorie van Toelichting mee dat er op de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris een grotere verantwoordelijkheid rust dan op de curator en de rechter-commissaris in faillissement.<sup>376</sup>

Naar mijn mening is de taak van de beoogd curator in het gewijzigde wetsvoorstel zoals hiervoor uiteengezet, anders en beperkter dan de taak van de curator. De schuldenaar blijft beheers- en beschikkingsbevoegd. De schuldenaar blijft verantwoordelijk voor zijn eigen handelen, en wordt tijdens de “stille voorbereidingsfase” bijgestaan door zijn eigen advocaat<sup>377</sup>. De beoogd curator beheert dus geen vermogen en gaat geen boedelschulden aan (voor bijvoorbeeld voortzetting van de onderneming) zoals de curator in faillissement,<sup>378</sup> hiervoor zal dus – anders dan voor de curator – geen persoonlijke aansprakelijkheid kunnen bestaan.<sup>379</sup>

Verder zijn er in het wetsvoorstel een aantal wijzigingen ingevoerd die de positie van de schuldeisers versterken. Zoals de mogelijkheid voor de rechtbank om bij de faillietverklaring (indien de beoogd rechter-commissaris of de beoogd curator daar aanleiding toe zien) een voorlopige commissie van schuldeisers in te stellen.<sup>380</sup> Door het aangenomen amendement van de leden Recourt en Tanamal is daar aan toegevoegd dat indien een voorlopige commissie van schuldeisers wordt ingesteld bij de faillietverklaring er ook een vertegenwoordiger van de werknemers benoemd moet worden als lid van de voorlopige commissie van schuldeisers (ingeval bij de onderneming een ondernemingsraad of een personeelsvertegenwoordiging is ingesteld).<sup>381</sup> Deze voorlopige commissie heeft de taak de curator te adviseren over bijvoorbeeld de verkoop van activa en een eventuele doorstart.<sup>382</sup> De schuldeisers krijgen hiermee de gelegenheid om nog invloed uit te oefenen op de besluitvorming door de curator en de rechter-commissaris. Ook worden door het benoemen van een vertegenwoordiger van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging als lid van de voorlopige commissie de belangen van de werknemers beter beschermd. Hierdoor wordt de mogelijke aansprakelijkheid van de beoogd curator en rechter-commissaris naar mijn mening weer verkleind.

#### 3.4.3. Aansprakelijkheid volgens Insolad

Insolad pleit in een brief aan de Tweede Kamer met commentaar op het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I voor een uitdrukkelijke bepaling in de wet dat de beoogd curator niet aansprakelijk is voor handelingen die het bestuur van de onderneming van de schuldenaar tijdens de “stille voorbereidingsfase” verricht. Ook geeft Insolad in deze brief aan dat de beoogd curator in artikel 2:138/248-7 BW en de corresponderende bepalingen onder de anti-

<sup>376</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.7, p. 17 en p. 52 (MvT).

<sup>377</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 38 (MvT).

<sup>378</sup> Zie par. 2.6.3.

<sup>379</sup> Zie par. 2.5.4.

<sup>380</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 22 (MvT).

<sup>381</sup> *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, 9 (amendement van de leden Recourt en Tanamal); artikel 14a, onderdeel E *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A. p. 2-3 (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>382</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 2-3, 22, 42 (MvT).

misbruikwet, naast de bewindvoerder van aansprakelijkheid als beleidsbepaler zou dienen te worden uitgesloten.<sup>383</sup>

Naar mijn mening is dit terecht, de beoogd curator heeft zelfs minder bevoegdheden dan de bewindvoerder bij surseance. De schuldenaar blijft immers tijdens de “stille voorbereidingsfase” beheers- en beschikkingsbevoegd. Bij surseance is de schuldenaar niet meer bevoegd over de boedel te beschikken zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder.<sup>384</sup> Het lijkt me daarom logisch dat de beoogd curator van aansprakelijkheid als beleidsbepaler dient te worden uitgesloten. De beoogd curators invloed op het beleid is beperkt, hij kan de schuldenaar niet dwingen.

#### 3.4.4. Verantwoording achteraf

Na beëindiging van de aanwijzing brengt de beoogd curator binnen zeven dagen een eindverslag uit van zijn bevindingen.<sup>385</sup> Het verslag wordt pas openbaar gemaakt nadat de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard of hem surseance van betaling is verleend.<sup>386</sup> Met dit eindverslag verantwoordt de beoogd curator achteraf zijn eigen handelen in de “stille voorbereidingsfase”, en geeft hij derden en in het bijzonder aan de schuldeisers openheid van zaken.<sup>387</sup> Voor de inhoud van het verslag verwijst de Memorie van Toelichting naar de praktijkregels beoogd curator van Insolad.<sup>388</sup>

De Minister geeft in de Memorie van Toelichting aan dat duidelijkheid over de rol van de beoogd curator van belang is voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de advocaat die door de rechtbank wordt aangewezen als beoogd curator.<sup>389</sup> Er is nu nog geen duidelijkheid of het werk van een beoogd curator wordt gedekt door de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van advocaten.<sup>390</sup>

---

<sup>383</sup> Brief aan de leden van de Tweede Kamer inzake wetsvoorstel WCO I, p. 6, <http://www.insolad.nl/publicaties.html>. Zie insolad adviezen, 2015-09-03 Advies aan Min. v. V en J inzake wetsvoorstel WCO I (34218). Laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>384</sup> Zie art. 228, lid 1 Fw.

<sup>385</sup> Art. 366 lid 3, *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>386</sup> Art. 366 lid 4, *Kamerstukken II* 2015/16, 34218, A (gewijzigd voorstel van wet).

<sup>387</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.54, 58 (MvT).

<sup>388</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 58 (MvT); Praktijkregels beoogd curator, <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/> Laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

<sup>389</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p.2, noot 4.

<sup>390</sup> Van Zanten, *Tvl* 2015/35, p. 226.

## Hoofdstuk 4 - Conclusie

De onderzoeksvraag van deze scriptie is:

*Zijn de taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator in het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I op zodanige wijze geregeld dat met het wetsvoorstel een nuttige bijdrage kan worden geleverd aan de “stille voorbereidingsfase” bij een dreigend faillissement zoals men die thans in de praktijk onderscheidt?*

In hoofdstuk 1 heb ik uitleg gegeven over de figuur/terminologie van de beoogd curator en zijn benoeming in de huidige praktijk. In hoofdstuk 2 heb ik uiteengezet hoe in de huidige praktijk wordt omgegaan met de taken en de bevoegdheden van de beoogd curator, en onder welke omstandigheden de beoogd curator volgens de huidige praktijk aansprakelijk kan worden gehouden wegens een onbehoorlijke taakvervulling. In hoofdstuk 3 heb ik vervolgens uiteengezet wat de taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator zijn volgens het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I.

De beoogd curator is een door de praktijk in het leven geroepen figuur. Hoewel er geen wettelijke basis voor is werd er in de afgelopen jaren door acht van de elf rechtbanken regelmatig op verschillende wijze een beoogd curator benoemd voorafgaand aan een dreigend faillissement. Er bestaat in de praktijk te weinig duidelijkheid en eenheid over wanneer een beoogd curator benoemd mag worden en wat nou precies zijn taken en bevoegdheden zijn. Daarom geeft het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I een wettelijke basis voor het benoemen van een beoogd curator, en regels over de taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator. De minister wil hiermee de rechtseenheid en rechtszekerheid bevorderen. Daarnaast beoogt dit wetsvoorstel de pre-pack praktijk een uitdrukkelijke grondslag in de wet te bieden. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 3 paragraaf 3.1 gaat het wetsvoorstel ervan uit dat de richtlijn 2011/23<sup>391</sup> niet van toepassing is bij een doorstart vanuit een pre-pack faillissement. Volgens de uitspraak van het Hof van Justitie<sup>392</sup> op 22 juni 2017 jl. is de richtlijn 2011/23 wel van toepassing bij een doorstart vanuit een pre-pack faillissement. Het onderdeel van de Wet continuïteit ondernemingen I dat betrekking heeft op de pre-pack zal overeenkomstig de uitspraak van het Hof moeten worden aangepast. Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I blijft naar mijn mening van grote waarde voor de benoeming van een beoogd curator. De beoogd curator wordt vaak in een adem genoemd met de pre-pack. Zoals in deze scriptie door mij uiteengezet blijkt uit het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I – in navolging van de praktijk - dat de taken van de beoogd curator meer bevatten dan louter meekijken met een schuldenaar in financiële problemen met het voorbereiden van een pre-pack. De minister benadrukt ook dat het wetsvoorstel juist tot doel heeft om ervoor te zorgen dat de “pre-pack” niet wordt toegepast in gevallen waarvoor deze niet bedoeld is. De rechtbank gaat pas over tot het aanwijzen van een beoogd curator indien de schuldenaar aannemenlijk maakt dat de “stille voorbereidingsfase” een meerwaarde heeft ten opzichte van een regulier (onvorbereid) faillissement. Aan de hand van deze meerwaarde bepaalt de rechtbank het mandaat van de beoogd curator. Van de beoogd curator wordt

---

<sup>391</sup> Richtlijn van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB 2001, L82).

<sup>392</sup> HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

verwacht dat hij reeds tijdens de “stille voorbereidingsfase” waakt over de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen bij een dreigend faillissement. Door zijn eerdere benoeming in de “stille voorbereidingsfase” bij een dreigend faillissement, heeft hij meer mogelijkheden, zo heeft hij de mogelijkheid om nog oplossingen te zoeken buiten faillissement. Indien oplossingen buiten faillissement niet mogelijk zijn kan hij zich in relatieve rust voorbereiden op het aanstaande faillissement. Hierbij kan hij onderzoeken of er een mogelijkheid is voor een doorstart van de onderneming of van levensvatbare bedrijfsonderdelen na faillissement, en vervolgens de schuldenaar begeleiden bij de voorbereiding van een doorstart. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers staat hierbij voorop, er moet worden gestreeft naar een doorstart met een maximale boedelopbrengst en behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid. De beoogd curator bevordert de rechtszekerheid omdat hij er op toe kan zien dat de schuldenaar in de fase voor een dreigend faillissement de handelingen verricht waarmee de belangen van de gezamenlijke crediteuren het meest gediend zijn. Daarnaast is de beoogd curator alert op misbruik van het faillissementsrecht en faillissementsfraude.

Het wetsvoorstel is een kaderregeling die aansluit bij de praktijk en ruimte voor aanvullende regels biedt aan de praktijk. Als aanvulling op het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I gelden de Praktijkregels van Insolad als handleiding en leidraad voor een behoorlijke taakuitoefening van de beoogd curator. In het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I zijn daarnaast nog enkele aanvullende regels opgenomen waardoor de positie van de beoogd curator wordt versterkt.

Zo benadrukt het wetsvoorstel dat de taken en bevoegdheden van de beoogd curator nauw samen hangen met de taken en bevoegdheden van de rechtbank en de beoogd rechter-commissaris. De rechtbank bepaalt het mandaat van de beoogd curator en kan aanvullende voorwaarden stellen om de “stille voorbereidingsfase” goed te laten verlopen. Ter versterking van de positie van de beoogd curator kan de rechtbank bijvoorbeeld de voorwaarde stellen dat de schuldenaar instemt met het inschakelen van deskundigen die de beoogd curator kunnen ondersteunen. De beoogd rechter-commissaris houdt toezicht op het functioneren van de beoogd curator

Volgens het wetsvoorstel heeft de beoogd curator in de “stille voorbereidingsfase” weinig bevoegdheden. Deze heeft hij naar mijn mening ook niet nodig omdat hij slechts een toeziende en bijsturende taak heeft. De schuldenaar blijft beheers- en beschikkingsbevoegd. De schuldenaar blijft verantwoordelijk voor de gang van zaken binnen zijn onderneming en voor alle handelingen die hij verricht tijdens de “stille voorbereidingsfase”. Hij is verplicht om de beoogd curator te voorzien van alle benodigde informatie die deze nodig heeft om diens taak goed te kunnen vervullen. Indien de beoogd curator wordt belemmerd in zijn taakuitoefening, of indien hij bezwaren heeft tegen de gang van zaken binnen de onderneming van de schuldenaar en de schuldenaren zijn suggesties niet opvolgt of anderszins vaststelt dat voortzetting van de “stille voorbereidingsfase” niet langer in het belang van de gezamenlijke schuldeisers is, dan kan hij de rechtbank verzoeken om intrekking van zijn aanwijzing. Dit is naar mijn mening wel een sterke bevoegdheid van de beoogd curator omdat hiermee een eind komt aan de “stille voorbereidingsfase”. De beoogd curator wordt benoemd op verzoek van de schuldenaar, indien

de schuldenaar wil dat het doel van de “stille voorbereidingsfase” wordt bereikt is het in zijn eigen belang dat hij alle medewerking verleent aan de beoogd curator.<sup>393</sup>

Volgens de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel rust op de beoogd curator in zekere zin toch een grotere verantwoordelijkheid dan op de curator in faillissement. En wel omdat de schuldeisers en andere betrokkenen in de “stille voorbereidingsfase” niet zelf voor hun belangen kunnen opkomen. Hierin is naar mijn mening wel verandering gekomen door wijzigingen in het wetsvoorstel. Door deze wijzigingen heeft de rechtbank nu de mogelijkheid om bij de faillietverklaring een voorlopige commissie van schuldeisers in te stellen, hierdoor worden de crediteuren sneller betrokken bij de besluitvorming door de curator in faillissement en wordt hun positie versterkt. Ook is nu in het wetsvoorstel bepaald dat de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging (onder geheimhouding) voor de behartiging van de belangen van de werknemers door de rechtbank moeten worden betrokken bij de “stille voorbereidingsfase” en indien een voorlopige commissie van schuldeisers wordt ingesteld bij de faillietverklaring er ook een vertegenwoordiger van de werknemers benoemd moet worden als lid van de voorlopige commissie van schuldeisers. Door het betrekken van de ondernemingsraad of vakbond bij de “stille voorbereidingsfase” en bij de voorlopige commissie van schuldeiser worden ook de belangen van de werknemers beter beschermd. Door deze wijzigingen in het wetsvoorstel kunnen de werknemers opkomen voor hun belangen tijdens de “stille voorbereidingsfase” en in faillissement. Door het instellen van een voorlopige commissie van schuldeiser bij de faillietverklaring krijgen de schuldeisers de gelegenheid om nog invloed uit te oefenen op de besluitvorming door de curator. De werknemers en de schuldeisers kunnen hierdoor wel voor hun belangen opkomen, hierdoor wordt de mogelijke aansprakelijkheid van de beoogd curator naar mijn mening verkleind.

Zoals al eerder aangegeven is naar mijn mening de taak van de beoogd curator anders en beperkter dan de taak van de curator. De beoogd curator beheert geen vermogen en gaat geen boedelschulden aan (voor bijvoorbeeld voortzetting van de onderneming) zoals de curator in faillissement. De schuldenaar blijft tijdens de “stille voorbereidingsfase” beheers- en beschikkingsbevoegd en blijft daardoor verantwoordelijk voor zijn eigen handelingen. Het enige wat de beoogd curator kan doen is de schuldenaar sturen en indien de schuldenaar zijn suggesties niet opvolgt, de rechtbank verzoeken om intrekking van zijn aanwijzing. De beoogd curators invloed op het beleid is beperkt, hij kan de schuldenaar niet dwingen. Een uitdrukkelijke bepaling en aanvulling in de wet waarmee de beoogd curator als beleidsbepaler wordt uitgesloten, zoals aangegeven door Insolad, lijkt me dan ook zeker terecht.<sup>394</sup>

Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I maakt het mogelijk dat een beoogd curator al voor een dreigend faillissement benoemd wordt. Het wetsvoorstel maakt duidelijk dat de taken van de beoogd curator meer bevatten dan alleen een pre-pack. Door zijn eerdere benoeming en sturende rol kan hij al voor een dreigend faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen behartigen. Dit is naar mijn mening een zeer belangrijke en nuttige functie omdat indien een curator benoemd wordt na een faillissement hij vaak

---

<sup>393</sup> Zie paragraaf 2.5.

<sup>394</sup> Brief aan de leden van de Tweede Kamer inzake wetsvoorstel WCO I, p. 6.  
<http://www.insolad.nl/publicaties.html> zie Insolad adviezen, 2015-09-03 Advies aan Min. v. V en J. inzake wetsvoorstel WCO I (34218). Laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

geconfronteerd wordt met een lege boedel, of met een al door de schuldenaar voorbereide doorstart. Hij heeft dan weinig tijd en mogelijkheden en zal de voorbereide doorstart vaak overnemen om verder waardeverlies te voorkomen. Verder heeft hij de sterke bevoegdheid om de “stille voorbereidingsfase” te kunnen beëindigen. De gezamenlijke schuldeisers en betrokkenen krijgen door de benoeming van een beoogd curator meer rechtszekerheid en rechtseenheid dat hun belangen al worden behartigd voor een dreigend faillissement. Daarnaast kan de benoeming van een beoogd curator naar mijn mening een positieve bijdrage leveren aan het voorkomen van faillissementsfraude en misbruik van het faillissementsrecht omdat hij al betrokken wordt voor een faillietverklaring.

Het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I biedt de beoogd curator samen met de praktijkregels beoogd curator van Insolad naar mijn mening een goede regeling om een nuttige bijdrage te kunnen leveren aan de stille voorbereidingsfase bij een dreigend faillissement. De Praktijkregels van Insolad gelden als aanvulling op het wetsvoorstel. Daarom concludeer ik: De taken, bevoegdheden en aansprakelijkheid van de beoogd curator zijn in het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I op zodanige wijze geregeld dat met het wetsvoorstel een nuttige bijdrage kan worden geleverd aan de “stille voorbereidingsfase” bij een dreigend faillissement zoals men die thans in de praktijk onderscheidt.



## **Geraadpleegde literatuur:**

Van Andel 2014

W.J.M. van Andel, 'Stop met de pre-pack', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2014/37.

Bakker 2015

A.C.A.D. Bakker, 'De totstandkoming van de praktijkregels beoogd curator nader beschouwd', *Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2015/7.

Beke & Wolterman 2012

K. Beke & P. Wolterman, 'Verslag seminar 'De nederlandse pre-pack – ready for take off?' d.d. 11 april te Amsterdam', *Tijdschrift voor Insolventierechtpraktijk* 2012/31.

Dix 2015

F.P.G. Dix, 'Stille bewindvoering: van praktijk naar wetgeving', *Tijdschrift voor Curatoren* 2015/5, p. 184-191.

Van Eeden-Van Harskamp & Spanjaard 2014

M.P. van Eeden-Van Harskamp & J.H.M. Spanjaard, 'De pre-pack vanuit contractenrechtelijk perspectief', *Tijdschrift overeenkomst in de rechtspraktijk* 2014/5, p. 34-40.

Fröhlich 2015

P.J. Fröhlich, 'Redding en sanering: monomaan of modern paradigma?', *Ars Aequi* maart 2015, p.192-201.

Van der Ham 2014

R.J. van der Ham, 'Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack', *Arbeidsrecht* 2014/28.

Van Hees 2014

J.J. van Hees, 'Stille bewindvoering; pre-packen en wegwezen?', *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 381-389.

Hurenkamp 2014

J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Amersfoort: Celsus juridische uitgeverij 2014.

Van Kampen 2013

A.van Kampen, 'Winkelketen Schoenenreus is failliet', *NRC*, 24 januari 2013.

Kamps 2015

P. Kamps, 'Curator in het oog van de storm', *Dagblad de Limburger*, 9 mei 2015.

Kortmann & Faber 1994

S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de faillissementswet*, heruitgave Van der Feltz II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

De Lange & Maarssen 2014

R. de Lange & H. Maarsen, 'De doorstart van Estro lijkt het meest op diefstal', *het Financiële Dagblad* 3 september 2014.

Loesberg 2013

E.Loesberg, 'Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht', *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk* 2013/1, p. 29-31.

Huydecoper 2013

J.L.R.A. Huydecoper, 'Pre-pack liquidatie: Wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013/5, p. 1-3.

Jongepier & Hoogenboezem 2013

W.J.P. Jongepier & K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventiepraktijk* 2013/6, p. 194-201.

Lemstra & Van der Weide 2008

J.H. Lemstra & J.H. van der Weide, 'Kloeke curatoren', in: A.A.M. Deterink, J.J. van Hees, R. Mulder & J.E. Stadig (red.), *Doorstart (INSOLAD) Jaarboek 2008*, Deventer: Kluwer 2008.

Maduro 2013

J.V. Maduro, 'Het wetsvoorstel Wet Continuïteit ondernemingen I: de rechtszekerheid gediend?', *Tijdschrift Financiering zekerheden en insolventiepraktijk* 2013/8, p. 278-282.

Melissen 2011

W.A.H. Melissen, 'Toezicht op de ondernemende curator', in: J.G. Princen, A. Van der Schee (red.), *De ondernemende curator (INSOLAD) Jaarboek 2011*, Deventer: Kluwer 2011.

Mulder 2015

R. Mulder, 'De Pre-pack: Verkoop en voortzetting in stilte, verantwoording in het openbaar. Een bespreking van de concept praktijkregels van Insolad', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2015/5, p. 28-34.

Schreurs 2013

Ph.W. Schreurs, 'Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk?', *Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventiepraktijk* 2013/8, p. 270-272.

Spinath 2007

I. Spinath, 'Een alternatief: het zuivere schuldeisersbelang', in: M.L.S. Kalff, R. Mulder & S.H. de Ranitz (red.), *De integere curator* (INSOLAD) Jaarboek 2007), Deventer: Kluwer 2007.

Tideman 2013

B.J. Tideman, 'Kritische kanttekeningen bij de pre-pack', *Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2013/6, p. 190-193.

Tideman 2013

B.J. Tideman, 'Reactie mr. B.J. Tideman: Wetgever van Nederland, geef ons de pre-pack+', *Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2013/7, p. 234-237.

Tollenaar 2011

N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack', *Tijdschrift voor Insolventierechtpraktijk* 2011/23, p. 1-37.

Tollenaar 2013

N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk* 2013/6, p. 202-211.

Verbeek 2014

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

Verkerk, Windt & Rozendal 2014

R.R. Verkerk, M. Windt & T.L. Rozendal, 'Pre-packs; transparantie en verantwoording achteraf', *Tijdschrift voor insolventierecht* 2014/40, p.

Verstijlen 2014

F. M.J. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands', *NJB* 2014/803, p. 1096-1104.

Van Vugt 2014

M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time-out, please!', *Tijdschrift Financiering, zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2014/47, p. 26-29.

Willems 2015

M. Willems, 'Schoenenreus failliet verklaard', *NRC*, 29 januari 2015.

Van Zanten 2013

M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack', *Arbeidsrecht* 2013/47, p. 7-11.

Van Zanten 2015

M.R. van Zanten, 'De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2015/35, p. 226-239.

## **Jurisprudentielijst**

### Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 29 maart 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:241 (concl. A-G P. Mengozzi), *JOR* 2017/184, m.nt. P.R.W. Schaink (Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a./Smallsteps BV).

HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *JOR* 2017/217, m. nt. L.G. Verburg (Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a./Smallsteps BV).

### Hoge Raad

Hoge Raad 5 november 1965, *NJ* 1966/136 (Kelderluik-arrest).

Hoge Raad 22 november 1974, *NJ* 1974/149 (Broodbezorger-arrest).

Hoge Raad 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, *NJ* 1990/286, m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel).

Hoge Raad 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 m.nt. W.M. Kleijn (Sigmanon II).

Hoge Raad 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (Macclou/Curatoren Van Schuppen).

Hoge Raad 19 december 2003, *NJ* 2004/293, m.nt P. van Schilfgaarde (Mobell/Interplan).

Hoge Raad 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204, *JOR* 2012/65, m.nt. I. Spinath (Prakke/Gips).

### Gerechtshoven

Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, *LJN* BX0380, *JOR* 2013/26 r.o. 3.8.3. m.nt Van Aniel.

### Rechtbanken

Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BU8187, *JOR* 2011/375 m.nt. J.J. van Hees.

Rechtbank Maastricht 28 november 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY4595, *JOR* 2013/63, m.nt. J.J. van Hees.

Rechtbank Oost-Brabant 10 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7304, *JOR* 2014/115 m.nt. Van Hees.

Rechtbank Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, *JOR* 2016/147, m.nt. W.H.A.C.M. Brouwens.

## Overige bronnen

AKD, 'Faillissementsverslag Royal Imtech NV', te raadplegen via <https://www.akd.nl/Paginas/nieuws/Faillissementsverslag-Royal-Imtech-NV.aspx> , laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

BDO, 'Stille bewindvoering voordelig voor stakeholders', samenvatting van het onderzoek op 7 augustus 2014, te raadplegen via <http://www.consultancy.nl/nieuws/8845/bdo-stille-bewindvoering-voordelig-voor-stakeholders> , laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

CBS, 'CBS-rapporten 'Faillissementen oorzaken en schulden' van 2011, te raadplegen via <http://www.cbs.nl> (zoek op 'Faillissementen oorzaken en schulden 2011'), laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

INSOLAD, 'Brief aan de leden van de Tweede Kamer inzake wetsvoorstel WCO I', te raadplegen via <http://www.insolad.nl/publicaties.html> INSOLAD adviezen, 2015-09-03, advies aan Min. v. V. en J. inzake wetsvoorstel WCO I (34218), laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.

INSOLAD, 'Praktijkregels beoogd curator', de praktijkregels beoogd curator van 15 september 2015 te raadplegen via <http://www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/> , laatstelijk geraadpleegd op 11 juli 2017.