

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7

Hoofdstuk 7 Zeggenschap van schuldeisers en andere belanghebbenden bij de pre-pack

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708441:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

7.1 Inleiding7.2 Pre-packing in the Netherlands7.3 (Gebrek aan) invloed schuldeisers en andere belanghebbenden7.4 Pre-packin' in the UK7.5 Pre-packing in the EU7.6 Evaluatie invloed schuldeisers en andere belanghebbenden Nederlandse pre-pack7.7 Conclusie

Voetnoten

[1] Enkele onderdelen uit dit hoofdstuk komen overeen met De Kloe, *MvO* 2019, afl. 3/4.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.1

7.1 Inleiding

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708443:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

In juni 2015 is het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) ingediend bij de Tweede Kamer.^[1] De WCO I beoogt een wettelijke basis te geven aan de zogeheten pre-pack^[2], in de memorie van toelichting ook wel aangeduid als stille voorbereidingsfase.^[3] Ondernemers waarbij een faillissementstoestand dreigt, kunnen de rechtbank verzoeken een of meer personen aan te wijzen die bij een faillietverklaring aangesteld worden als curator (art. 363 lid 1 Fw (nieuw)).^[4] Deze beoogd curator kan het faillissement voorbereiden onder toezicht van een beoogd rechter-commissaris. De beoogd curator zal in de regel onder meer onderzoeken of een doorstart tot de mogelijkheden behoort.

De eerdere hoofdstukken over informatie en zeggenschapsrechten in faillissement zagen op een faillissement dat, in ieder geval voor de curator, 'uit de lucht komt vallen'. Als aan het faillissement een stille voorbereidingsfase voorafgaat verandert het speelveld, omdat een belangrijke eigenschap van de stille

voorbereidingsfase is dat hieraan geen ruchtbaarheid wordt gegeven, terwijl in deze periode de verkoop van de onderneming wordt voorbereid en de voorbereide transactie kort na de faillietverklaring daadwerkelijk wordt gesloten. Dat leidt ertoe dat informatie- en zeggenschapsrechten waarop in faillissement een beroep kan worden gedaan niet gelden gedurende de stille voorbereidingsfase en de rechten tijdens faillissement nauwelijks kunnen worden uitgeoefend omdat de onderneming veelal is verkocht voordat schuldeisers ook maar op de hoogte zijn van het faillissement. In Nederland heeft INSOLAD geprobeerd om deze nadelen te ondervangen met de 'Praktijkregels beoogd curator'. Ook in de WCO I wordt hier rekening mee gehouden. Omdat de pre-pack in het Verenigd Koninkrijk al lange tijd wordt gebruikt en de basis vormt van de gedachtevorming over de pre-pack in Nederland, is het nuttig de Nederlandse praktijk en de WCO I te vergelijken met het recht dat in het Verenigd Koninkrijk van toepassing is op de pre-pack.

De centrale vraag in dit hoofdstuk is op welke wijze schuldeisers zeggenschap hebben bij de afwikkeling van een faillissement waar een stille voorbereidingsfase aan voorafgaat, op welke wijze het gebrek aan zeggenschap wordt gemitigeerd en of wijzigingen wenselijk zijn. De zeggenschapspositie van andere belanghebbenden wordt meegenomen in het kielzog van de positie van schuldeisers. Het Nederlandse recht wordt geanalyseerd aan de hand van de literatuur en jurisprudentie over de pre-packpraktijk, de Praktijkregels beoogd curator en het wetsvoorstel WCO I.

De opzet van dit hoofdstuk is als volgt. In paragraaf 7.2 wordt ingegaan op de achtergrond van de pre-pack, de hoofdlijnen van de Nederlandse pre-pack en de voor- en nadelen van de pre-pack. Paragraaf 7.3 gaat over (het gebrek aan) zeggenschap van schuldeisers en andere belanghebbenden tijdens de stille voorbereidingsfase en de wijze waarop het gebrek aan zeggenschap in Nederland wordt gemitigeerd. De Engelse pre-pack komt aan de orde in paragraaf 7.4. Nadat de achtergrond en hoofdlijnen van de Engelse pre-pack zijn geschetst, komen de rechten van schuldeisers en de wijze waarop het gebrek aan zeggenschapsrechten wordt opgevangen in Engeland aan bod.^[5] De pre-packregeling uit het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie van 7 december 2022 is het onderwerp van 7.5. Mede aan de hand van het Engelse recht worden de rechten van schuldeisers en andere belanghebbenden in 7.6 geëvalueerd en wordt beoordeeld of de rechten van schuldeisers en andere belanghebbenden verbetering behoeven. Het hoofdstuk sluit af met een conclusie in paragraaf 7.7.

Voetnoten

[1] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 2.](#)

[2] De officiële schrijfwijze is volgens de Dikke Van Dale prepack (geraadpleegd in Van Dale Online op 31 oktober 2022). Ook in de Nederlandse literatuur is de schrijfwijze veelal pre-pack (dus met streepje). Ik sluit mij aan bij deze gebruikelijke schrijfwijze. Omdat het woord inmiddels volledig is ingeburgerd in de Nederlandse taal, wordt 'pre-pack' niet schuingedrukt.

[3] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3.](#)

[4] Voor het (meest recente) gewijzigde voorstel van wet dat bij de Eerste Kamer is ingediend, zie [Kamerstukken II 2014/15, 34218, A.](#)

[5] Zoals ook volgt uit paragraaf 7.4, is de *administration* gericht op de belangen van schuldeisers. Zie hierover bijvoorbeeld Walton, *Int. Insolv. Rev.* 2009, afl. 2, p. 91 en 92. Omdat anderen dan schuldeisers weinig formele mogelijkheden hebben invloed uit te oefenen op de (al dan niet *pre-packaged*) *administration*, ga ik bij de bespreking van het Engelse recht niet in op andere belanghebbenden. In een enkel geval zijn die formele mogelijkheden er wel (aandeelhouders kunnen bijvoorbeeld het handelen van een *administrator* aan de kaak stellen op grond van par. 74 van Sched. B1 van de Insolvency Act 1986), maar die mogelijkheden zien niet specifiek op de pre-pack.

7.2 Pre-packing in the Netherlands

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708383:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

7.2.1 Opkomst vanuit de praktijk7.2.2 WCO I7.2.3 Van Smallsteps tot Heiploeg7.2.4 Voor- en nadelen stille voorbereidingsfase

Voetnoten

[1] De titel van deze paragraaf is ontleend aan Verstijlen, *NJB* 2014/803.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.2.1

7.2.1 Opkomst vanuit de praktijk

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708382:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

In 2011 deed Tollenaar de oproep om de pre-pack naar Engels voorbeeld in Nederland te introduceren, mede om te voorkomen dat ondernemers in financiële moeilijkheden hun centrum van voornaamste belangen (COMI)^[1] verplaatsen naar het Verenigd Koninkrijk om daar gebruik te maken van de pre-pack.^[2] De roep om de komst van de pre-pack heeft, al dan niet in de door Tollenaar voorgestane vorm, weerklank gevonden in de praktijk^[3] en in de literatuur.^[4] Vanaf 2012 heeft de pre-pack zich ontwikkeld in de praktijk. Zonder enige wettelijke basis benoemden acht van de elf rechtbanken beoogd curatoren en beoogd rechters-commissarissen.^[5] Het was gebruikelijk dat de beoogd curator een taakopdracht kreeg van de rechtbank. De positie en taken van de beoogd curator werden onder meer bepaald door die taakopdracht en eventuele aanwijzingen van de beoogd rechter-commissaris.^[6] In het merendeel van de gevallen werd de stille voorbereidingsfase gebruikt om een doorstart voor te bereiden.^[7]

Voetnoten

[1] Op grond van artikel 3 IVO mag een rechter van een lidstaat uitsluitend een hoofdprocedure openen als het centrum van voornaamste belangen (in het Engels centre of main interests, COMI) in die lidstaat is gelegen.

[2] Tollenaar, *TvI* 2011/23.

[3] Tijdens een seminar over de pre-pack in Nederland was een panel van vijf personen unaniem van mening dat de pre-pack een waardevolle toevoeging is aan de Nederlandse faillissementspraktijk, Beke & Wolterman, *TvI* 2012/31. Zie ook Beke & Wolterman, *FD* 3 mei 2012.

[4] Zie onder meer Koster, *TvI* 2013/7; Loesberg, *TOP* 2013, afl. 1 en Huydecoper, *TvI* 2013/5.

[5] Hurenkamp, *TvI* 2015/20. Kritisch hierover is Van Vugt, *FIP* 2014, afl. 1.

[6] HR 4 oktober 2019, *NJ* 2019/461 (*Ruwaard van Puttenziekenhuis*), m.nt. Verstijlen, r.o. 3.2.2. Zie ook par. 5 van de annotatie van Verstijlen.

[7] Van Zanten 2018, p. 50-52; Hurenkamp, *TvI* 2015/20, par. 4.2.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.2.2

7.2.2 WCO I

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708311:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

Op 22 oktober 2013 is het voorontwerp voor de WCO I ter internetconsultatie aangeboden. Het wetsvoorstel is 4 juni 2015 aangeboden aan de Tweede Kamer. De WCO I beoogt een wettelijke basis te bieden voor de stille voorbereidingsfase. In de memorie van toelichting wordt het voorbereiden van een doorstart prominent genoemd als doel van de stille voorbereidingsfase.^[1] De toelichting noemt daarnaast als mogelijkheid dat de stille voorbereidingsfase (slechts) wordt gebruikt door de beoogd curator om zich 'in te lezen' voor het aanstaande faillissement.^[2] De beoogd curator dient zijn rol in overleg met de schuldenaar in te vullen. In beginsel bereidt de schuldenaar het faillissement voor en kijkt de beoogd curator kritisch mee over de schouder van de schuldenaar, maar de beoogd curator kan met toestemming van de schuldenaar ook derden bevragen en deskundigen inschakelen (art. 364 lid 4 Fw (nieuw)).^[3] Wordt een doorstart voorbereid, dan moet de beoogd curator erop toezien dat actief gezocht wordt naar overnamekandidaten.^[4] De beoogd curator kan de rechtbank verzoeken de stille voorbereidingsfase te beëindigen als de schuldenaar niet met hem of haar meewerkt (art. 366 Fw (nieuw)).^[5] Met de aanwijzing van een beoogd curator wordt ook een beoogd rechter-commissaris aangewezen. De beoogd rechter-commissaris houdt toezicht op de beoogd curator (art. 365 lid 2 Fw (nieuw)).

Voetnoten

[1] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 5 en 6.

[2] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 18.

[3] Zie over de positie van de beoogd curator in het wetsvoorstel Van Zanten, *TvI* 2015/35.

[4] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 17-19.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.2.3

7.2.3 Van Smallsteps tot Heiploeg

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708358:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

Een belangrijke eigenschap van een doorstart tijdens faillissement is dat de wettelijke regeling omtrent overgang van onderneming (hierna: OVO en OVO-regeling), die is gebaseerd op de Europese OVO-richtlijn,^[1] niet van toepassing is in faillissement op grond van artikel 7:666 BW, de implementatie van artikel 5 lid 1 van de OVO-richtlijn.^[2] Over het algemeen werd ervan uitgegaan dat de OVO-regeling ook niet van toepassing was op een pre-pack.^[3] Toch werden ook voordat het Smallsteps-arrest in 2017 werd gewezen door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie of Hof) met name vanuit arbeidsrechtelijke hoek vraagtekens geplaatst bij deze aanname.^[4] Dat die aanname niet zonder meer juist was, blijkt evident uit het Smallsteps-arrest^[5] dat het Hof van Justitie wees als antwoord op prejudiciële vragen van de rechtbank Midden-Nederland.^[6]

Het Hof van Justitie overweegt in Smallsteps dat een procedure aan drie voorwaarden moet voldoen om onder de faillissementsuitsondering van artikel 5 lid 1 van de OVO-richtlijn te vallen. In de eerste plaats moet sprake zijn van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure. Ten tweede moet deze procedure zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Tot slot moet de procedure onder toezicht van een overheidsinstantie staan. Aan de eerste voorwaarde is voldaan, maar aan de tweede en derde voorwaarde (in beginsel) niet.^[7] Het antwoord op de vraag of het Smallsteps-arrest met zich bracht dat de OVO-regeling op (alle) pre-packs van toepassing was, werd in de literatuur verschillende beantwoord. Hoe dan ook leidde het Smallsteps-arrest en de onduidelijkheid die hierdoor was ontstaan tot het opdrogen^[8] van de pre-packpraktijk.^[9] Het arrest heeft er daarnaast voor gezorgd dat de behandeling van de WCO I sinds 2017 is aangehouden in de Eerste Kamer.^[10]

Om de pre-pack uit het slop te halen zijn twee conceptvoorstellen voorgelegd ter internetconsultatie. Het eerste is het in mei 2019 gepubliceerde voorontwerp voor de Wet overgang van onderneming in faillissement, op basis waarvan de OVO-regeling in aangepaste vorm van toepassing wordt op iedere overgang van onderneming die plaatsvindt tijdens het faillissement van de vervreemder.^[11] Met de Wet overgang van onderneming in faillissement zou onzekerheid over de toepassing van de OVO-regeling worden weggenomen, omdat de OVO-regeling op basis van het voorontwerp simpelweg van toepassing is.^[12] Het tweede conceptvoorstel is het voorontwerp voor een novelle op de WCO I dat in mei 2021 is gepubliceerd.^[13] Met de novelle is de WCO I uitsluitend bedoeld voor het gecontroleerd afwikkelen van activiteiten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. Opvallend is dat de pre-pack daarmee in ieder geval in eerste instantie uitsluitend is gericht op het voorkomen van maatschappelijke schade en 'persoonlijk leed voor betrokkenen',^[14] terwijl uit hoofdstuk 3 blijkt dat nog veel discussie bestaat over het antwoord op de vraag of en in welke mate de curator rekening moet houden met belangen van maatschappelijke aard.^[15] De gedachte is dat het maatschappelijk gezien wenselijk is dat in dergelijke gevallen een beoogd curator kan worden aangewezen, ook zolang nog geen volledige duidelijkheid bestaat over toepassing van de OVO-regeling in faillissement.^[16]

Vanwege de onduidelijkheid die is ontstaan naar aanleiding van Smallsteps heeft de Hoge Raad in het kader van de doorstart van Heiploeg opnieuw prejudiciële vragen gesteld over de verhouding tussen de pre-pack en de OVO-regeling.^[17] De Hoge Raad geeft in het verwijzingsarrest duidelijk aan waarom de pre-pack naar zijn oordeel in het algemeen en in het bijzonder in het faillissement van Heiploeg is gericht op liquidatie van de vervreemder. De Hoge Raad stuurt hiermee aan op het oordeel dat de OVO-regeling toch niet van toepassing is op de pre-pack die aan de orde was bij Heiploeg.^[18]

Hoewel een ander oordeel dan in het vijf jaar daarvoor gewezen Smallsteps-arrest niet voor de hand lag,^[19] lijkt het Hof van Justitie het oordeel in Smallsteps toch te nuanceren in het Heiploeg-arrest. Ook als een faillissement is voorbereid, kan liquidatie het hoofddoel zijn van de procedure. Om daartoe te concluderen moet in een specifieke situatie vaststaan (1) dat de vervreemder insolvent is, (2) dat het primaire doel van de procedure is om een zo hoog mogelijke uitkering voor de schuldeisers te verwezenlijken^[20] en (3) dat de tenuitvoerlegging van de liquidatie het mogelijk maakt dit doel te bereiken^[21].^[22] Om onder de faillissementsuitsondering van artikel 5 lid 1 van de richtlijn te kunnen vallen, moet de pre-pack wel zijn vastgelegd in 'wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen'.^[23] Omdat Nederland op dit moment nog geen wettelijke regeling heeft voor de pre-pack, is de OVO-regeling vooralsnog van toepassing op de pre-pack.^[24] Het Hof oordeelt verder dat de Nederlandse pre-pack onder toezicht van een overheidsinstantie staat. Voor dit oordeel is met name van belang dat de rechtbank ertoe kan beslissen anderen dan de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris tot respectievelijk curator en rechter-commissaris te benoemen. Dit is naar het oordeel van het Hof een vorm van toezicht op de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris.^[25]

Het Heiploeg-arrest van het Hof van Justitie maakt twee dingen duidelijk. Het arrest maakt ten eerste duidelijk dat een wettelijke regeling voor de pre-pack noodzakelijk is om gebruik te kunnen maken van de faillissementsuitsondering van de richtlijn. In de tweede plaats moet per geval worden beoordeeld of het faillissement, al dan niet voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase, liquidatie als primaire doel heeft. Dit zorgt voor onzekerheid bij de doorstarter, tenzij een oplossing wordt doorgevoerd om deze onzekerheid weg te nemen. Een oplossing zou kunnen zijn om de rechter die de procedure opent expliciet het doel van de procedure te laten vaststellen.^[26] Een andere oplossing kan zijn om de OVO-regeling van toepassing te laten zijn op alle doorstarts.^[27]

Ondanks herhaaldelijk aandringen van de minister om de behandeling van het wetsvoorstel voort te zetten^[28] is de WCO I nog steeds aangehouden in de Eerste Kamer, laatstelijk omdat de commissie Justitie & Veiligheid de behandeling van de WCO I samen met het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement wil voortzetten.^[29] Uit alles blijkt dat het doel van de minister nog steeds is om de WCO I te verheffen tot wet. Vooralsnog is onduidelijk of dat (in eerste instantie) met een novelle zal zijn en of een voorstel voor een Wet overgang van onderneming in faillissement zal worden ingediend,^[30] maar voor de beantwoording van de vraag die centraal staat in dit hoofdstuk is dat niet relevant. Als uitgangspunt in dit hoofdstuk neem ik daarom de WCO I en de Praktijkregels beoogd curator van INSOLAD, waaraan naar het oordeel van de Hoge Raad op dit moment al 'betekenis toekomt'.^[31] Voordat de zeggenschap van schuldeisers en andere belanghebbenden aan de hand van de WCO I en praktijkregels wordt geanalyseerd, wordt ingegaan op de voor- en nadelen van de pre-pack.

Voetnoten

[1] Thans richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassingen van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

[2] Voordat de faillissementsuitsondering in 1998 werd opgenomen in de OVO-richtlijn, volgde dit uit het Abels-arrest, HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985/900.

[3] Zie bijvoorbeeld [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 33-35; Verburg, *FIP* 2014/361; Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47 en Tollenaar, *Tvl* 2011/23, par. 6.7.

[4] Voor zover ik heb kunnen nagaan is dit als eerste opgeworpen in Van der Pijl, *ArbeidsRecht* 2013/38. Zie

verder o.a. de reactie van de NOvA op het voorontwerp WCO I van 21 januari 2014 (te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/wet_continuiteit_ondernemingen_i); Beltzer, O&F 2015, afl. 1 en Huffman & Zaal, TAP 2014/98.

[5] HvJ EU 22 juni 2017, NJ 2017/369.

[6] Rechtbank Midden-Nederland 24 februari 2016, JOR 2016/147.

[7] HvJ EU 22 juni 2017, NJ 2017/369.

[8] Volgens Pannevis wordt de pre-pack, hoewel aanzienlijk minder dan voorheen, nog steeds toegepast. Zie Polak/Pannevis 2022, par. 28.1.2.

[9] Zie hierover en ook over verschillende visies over de reikwijdte van Smallsteps in de literatuur De Kloe, MvO 2019, afl. 3/4, par. 3.3.

[10] [Kamerstukken I 2017/18, 34218, H.](#)

[11] Bijlage bij [Kamerstukken I 2018/19, 34218, L.](#) Ook te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

[12] Hoewel de vraag is opgeworpen of het voorontwerp daadwerkelijk in overeenstemming is met de richtlijn. Daarmee ontstaat mogelijk nieuwe onduidelijkheid. Zie bijvoorbeeld Boot & Ipenburg, TvO 2020, afl. 1 en J. van der Pijl, annotatie onder HvJ EU 16 mei 2019, JAR 2019/170 (Plessers/Prefaco). Zie ook de reactie van F. de Leo van 3 juni 2019 op het consultatiedocument (te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i).

[13] De conceptnovelle en de concept memorie van toelichting zijn te raadplegen via www.internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i.

[14] Concept memorie van toelichting novelle WCO I, p. 5. Kritisch hierover Van Galen, Ondernemingsrecht 2022/24.

[15] Zie hierover met het oog op de novelle Van Zanten, TvI 2021/29.

[16] Concept memorie van toelichting novelle WCO I, p. 4 en 5.

[17] HR 29 mei 2020, NJ 2020/235 (Heiploeg).

[18] I.M.A. Lintel & T.T. van Zanten, annotatie onder HR 17 april 2020, TvI 2020/35 (Heiploeg), par. 5.

[19] P.R.W. Schaink, annotatie onder HR 17 april 2020, JOR 2020/162, par. 7. Zie ook Schaink, TvO 2022, afl. 3.

[20] Deze twee voorwaarden worden ook genoemd door J. van der Pijl in zijn annotatie onder HvJ EU 28 april 2022, JAR 2022/127 (Heiploeg).

[21] Aan deze voorwaarde wordt meer aandacht besteed in Hoogendoorn, FIP 2022/193.

[22] HvJ EU 28 april 2022, JAR 2022/127 (Heiploeg), r.o. 53.

[23] HvJ EU 28 april 2022, JAR 2022/127 (Heiploeg), r.o. 54 en 55.

[24] Aldus ook J. van der Pijl in zijn annotatie onder HvJ EU 28 april 2022, JAR 2022/127 (Heiploeg). Verburg meent dat de overweging van het Hof van Justitie ook zo kan worden uitgelegd dat de pre-pack in de Heiploegzaak toch onder de faillissementsuitsondering valt als de wettelijke regeling (kennelijk voordat een eindoordeel is gewezen) alsnog tot stand komt. Zie L.G. Verburg, annotatie onder HvJ EU 28 april 2022, TvI

2022/23 (*Heiploeg*), par. 28-30. Ik vind dat een vergezochte uitleg, mede omdat het Hof het belang van een duidelijk regeling koppelt aan de rechtszekerheid. Die rechtszekerheid kan niet achteraf worden geboden.

[25] HvJ EU 28 april 2022, *JAR* 2022/127 (*Heiploeg*), r.o. 62.

[26] Van Galen, *Ondernemingsrecht* 2022/55, par. 7. Hoogendoorn stelt dat dit dan wel een voorlopig oordeel moet zijn, omdat het liquidatiedoel mede afhankelijk is van de tenuitvoerlegging van de liquidatie. Zie Hoogendoorn, *FIP* 2022/193.

[27] Aldus specifiek ten aanzien van de pre-pack L.G. Verburg, annotatie onder HvJ EU 28 april 2022, *Tv* 2022/23 (*Heiploeg*), par. 31.

[28] [Kamerstukken I 2018/19, 34218, L](#); [Kamerstukken I 2017/18, 34218, J](#).

[29] Korte aantekening vergadering commissie Justitie & Veiligheid 18 juni 2019, www.eerstekamer.nl/korteaantekening/20190618_j_v?dossier=vjulpnlqjxq (laatst geraadpleegd: 30 augustus 2022).

[30] Hoogendoorn, *FIP* 2022/193. Zie ook Hiebendaal & Rikkert, *Bb* 2022/60.

[31] HR 4 oktober 2019, *NJ* 2019/461 (*Ruwaard van Puttenziekenhuis*), r.o. 3.2.2.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.2.4

7.2.4 Voor- en nadelen stille voorbereidingsfase

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708445:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

Voordelen

Dat de voorbereiding van het faillissement en daarmee ook een doorstart in stilte plaatsvindt, zou als belangrijke voordelen met zich brengen dat een hogere verkoopprijs wordt verkregen voor de onderneming en meer werkgelegenheid behouden blijft.^[1] De reden hiervoor is dat het 'faillissementsstigma' minder aan de onderneming kleeft door de relatieve onbekendheid van de voorbereidingen van de doorstart. Hierdoor zouden leveranciers, klanten en werknemers minder snel hun banden met de onderneming verbreken.^[2] Voor het verkooptraject kan daardoor meer tijd worden genomen, wat betekent dat het verkooptraject zorgvuldiger kan plaatsvinden. Gedurende de stille voorbereidingsfase kan meer informatie worden verstrekt aan potentiële kopers, is meer tijd voor een taxatie of waardering van de onderneming en kan meer tijd worden uitgetrokken voor de onderhandelingen.^[3]

Het is de vraag of de voordelen van een hogere opbrengst en meer behoud van werkgelegenheid ook daadwerkelijk worden behaald.^[4] In een onderzoek naar de Nederlandse pre-pack tussen begin 2012 en medio 2014, komt Van den Bosch inderdaad tot de conclusie dat significant meer werkgelegenheid (18%) behouden blijft bij toepassing van een pre-pack ten opzichte van een normale doorstart. Een aantal

onderzoekers van de Universiteit Leiden en de Radboud Universiteit komt in een onderzoek naar de pre-pack tussen 2012 en 2018 tot een soortgelijke conclusie: een pre-pack zou leiden tot bijna 16% meer werkgelegenheid dan een normale doorstart.^[5]

Wat betreft de verkoopprijs en de uitkering aan concurrente schuldeisers komt Van den Bosch echter tot de conclusie dat er geen significant verschil bestaat tussen de doorstart mét en zonder stille voorbereidingsfase.^[6] Uit een onderzoek dat is uitgevoerd door de Radboud Universiteit en BDO zou volgen dat de opbrengst bij een pre-pack ten minste 10% hoger is dan bij een gewone doorstart,^[7] maar het lijkt erop dat dit onderzoek is gebaseerd op een inschattingen van personen die waren betrokken bij een pre-pack en niet op een cijfermatige vergelijking.^[8] Aan dit onderzoek kunnen dus geen dwingende conclusies worden verbonden.^[9] Uit een ander statistisch onderzoek naar de Nederlandse pre-pack volgt dat de pre-pack de kans op een doorstart vergroot.^[10] Uit dit onderzoek volgt echter niet of de pre-pack invloed heeft op de verkoopprijs en de uitkering aan schuldeisers.

Het beeld dat blijkt uit de cijfermatige onderzoeken naar de Nederlandse pre-pack lijkt overeen te komen met dergelijke onderzoeken naar de pre-pack in het Verenigd Koninkrijk. In een onderzoek naar de pre-pack tussen september 2001 en september 2004 komt Frisby tot de conclusie dat de pre-pack zorgt voor meer behoud van werkgelegenheid.^[11] Graham komt, op basis van onderzoek dat is uitgevoerd door de University of Wolverhampton ('het Wolverhampton-onderzoek'),^[12] voorzichtig tot dezelfde conclusie.^[13] Uit dezelfde onderzoeken lijkt te volgen dat de pre-pack ook in het Verenigd Koninkrijk niet leidt tot een hogere verkoopopbrengst. Uit het onderzoek van Frisby volgt dat de *pre-packaged administration* niet zorgt voor een hogere procentuele uitkering aan de schuldeisers zonder zekerheidsrecht.^[14] Daarnaast volgt uit het Wolverhampton-onderzoek dat in 52% van de onderzochte *administrations* die niet zijn voorbereid geen uitkering werd gedaan aan concurrente schuldeisers, ten opzichte van 58% van de onderzochte pre-packs.^[15]

Op basis van de uitkeringen aan concurrente schuldeisers kan echter niet de conclusie getrokken worden dat de pre-pack niet zorgt voor een hogere verkoopprijs. Het is namelijk ook mogelijk dat een eventueel hogere verkoopprijs ten goede komt aan zekerheidsgerechtigde schuldeisers, ten koste van concurrente schuldeisers.^[16] Dit wordt overigens weersproken door een onderzoek dat is gedaan met behulp van de dataset die Frisby heeft gebruikt voor haar onderzoek. Hieruit volgt dat er geen significant verschil tussen de pre-pack en een 'gewone' *administration* is waar het betreft de uitkering aan zekerheidsgerechtigde schuldeisers en (nadat een uitzonderlijk faillissement is weggelaten in het onderzoek) concurrente schuldeisers.^[17] Het in de literatuur genoemde voordeel van een hogere opbrengst wordt dus niet bevestigd door empirisch onderzoek. Onderzoek naar de praktijk wijst wel uit dat het behoud van meer werkgelegenheid een daadwerkelijk voordeel is van de pre-pack.

Een ander voordeel van de stille voorbereidingsfase is dat, als het gaat om activiteiten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend, maatschappelijke onrust kan worden voorkomen. Dat kan door het voorbereiden van een doorstart, maar ook door een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten van de schuldenaar in faillissement voor te bereiden. In een evaluatie van de faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen komt de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OVV) zelfs tot de aanbeveling wettelijk te regelen dat een ziekenhuis alleen failliet kan gaan na een periode van stil bewind ter waarborging van de patiëntveiligheid.^[18] In de toelichting op de conceptnovelle op de WCO I wordt daarnaast als voorbeeld gewezen op het faillissement van een onderwijsinstelling. Om te voorkomen dat studenten of leerlingen studievertraging oplopen, kan het van belang zijn dat de overstap naar een andere onderwijsinstellingen gedurende een stille voorbereidingsfase wordt voorbereid.^[19] Bentfort van Valkenburg en Van de Wiel noemen, naast het failliete ziekenhuis, verder als voorbeeld het faillissement van geldtransporteur SecurCash. De stille voorbereidingsfase werd gebruikt voor overleg met De Nederlandsche Bank, met als doel om het betalingsverkeer zo min mogelijk te verstoren.^[20]

Nadelen

De stille voorbereidingsfase heeft ook veel nadelen. Schuldeisers en andere belanghebbenden hebben geen formele invloed tijdens de stille voorbereidingsfase, terwijl de pand- en hypotheekhouder, vaak de bank en met

name in private equity-situaties (ook) de aandeelhouder, wel bij de voorbereiding zijn betrokken omdat het voor het slagen van de pre-pack noodzakelijk is dat afstand wordt gedaan van de zekerheidsrechten.^[21] In de volgende paragraaf wordt dit nader uitgewerkt. Een ander nadeel is dat de curator die voor faillissement beoogd curator was in faillissement niet alleen de doorstart moet beoordelen, maar ook het handelen van het bestuur tijdens de stille voorbereidingsfase. De curator is vanwege zijn betrokkenheid bij de voorfase mogelijk minder objectief tijdens het faillissement.^[22]

Een belangrijk nadeel van de pre-pack dat in de literatuur naar voren komt is het gebrek aan marktwerking vanwege het ontbreken van transparantie tijdens de verkoop. Omdat de voorbereiding van het faillissement in stilte plaatsvindt, zijn niet alle potentiële kopers ervan op de hoogte dat de onderneming te koop is. Daar komt bij dat het bestuur van de vennootschap mogelijk belang heeft bij verkoop aan een gelieerde partij, terwijl het bestuur in beginsel de onderhandelingen leidt en de beoogd curator van informatie moet voorzien. Het is mogelijk dat potentiële kopers ook daardoor buiten beeld blijven.^[23]

Een laatste nadeel dat hier wordt genoemd is dat, in ieder geval zolang de pre-pack geen wettelijke basis heeft, sprake is van rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid. De rechtsonzekerheid bestaat uit het gegeven dat onduidelijkheid bestaat over de positie van de rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris.^[24] De rechtsongelijkheid bestaat uit het feit dat niet alle rechtbanken meewerken aan de pre-pack. Drie van de elf rechtbanken benoemen geen beoogd curator en beoogd rechter-commissaris.^[25] Of gebruikgemaakt kan worden van de pre-pack hangt daarom af van het arrondissement waarin een schuldenaar is gevestigd.^[26] Volgens berichtgeving in het FD heeft Estro daarom ruim een maand voor de faillietverklaring haar statutaire zetel verplaatst van Amersfoort naar Amsterdam.^[27]

Voetnoten

[1] Verstijlen 2014, p. 28, 55 en 56; Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79; Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47; [Kamerstukken I 2016/17, 34218, C](#), p. 1 en 2; [Kamerstukken II, 34218, nr. 3](#), p. 9-10 en 27-28. Zie ook art. 363 lid 1 Fw (nieuw), waarin meerwaarde de pre-pack aanwezig wordt geacht als de stille voorbereidingsfase de kans op verkoop voor een zo hoog mogelijke prijs en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid zodanig kan vergroten, dat dit opweegt tegen het nadeel dat de voorbereiding van het faillissement in stilte plaatsvindt.

[2] Aalbers e.a., *Int. Insolv. Rev.* 2019, afl. 3, par. 2.3.

[3] Tollenaar, *TvI* 2011/23, par. 6.1.

[4] Tideman stelde in 2013 zich erover te verbazen dat in de literatuur werd beweerd dat de pre-pack zou leiden tot een hogere opbrengst in Tideman, *FIP* 2013, afl. 6.

[5] Aalbers e.a., *Int. Insolv. Rev.* 2019, afl. 3, par. 4.

[6] Van den Bosch, *TvOB* 2018, afl. 4.

[7] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 9. Het onderzoek zelf heb ik niet kunnen vinden. De minister kennelijk ook niet, omdat in de memorie van toelichting niet wordt verwezen naar het onderzoek zelf, maar naar het artikel in het FD waarin verslag wordt gedaan van het onderzoek (zie volgende voetnoot).

[8] Verbeek, *FD* 7 juli 2014; H.L. Aalbers e.a., 'De relevantie van transparantie: pre-pack in Nederland', 11 juli 2014, <https://mena.nl/artikel/de-relevantie-van-transparantie-prepack-in-nederland> (laatst geraadpleegd: 31 augustus 2022).

[9] Aldus kennelijk ook Verkerk, Windt & Rozendal, *TvI* 2014/40, par. 1.

[10] Aalbers, Van Boven & Limburg, *ESB* juni 2022.

[11] Frisby 2007, p. 69-71. Van de onderzochte zaken waar informatie bekend was over behoud van

werkgelegenheid, werden bij pre-packs in 92% van de gevallen alle banen behouden, tegenover 65% van de gevallen waarbij geen sprake was van een pre-pack. Dat in het Verenigd Koninkrijk vaak alle banen behouden blijven, komt doordat de OVO-regeling ook in de *administration* van toepassing is.

[12] Walton & Umfreville 2014.

[13] Graham 2014, p. 25 en 26. Walton & Umfreville 2014, p. 26 en 27. In 81,74% van de pre-packzaken waar informatie over behoud van werkgelegenheid bekend was, werden alle banen behouden. Het is de vraag of deze conclusie op basis van het verrichte onderzoek getrokken kan worden, omdat op het punt van behoud van werkgelegenheid geen vergelijking is gemaakt met *administrations* die niet zijn gepre-packt.

[14] Frisby 2007. Frisby heeft zowel voorverpakte *administrative receiverships* als *administrations* onderzocht. Bij beide procedures was de uitkering aan alle schuldeisers 22% bij een pre-pack, tegenover 21,8% zonder pre-pack (pagina 50). Bij uitsluitend de *administrations* was de uitkering aan alle schuldeisers 22,7% bij de pre-pack, tegenover 22,8% zonder pre-pack (p. 59).

[15] Walton & Umfreville 2014, p. 32 en 65. Vergelijk Graham 2014, p. 33, waar op basis van het Wolverhampton-rapport om voor mij onverklaarbare redenen andere percentages genoemd worden. Volgens Graham werd in 56% van de 'gewone' *administrations* geen uitkering gedaan aan concurrente schuldeisers, tegenover 60% van de pre-packs.

[16] Frisby concludeert dat er indicaties zijn die hierop wijzen, hoewel op basis van haar onderzoek geen harde conclusies getrokken kunnen worden, zie Frisby 2007, p. 67. Zie voor een vergelijking tussen onder meer de positie van zekerheidsgerechtigde crediteuren bij pre-packs in het Verenigd Koninkrijk en Nederland Kastrinou & Vullings, *Int. Insolv. Rev.* 2018, afl. 3.

[17] Polo 2012.

[18] *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen. Risico's voor patiëntveiligheid*, Den Haag: Onderzoeksraad voor Veiligheid december 2019, p. 96 en 97.

[19] Concept memorie van toelichting novelle WCO I, p. 5.

[20] Bentfort van Valkenburg & Van de Wiel, *TvI* 2021/23, par. 6.3.

[21] Zie bijvoorbeeld Tacoma & Weebers-Vrenken, *Vastgoedrecht* 2013, afl. 6.

[22] Aldus bijvoorbeeld Tideman, *FIP* 2013, afl. 6 ('(...) niettemin valt niet uit te sluiten dat zich in het isolement van de pre-packfase een soort 'Stockhol-syndroom' meester maakt van de te benoemen curator, waardoor hij niet meer onbevooroordeeld kan handelen.') en Van Apeldoorn, *TvI* 2012/17. Mits de beoogd curator op voldoende afstand is betrokken, valt dit risico mee volgens Jongepier & Hoogenboezem, *FIP* 2013, afl. 6.

[23] Hummelen 2015, p. 169-170. Deze gedachte wordt ondersteund door het onderzoek dat Hurenkamp (voordat het wetsvoorstel WCO I is aangeboden aan de Tweede Kamer) heeft uitgevoerd, zie Hurenkamp, *TvI* 2015/20, par. 4.3. Zie ook Loesberg, *TOP* 2013, afl. 1.

[24] Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, par. 4.

[25] Zie Van Vugt, *FIP* 2014, afl. 1, ook voor de redenen om niet mee te werken aan een nog niet wettelijke geregelde pre-pack.

[26] Van Andel, *TvI* 2014/37.

[27] Verbeek, *FD* 9 juli 2014.

7.3 (Gebrek aan) invloed schuldeisers en andere belanghebbenden

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708444:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

7.3.1 Zeggenschap schuldeisers en andere belanghebbenden7.3.2 Waarborgen voor schuldeisers

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.3.1

7.3.1 Zeggenschap schuldeisers en andere belanghebbenden

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708357:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

Omdat de voorbereiding van het faillissement in stilte plaatsvindt, hebben schuldeisers geen formele zeggenschapsrechten gedurende de stille voorbereidingsfase. Hetzelfde geldt voor vrijwel alle andere belanghebbenden. Een uitzondering op deze regel wordt gevormd door de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging. Op grond van artikel 363 lid 4 Fw (nieuw) verbindt de rechtbank aan de aanwijzing van een beoogd curator de voorwaarde dat de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging onder geheimhouding bij het faillissement wordt betrokken.^[1] Dat is alleen anders als het belang van de onderneming zich hiertegen verzet.

Als tijdens de stille voorbereidingsfase een doorstart wordt voorbereid, is de mogelijkheid om de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging te passeren beperkt. In de DA-beschikking heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat de ondernemingsraad adviesrecht heeft bij een doorstart.^[2] Op grond van artikel 25 lid 2 WOR moet dit advies op een zodanig moment worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Bij een pre-pack wordt de doorstart regelmatig op de datum van of enkele dagen na de faillietverklaring gerealiseerd,^[3] zodat de ondernemingsraad gedurende de stille voorbereidingsfase om advies moet worden gevraagd.

Voetnoten

[1] Deze bepaling is bij amendement toegevoegd, zie [Kamerstukken II 2015/16, 34218, nr. 9](#).

[2] HR 2 juni 2017, *NJ* 2017/453 (DA), r.o. 3.3.4.

7.3.2 Waarborgen voor schuldeisers

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708447:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

Meerwaarde

In verband met het gebrek aan transparantie en zeggenschap van belanghebbenden, biedt de WCO I diverse waarborgen voor schuldeisers. In de eerste plaats wordt alleen een beoogd curator aangewezen als de schuldenaar aannemelijk heeft gemaakt dat de stille voorbereidingsfase meerwaarde heeft. Meerwaarde is aanwezig als de stille voorbereiding de schade van betrokkenen in faillissement zodanig kan beperken of de kans op een doorstart tegen een zo hoog mogelijke prijs en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid zodanig kan vergroten, dat dit opweegt tegen het gebrek aan transparantie (art. 363 lid 1 Fw (nieuw)). De rechtbank vermeldt de door de schuldenaar aangedragen - en door de rechtbank terecht bevonden - meerwaarde in haar beschikking (art. 363 lid 2 Fw (nieuw)). Deze meerwaarde bepaalt het mandaat van de beoogd curator.^[1]

Om de schuldenaar te motiveren de rechtbank juist te informeren over deze meerwaarde, bevat de WCO I twee sancties als bij het verzoek onjuiste informatie wordt verschaft over de meerwaarde met als doel de stille voorbereidingsfase op oneigenlijke gronden te gebruiken. Het verschaffen van onjuiste informatie kan reden zijn om een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen (art. 106a lid 1 onder f Fw (nieuw)) en door het verschaffen van onjuiste informatie heeft het bestuur zijn taak onbehoorlijk vervuld en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement (art. 2:138/248 lid 1 BW (nieuw)).^[2] Kan het bestuur geen andere belangrijke oorzaak van het faillissement aannemelijk maken, dan zijn in beginsel alle bestuurders hoofdelijk aansprakelijk voor het boedelttekort. Overigens vermoed ik dat dit bewijsvermoeden gemakkelijk weerlegd kan worden, omdat op grond van artikel 363 lid 1 Fw (nieuw) sprake moet zijn van een naderend faillissement en dat in de regel ook het geval zal zijn.

Beoogd curator en beoogd rechter-commissaris

Een tweede waarborg voor schuldeisers kan worden gevonden in de aanwijzing van een beoogd curator (art. 363 lid 1 Fw (nieuw)) en de benoeming van een beoogd rechter-commissaris (art. 365 Fw (nieuw)). Volgens de memorie van toelichting rust op zowel de beoogd curator als de beoogd rechter-commissaris een grotere verantwoordelijkheid dan op de (daadwerkelijke) curator en rechter-commissaris. Schuldeisers moeten erop kunnen vertrouwen dat de curator opkomt voor hun belangen^[3] en dat de rechter-commissaris hier uit zichzelf op toeziet^{[4]. [5]}

Om de beoogd curator in de gelegenheid te stellen zijn taak goed en onafhankelijk te kunnen uitvoeren, moet (het bestuur van) de schuldenaar gevraagd en ongevraagd alle^[6] relevante inlichtingen verschaffen aan de

beoogd curator (art. 364 lid 3 Fw).^[7] Opvallend is dat er geen sanctie staat op het niet nakomen van de inlichtingenplicht. Volgens de minister schiet de schuldenaar zichzelf in de voet door niet aan de inlichtingenplicht te voldoen, omdat dat ertoe kan leiden dat de beoogd curator de rechtbank zal verzoeken om ontheffing van zijn aanstelling als beoogd curator (art. 366 lid 1 onder a Fw (nieuw)) of dat de beoogd curator zich niet in staat acht kort na de faillietverklaring een beslissing te nemen over de voorbereide doorstart.^[8] Het is de vraag of dit een voldoende prikkel is om aan de inlichtingenplicht te voldoen, met name als het bestuur van de schuldenaar zelf wil participeren in de doorstart.^[9] Voldoet het bestuur wel aan zijn inlichtingenplicht dan bestaat voor het bestuur het risico dat de gewenste doorstart ook geen doorgang vindt. Omdat de inlichtingenplicht in het verlengde ligt van de verplichting om informatie te verschaffen over de meerwaarde van de stille voorbereidingsfase,^[10] ligt het voor de hand dat ook voor het niet voldoen aan de inlichtingenplicht een bestuursverbod kan worden opgelegd.^[11]

De informatie die de beoogd curator krijgt en de belangen die aan de beoogd curator worden voorgelegd zijn altijd beperkt, ook als (het bestuur van) de schuldenaar zich houdt aan de inlichtingenplicht. De inlichtingen zullen verstrekt worden vanuit het perspectief van de schuldenaar. Andere belangen die in beginsel aan de beoogd curator voorgelegd zullen worden, zijn de belangen van de werknemers in verband met het adviesrecht van de ondernemingsraad en de belangen van de zekerheidsgerechtigde schuldeiser(s), omdat een doorstart alleen kans van slagen heeft als zij afstand doen van hun zekerheidsrechten.

Het belang van de zekerheidsgerechtigde schuldeisers strijdt in ieder geval in potentie met het belang van de gezamenlijke schuldeisers.^[12] Als de waarde van het onderpand hoger is dan de vordering van de zekerheidsgerechtigde schuldeiser, heeft de zekerheidsgerechtigde schuldeiser met name belang bij een snelle verkoop, ook als dat leidt tot een lagere opbrengst. Het nadeel van de lagere opbrengst komt namelijk voor rekening van de schuldeisers zonder zekerheidsrecht. Ook als de waarde van de activa lager is dan de vordering kan de zekerheidsgerechtigde schuldeiser toch de voorkeur geven aan snelheid en zekerheid boven een potentieel hogere opbrengst, bijvoorbeeld omdat bestuurders garanties hebben afgegeven of simpelweg omdat meer belang wordt gehecht aan snelheid en zekerheid.^[13] Omdat de 'gewone' schuldeisers en ook anderen hun belangen niet naar voren kunnen brengen, bestaat het risico dat deze belangen ondergesneeuwd raken.^[14]

Verslag

Als derde waarborg voor schuldeisers kan worden gewezen op het verslag dat de beoogd curator in beginsel binnen zeven dagen na de beëindiging van de aanwijzing moet uitbrengen (art. 366 lid 3 Fw (nieuw)). Het verslag wordt, in ieder geval als het faillissement binnen drie maanden volgt, ter inzage van eenieder gedeponneerd ter griffie (art. 366 lid 4 Fw (nieuw)). Hoewel artikel 366 lid 3 Fw het mogelijk maakt bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen over de inhoud van het verslag, wil de minister de invulling van het verslag in ieder geval in eerste instantie overlaten aan de praktijk.^[15]

De Raad voor de rechtspraak heeft in zijn reactie op het wetsvoorstel geschreven dat het landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling, Recofa, in de toekomst nadere richtlijnen en/of een model voor het verslag kan opstellen.^[16] Richtlijnen voor de inhoud van het verslag volgen in ieder geval tot die tijd uit de Praktijkregels beoogd curator van INSOLAD.^[17] Volgens artikel 9 van de Praktijkregels beoogd curator moet het verslag zo veel mogelijk informatie en transparantie verschaffen zodat de schuldeisers kunnen beoordelen of de beoogd curator hun belangen afdoende heeft gediend. Het verslag moet onder meer een uitgebreide beschrijving bevatten van de doorstart voor zover deze is gerealiseerd. Daarbij moet de beoogd curator duidelijk maken welke verkoopinspanningen zijn verricht, welke opties zijn onderzocht en wat de details zijn van de transactie. Verder moet uit het verslag blijken welke belanghebbenden bij de stille voorbereidingsfase zijn betrokken en op welke wijze en wat de positie en handelwijze was van onder meer de bank of andere zekerheidsgerechtigde schuldeisers.^[18] Een duidelijke termijn waarbinnen het verslag moet worden gepubliceerd en uitgebreide regels over de inhoud van het verslag zijn kennelijk nodig, omdat de termijn waarbinnen een verslag werd gedeponneerd en de omvang en gedetailleerdheid van uitgebrachte verslagen in ieder geval tot medio 2014 sterk uiteenliep.^[19]

Volgens de memorie van toelichting vergroot de snelle verslaglegging de kans voor schuldeisers om nog invloed uit te oefenen op de besluitvorming van de curator en rechter-commissaris over de doorstart.^[20] Uit hoofdstuk 4 volgt dat de mogelijkheid voor schuldeisers om invloed uit te oefenen op de doorstart zeer beperkt is als het verslag wordt gedeponereerd nadat de curator de koopovereenkomst heeft gesloten en de rechter-commissaris goedkeuring heeft verleend voor de doorstart. Het verslag zal daarom in veel gevallen geen mogelijkheid bieden om invloed uit te oefenen op de doorstart, maar (slechts) dienen om het verkoopproces aanvaardbaar te maken voor schuldeisers^[21] en hen de mogelijkheid te geven achteraf onregelmatigheden aan de orde te stellen.^[22]

Om de kwaliteit van de verslaglegging te vergroten, is het van belang dat rechters-commissarissen goed toezicht houden op de verslaglegging. Het is ook aan te bevelen dat de inhoud van het verslag bij algemene maatregel van bestuur wordt geregeld. De Recofa-richtlijnen zijn geen recht in de zin van artikel 79 RO.^[23] Aan de Praktijkregels beoogd curator komt volgens de Hoge Raad weliswaar betekenis toe,^[24] maar welke betekenis is niet duidelijk. Met name beoogd curatoren die geen lid zijn van INSOLAD voelen zich wellicht niet of in mindere mate gebonden aan de praktijkregels. Het is van belang dat geen onduidelijkheid bestaat over de status van een regeling die ziet op iets belangrijks als de verslaglegging. Uiteraard doet de minister er verstandig aan gebruik te maken van de Praktijkregels beoogd curator en de inhoud van de AMvB met zowel INSOLAD als Recofa af te stemmen.

Voorwaarden rechtbank en schuldeiserscommissie

Het gebrek aan invloed en transparantie wordt in de WCO I in de vierde plaats gemitigeerd door de rechtbank de mogelijkheid te geven voorwaarden te stellen aan de aanwijzing van een beoogd curator (art. 363 lid 4 Fw (nieuw)). De voorwaarden kunnen gesteld worden in de uitspraak waarbij de beoogd curator wordt aangesteld, maar ook op een later moment. Een voorbeeld van een voorwaarde die de rechtbank kan stellen is dat na de faillietverklaring een publieke aankondiging van de voorgenomen verkoop moet worden gedaan, zodat potentiële kopers die niet tijdens de stille voorbereidingsfase zijn benaderd alsnog hun interesse kunnen tonen en schuldeisers op de voorbereide doorstart kunnen reageren.^[25] In het verlengde hiervan is in de memorie van toelichting opgenomen dat ook de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator kunnen afspreken dat de voorbereide doorstart na de faillietverklaring wordt aangekondigd zodat schuldeisers nog de mogelijkheid hebben invloed uit te oefenen op de doorstart.^[26]

In de literatuur is vaker gewezen op de mogelijkheid om, ook als tijdens de stille voorbereidingsfase een doorstart is uitonderhandeld, na de faillietverklaring alsnog een openbare verkoopprocedure te doorlopen. De curator kan dan nog onder de voorwaardelijke gesloten overeenkomst uit, al dan niet onder betaling van een *break up fee*,^[27] als tijdens faillissement een beter bod wordt gedaan. Naar Amerikaans voorbeeld wordt dit ook wel de *stalking horse* procedure genoemd.^[28] In de Nederlandse pre-packpraktijk is deze werkwijze meerdere keren toegepast.^[29] In de literatuur lijkt men het erover eens dat niet verplicht gebruik moet worden gemaakt van de *stalking horse*. Tollenaar stelt dat na de faillietverklaring vaak onvoldoende tijd beschikbaar is om alsnog een openbare verkoopprocedure te doorlopen,^[30] Van Zanten ziet onder meer problemen in het feit dat niet direct na de faillietverklaring bekendgemaakt kan worden wie de doorstarter is^[31] en Hummelen wijst erop dat het niet altijd mogelijk is de voortzetting van de onderneming gedurende de openbare verkoopperiode te financieren.^[32] Vanwege deze bezwaren is het terecht dat de *stalking horse* niet als verplichting is opgenomen in de WCO I.

Voorlopige schuldeiserscommissie

Tot slot kan bij de faillietverklaring op voordracht van de beoogd rechter-commissaris of op verlangen van de beoogd rechter-commissaris een voorlopige schuldeiserscommissie worden ingesteld om het gebrek aan invloed van schuldeisers en andere belanghebbenden te repareren (art. 74 lid 2 Fw (nieuw)). In ieder geval moet een vertegenwoordiger van de werknemers worden benoemd tot lid van de voorlopige schuldeiserscommissie. Als bij de onderneming een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is

ingesteld, is een lid van dit medezeggenschapsorgaan de werknemersvertegenwoordiger in de schuldeiserscommissie.^[33]

Als het faillissement eenmaal is uitgesproken, moet snel doorgepakt worden. Daarom ligt het voor de hand dat de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris tijdens de stille voorbereidingsfase al overleg hebben over de samenstelling van de schuldeiserscommissie. De personen die zij op het oog hebben, moeten tijdens de stille voorbereidingsfase ook al worden benaderd. Op die manier kan de voorlopige commissie in het faillissementsvonnis worden aangesteld en kort na de faillietverklaring adviseren over de voorgenomen doorstart.^[34]

Schuldeisers en andere betrokkenen hebben door de stilte van de voorbereidingsfase weinig zeggenschapsrechten, maar de WCO I probeert dit op verschillende manieren te compenseren. Omdat de Nederlandse pre-packpraktijk is geïnspireerd door de Engelse praktijk, wordt in de volgende paragraaf ingegaan op de Engelse pre-pack. Mede naar aanleiding van het Engelse recht en kritiek daarop in de literatuur, wordt de positie van schuldeisers in paragraaf 7.6 geëvalueerd.

Voetnoten

[1] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 13. Dit volgt ook uit artikel 364 lid 1 Fw (nieuw), waar staat dat de beoogd curator *ter verwezenlijking van de meerwaarde* wordt betrokken bij de voorbereidingsfase.

[2] Van Zanten stelt dat deze sancties van groot belang zijn in Van Zanten, *TvI* 2015/35. Van Zanten is iets minder stellig in Van Zanten, *FIP* 2015/269, waar hij schrijft dat in de praktijk moet blijken of de sanctie van artikel 2:138/248 BW voldoende afschrikwekkende werking heeft voor kwaadwillende bestuurders die misbruik willen maken van de regeling.

[3] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 17.

[4] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 23 en 24.

[5] Zie hierover ook Wolfram-van Doorn & Schmieman, *TvI* 2015/34.

[6] Aan het bezwaar naar aanleiding van de consultatieversie van de WCO I dat geen sprake was van een algemene inlichtingenplicht is daarmee tegemoetgekomen. Zie voor dit bezwaar Hummelen, *TvI* 2015/2, par. 5.1.

[7] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 4](#), p. 11.

[8] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 4](#), p. 11 en 12.

[9] Zie over dit probleem bijvoorbeeld de reactie van de NOvA op het voorontwerp WCO I van 21 januari 2014, par. 4.4.

[10] Van Zanten, *TvI* 2015/35, par. 4.2.

[11] Vergelijk ook artikel 106a lid 1 sub c Fw, op grond waarvan een bestuursverbod kan worden opgelegd als een bestuurder niet voldoet aan de informatie- of medewerkingsplicht jegens de curator in faillissement.

[12] Gispen 2013, p. 84.

[13] Nocilla, *Int. Insolv. Rev.* 2017, afl. 1, p. 67, 68 en 76.

[14] Kahneman stelt in Kahneman 2011, hoofdstuk 7, dat alleen informatie die voorhanden is wordt gebruikt bij het nemen van een beslissing. Hij noemt dit What You See Is All There Is (WYSIATI). Uiteraard is het niet zo dat de beoogd curator om deze reden de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet kan behartigen. Zeker het belang bij een zo hoog mogelijke opbrengst is voor de beoogd curator bekend. Hij zal hier uiteraard

naar streven, maar het blijft ook hierbij goed om te bedenken dat meer aandacht wordt geschonken aan belangen die prominent(er) naar voren worden gebracht.

[15] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 58.

[16] Raad voor de rechtspraak, 4 februari 2014, par. 3.2.2.3, gepubliceerd als bijlage bij [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#) (externe adviezen deel 2).

[17] www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/ (laatst geraadpleegd: 2 september 2022).

[18] Zie over de Praktijkregels beoogd curator Mulder, *TvI* 2015/5. In paragraaf 3.9 gaat het specifiek over het verslag.

[19] Hurenkamp, *TvI* 2015/20, par. 5.4; Verkerk, Windt & Rozendal, *TvI* 2014/40, par. 3.3.

[20] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 29. Kennelijk instemmend Van Zanten, *FIP* 2015/311, par. 4.2.

[21] Jongepier & Hoogenboezem, *FIP* 2013, afl. 6, par. 8.

[22] Verkerk, Windt & Rozendal, *TvI* 2014/40, par. 4.3 (in verband met transacties met gelieerde partijen). Vgl. [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 21.

[23] Zie bijvoorbeeld HR 15 juli 2022, *NJ* 2022/367, r.o. 4.2.

[24] HR 4 oktober 2019, *NJ* 2019/461 (*Ruwaard van Puttenziekenhuis*), r.o. 3.2.2.

[25] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 14 en 15. Zie hierover ook Van den Berg, *TvI* 2015/42, par. 3.

[26] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 25.

[27] Gispen wijst er terecht op dat een *break up fee* niet voor de hand ligt als de koper een aan de schuldenaar of zekerheidsgerechtigde schuldeiser gelieerde partij is. Zie Gispen 2013, p. 90.

[28] Zie over de *stalking horse* bijvoorbeeld Hummelen 2015, par. 6.2.3 en Tollenaar, *TvI* 2011/23, par. 3 en 6.5.

[29] In Hurenkamp, *TvI* 2015/20, par. 4.3 wordt gewezen op de faillissementen van Niopal B.V., Dankers Glas- en Schilderwerken B.V. en Yaper B.V., in Hummelen 2015, voetnoot 91 wordt het faillissement van Pelican Magazines B.V. genoemd en in Verkerk, Windt & Rozendal, *TvI* 2014/40, par. 3.3 wordt Grafisch Centrum Galgenwaard B.V. als voorbeeld gebruikt.

[30] Tollenaar, *TvI* 2011/23, par. 6.

[31] Van Zanten, *FIP* 2015/269, par. 4.1.

[32] Hummelen 2015, p. 182 en 183.

[33] Dit is bij amendement toegevoegd, zie [Kamerstukken II 2015/16, 34218, nr. 9](#).

[34] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 22 en 23.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.4

7.4 Pre-packin' in the UK

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708286:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

7.4.1 The rise of the pre-pack7.4.2 Administration7.4.3 Pre-packaged administration

Voetnoten

[1] De titel van deze paragraaf is ontleend aan Walton, *Int. Insolv. Rev.* 2009, afl. 2.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.4.1

7.4.1 The rise of the pre-pack

[1]

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708285:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

In 1977 werd in Engeland een commissie ingesteld om het Engelse insolventierecht te evalueren. Deze commissie droeg de naam 'Review Committee on Insolvency Law and Practice'. De voorzitter van de commissie was sir Kenneth Cork. Om die reden wordt het definitieve rapport dat de commissie in 1982 uitbracht het 'Cork Report' genoemd. Hoewel niet alle aanbevelingen werden overgenomen, leidde het Cork Report tot een herziening van het insolventierecht met de introductie van de Insolvency Act 1986.^[2] De commissie zag het behoud van op zichzelf winstgevende ondernemingen als een van de doelen van het insolventierecht.^[3] In het Cork Report zijn ook concrete aanbevelingen opgenomen om de redding van ondernemingen te faciliteren. Een voorbeeld hiervan is de aanbeveling om een afkoelingsperiode van twaalf maanden te introduceren en de insolventiefunctionaris de bevoegdheid te verlenen zaken waarop een zekerheidsrecht rust te verkopen zonder instemming van de zekerheidsgerechtigde.^[4] Deze nadruk op redding van ondernemingen werd (deels) door de wetgever gecodificeerd in de Insolvency Act 1986 en leidde tot de introductie van de pre-pack in de praktijk.^[5]

De pre-pack werd gebruikt in de *administration* procedure en in de *administrative receivership* procedure. De *administrative receiver* werd benoemd door een zekerheidsgerechtigde schuldeiser^[6] en moest zich ook primair richten op de belangen van degene die hem benoemde.^[7] De zekerheidsgerechtigde schuldeiser kon voorkomen dat een *administration* procedure werd geopend, omdat melding moest worden gedaan aan de zekerheidsgerechtigde schuldeiser van het verzoek tot opening van de *administration* procedure en het verzoek in beginsel werd afgewezen als een *administrative receiver* was benoemd.^[8] Op 15 september 2003 trad de Enterprise Act 2002 in werking, waarmee grotendeels een einde werd gemaakt aan de *administrative receivership* procedure.^[9] Zekerheidsgerechtigde schuldeisers mochten sindsdien op enkele uitzonderingen

na geen *administrative receiver* meer benoemen. In ruil daarvoor kregen zij de bevoegdheid om een *administrator* te benoemen en zo een *administration* procedure te openen.^[10] De Enterprise Act 2002 leidde niet alleen tot een stijging van het aantal *administrations*,^[11] maar ook tot een stijging van het aantal pre-packs.^[12] In 2019 bedroeg het aantal *administrations* 1.814 (tegenover welgeteld 1 *administrative receivership* procedure),^[13] waaronder 473 (26%) pre-packs.^[14]

Voetnoten

[1] Zie voor dezelfde titel (onder andere) Goode/Van Zwieten 2018, p. 493 en Finch & Milman 2017, p. 372.

[2] Finch & Milman 2017, p. 12-16.

[3] Cork 1982, par. 198 onder j.

[4] Cork 1982, par. 1500-1515.

[5] Vaccari, *I.C.C.L.R.* 2020, afl. 3, p.173.

[6] Goode/Van Zwieten 2018, par. 10-06 t/m 10-22.

[7] Goode/Van Zwieten 2018, par. 10-24 en 10-48.

[8] Insolvency Act 1986 section 9(2)(a) en 9(3) (oud).

[9] Finch & Milman 2017, p. 272-273.

[10] Armour 2012, par. 2.2.

[11] In 2002 werden 643 *administrations* geopend, in 2003 744 en in 2004 1602. Het aantal *liquidations* en *receiverships* nam in dezelfde jaren juist af. Zie voor deze statistieken 'Insolvency Statistics January 1984 to December 2013', te downloaden via www.gov.uk/government/statistics/insolvency-statistics-october-to-december-2013 (gedownload op 12 september 2022).

[12] Frisby 2007, p. 15-19. De database van Frisby zag op de periode tussen september 2001 en september 2004 en bevatte 227 pre-packs. 92 hiervan dateerden van de drie jaar voor inwerkingtreding van de Enterprise Act 2002 en 135 van het jaar na inwerkingtreding van de Enterprise Act 2002.

[13] 'Company Insolvency Statistics October to December 2019', te downloaden via www.gov.uk/government/statistics/company-insolvency-statistics-october-to-december-2019 (gedownload op 12 september 2022).

[14] The Insolvency Service, *Pre-pack sales in administration report*, 8 oktober 2020, par. 5.1 (beschikbaar via www.gov.uk/government/publications/pre-pack-sales-in-administration/pre-pack-sales-in-administration-report. Laatste geraadpleegd: 12 september 2022).

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.4.2

7.4.2 Administration

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum

01-06-2023

Benoeming administrator

Omdat de pre-pack in de vorm van een verkoop van de onderneming tegenwoordig met name wordt uitgevoerd binnen de context van een *administration procedure*,^[1] wordt kort de 'normale' *administration procedure* geschetst voordat nader wordt ingegaan op de pre-pack. De *administration* vangt aan door de benoeming van een *administrator*. Een *administrator* kan benoemd worden door de rechtbank, door een zekerheidsgerechtigde schuldeiser^[2] of door de vennootschap of haar bestuurders.^[3] De zekerheidsgerechtigde schuldeiser heeft een zekere mate van voorrang, omdat een verzoeker zo snel mogelijk nadat het verzoek is ingediend de zekerheidsgerechtigde schuldeiser die een *administrator* mag benoemen daarvan op de hoogte moet stellen.^[4] De vennootschap of haar bestuurder moet de zekerheidsgerechtigde schuldeiser ten minste vijf werkdagen voor de benoeming van een *administrator* op de hoogte stellen van het voornemen daartoe.^[5]

Administrators

Administrators, veelal accountants, moeten gekwalificeerd zijn om op te treden als *insolvency practitioner* (IP) in relatie tot ondernemingen.^[6] Dat is het geval als een persoon lid is van een van de vier *recognised professional bodies* (RPB's)^[7] en van de RPB de bevoegdheid heeft gekregen op te treden als IP in relatie tot ondernemingen.^[8] De Insolvency Service (IS) houdt ten behoeve van de Secretary of State toezicht op de RPB's en vaardigt met de RPB's en R3, de vakvereniging voor insolventie- en herstructureringsspecialisten, richtlijnen uit in de vorm van Statements of Insolvency Practice (SIPs). Verder heeft de IS in 2008 een 'Insolvency Code of Ethics' uitgevaardigd, die van toepassing is op alle IP's.^[9] De IP's staan onder toezicht van de RPB's en kunnen door de RPB waarvan zij lid zijn gesanctioneerd worden. Mogelijke sancties lopen uiteen van een waarschuwing tot een ontzetting uit het lidmaatschap en intrekking van de bevoegdheid om op te treden als IP.^[10] Jaarlijks wordt een rapport uitgebracht over de regulering van IP's. In dit rapport worden ook de sancties, met uitzondering van waarschuwingen, gepubliceerd.^[11]

Doelen administration

De *administrator* moet bij de uitoefening van zijn taak één van de drie wettelijke doelen nastreven. Het eerst doel is de redding van de vennootschap als een *going concern*, het tweede doel is het behalen van een beter resultaat voor de gezamenlijke schuldeisers dan vermoedelijk zou worden behaald bij liquidatie en het derde doel is de verkoop van de activa met het doel een uitkering te doen aan één of meer zekerheidsgerechtigde of preferente schuldeisers.^[12] Deze doelen hebben een hiërarchische volgorde. Alleen als het eerste doel niet kan worden behaald of minder oplevert voor de gezamenlijke schuldeisers, mag het tweede doel worden nagestreefd.^[13] Het derde doel mag alleen worden nagestreefd als de eerste twee doelen niet haalbaar zijn en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierdoor niet onnodig worden geschaad.^[14] Het eerste doel houdt in dat (een belangrijk deel van) de onderneming gered wordt binnen de vennootschap die de onderneming drijft. Een doorstart, dat wil zeggen verkoop van de onderneming en uitkering van de opbrengst aan de schuldeisers, beantwoordt niet aan het eerste doel. Afhankelijk van de schuldeisers aan wie een uitkering kan worden gedaan, is een doorstart in lijn met het tweede of derde doel van de *administration*.^[15] De *administrator* moet handelen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers.^[16]

Schuldeisersparticipatie

De *administrator* moet voorstellen op welke wijze hij één van de doelen van de *administration* wil behalen.^[17] De schuldeisers mogen in beginsel stemmen en de voorstellen van de *administrator* al dan niet goedkeuren.^[18] Dat is alleen anders als de schuldeisers volledig betaald kunnen worden, als het niet mogelijk is een uitkering te doen aan de schuldeisers zonder zekerheidsrecht of als het niet mogelijk is het eerste of tweede doel van de *administration* te realiseren.^[19] In beginsel moet binnen tien weken na aanvang van de *administration* worden gestemd.^[20] De voorstellen moeten ten minste veertien dagen voor de stemming aan de schuldeisers zijn voorgelegd.^[21] Een voorstel wordt goedgekeurd met een gewone meerderheid van het bedrag van de vorderingen waarvoor een stem wordt uitgebracht.^[22] Een voorstel is toch niet aangenomen als de meerderheid van het bedrag van de stemgerechtigde schuldeisers tegen heeft gestemd als de gelieerde schuldeisers buiten beschouwing worden gelaten.^[23] Als de schuldeisers de voorstellen van de *administrator* niet goedkeuren, moet de rechtbank bepalen wat de vervolgstappen zijn.^[24]

Het belang van schuldeisersparticipatie, aanbevolen in het Cork Report^[25] en opgenomen in de Insolvency Act 1986, werd in 1987 bevestigd door Gibson J. in *Consumer and Industrial Press Ltd (No2)*. Volgens de rechter kon alleen toestemming gegeven worden voor verkoop van goederen waarop een zekerheidsrecht rust als de voorgestelde verkoop de enige redelijke optie is en schuldeisers zonder zekerheidsrecht de mogelijkheid hebben gehad zich uit te laten over de voorstellen van de *administrator*. Slechts onder zeer bijzondere omstandigheden kan een rechter toestemming geven voor de verkoop voordat de schuldeisersvergadering heeft gestemd over de voorstellen van de *administrator*.^[26]

Verkoop zonder instemming schuldeisers en rechtbank

In de loop van de tijd is de beslissing om de onderneming te verkopen voordat een schuldeisersvergadering is gehouden in de rechtspraak steeds meer overgelaten aan de *administrator*.^[27] Dat begon al in 1987, toen Vinelott J. in de niet gepubliceerde zaak *Charnley Davies Ltd (No2)* oordeelde dat de *administrator* de bevoegdheid had zonder toestemming van de rechtbank de gehele onderneming te verkopen voordat een schuldeisersvergadering was gehouden als de *administrator* meende dat de verkoop in het belang was van de vennootschap en de schuldeisers.^[28]

Neuberger J. sloot aan bij het oordeel van Vinelott J. in *T&D Industries Plc*.^[29] *Administration* is bedoeld als een flexibele, goedkope en relatief informele procedure, wat betekent dat de rol van de rechtbank zo beperkt mogelijk moet zijn. Daar komt bij dat in de regel geen ruchtbaarheid wordt gegeven aan een verzoek om een verkoop goed te keuren, zodat de rechtbank een verzoek uitsluitend op basis van informatie van de *administrator* moet beoordelen. Volgens Neuberger J. ligt het voor de hand dat de rechtbank in de regel zal beslissen dat het verzoek overduidelijk moet worden toegewezen of dat het een commerciële of administratieve beslissing van de *administrator* betreft waar de rechtbank niets zinnigs over te zeggen heeft.^[30] Een oordeel van de rechtbank zou alleen zin hebben als de *administrator* op basis van dat oordeel niet aansprakelijk is tegenover derden, maar mede omdat derden in beginsel niet de mogelijkheid hebben in de procedure te verschijnen heeft de goedkeuring van de rechtbank niet dat effect.^[31] Neuberger J. benadrukt wel dat een *administrator* zoveel mogelijk moet proberen te overleggen met in ieder geval een aantal schuldeisers, ook als de verkoop niet wordt voorgelegd aan de schuldeisersvergadering.^[32]

Dat de *administrator* ook na invoering van de Enterprise Act 2002 de bevoegdheid heeft zonder toestemming van de rechtbank de onderneming te verkopen voordat een schuldeisersvergadering is gehouden volgt uit *Transbus International Ltd*.^[33] Waar mogelijk beperkt de Enterprise Act 2002 de betrokkenheid van de rechtbank, aldus Lawrence Collins J. Het ligt daarom niet voor de hand dat toestemming van de rechtbank nodig is. Uit par. 68 van Schedule B1 bij de Enterprise Act 1986 volgt dat een *administrator* zich moet houden aan aanwijzingen van de rechtbank, maar alleen als dergelijke aanwijzingen zijn gegeven. Hieruit volgt niet dat een verkoop voorafgaand aan een schuldeisersvergadering slechts mag plaatsvinden op aanwijzing van de rechtbank.^[34] Dat de *administrator* zelfstandig mag beslissen over de verkoop van de onderneming,^[35] maakt de pre-pack mogelijk in Engeland.^[36]

Voetnoten

- [1] Vaccari, *I.C.C.L.R.* 2020, afl. 3, p. 173.
- [2] Meer specifiek de 'holder of a qualifying floating charge', zie Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 14.
- [3] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 2.
- [4] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 12(2)(c).
- [5] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 26(1)(b).
- [6] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 6.
- [7] De erkenning als RPB geschiedt door de Secretary of State op grond van Insolvency Act 1986 section 391. Zie voor een overzicht en contactgegevens van de actuele RPB's www.gov.uk/government/publications/insolvency-practitioners-recognised-professional-bodies/recognised-professional-bodies (laatst geraadpleegd: 12 september 2022).
- [8] Insolvency Act 1986 section 390A.
- [9] Finch & Milman 2017, p. 150-153.
- [10] Xie 2016, p. 156-158.
- [11] Zie bijvoorbeeld voor het rapport over 2021 www.gov.uk/government/publications/insolvency-practitioner-regulation-process-review-2021/annual-review-of-insolvency-practitioner-regulation-2021 (laatst geraadpleegd: 12 september 2022).
- [12] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 3(1).
- [13] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 3(3).
- [14] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 3(4).
- [15] Xie 2016, p. 49-50.
- [16] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 3(2).
- [17] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 49. Zie Kerr & Hunter/Robinson & Walton (red.) 2020, nr. 25-18 en 25-20.
- [18] Die 'beslissing' kan ook worden genomen door middel van de *deemed consent procedure*. Zie over de wijze waarop de beslissing genomen kan worden hoofdstuk 6.5.2.
- [19] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 52. Schuldeisers met ten minste 10% van de vorderingen kunnen desondanks een schuldeisersvergadering bijeen laten roepen op grond van par. 52(2)(a).
- [20] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 51.
- [21] Insolvency Rules 2016 r.15.11(1).
- [22] Insolvency Rules 2016 r.15.34(1).
- [23] Insolvency Rules 2016 r.15.34(2).
- [24] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 55.

[25] Bijvoorbeeld Cork Report, par. 919.

[26] Chancery Division 8 december 1987, (1988) 4 B.C.C. 72 (*Consumer and Industrial Press Ltd (No2)*). Zie over deze uitspraak ook Walton, *Int. Insolv. Rev.* 2009, afl. 2, p. 107.

[27] Wellard & Walton, *Int. Insolv. Rev.* 2012, afl. 3, p. 148.

[28] Het oordeel van Vinelott J. is te kennen uit een latere uitspraak van Millet J. in het kader van dezelfde vennootschap, zie Chancery Division 25 mei 1990, [1990] B.C.C. 605 (*Charnley Davies Ltd (No2)*), p. 610 en 611.

[29] Chancery Division 8 november 1999, [2000] 1 W.L.R. 646 (*T&D Industries Plc*).

[30] Chancery Division 8 november 1999, [2000] 1 W.L.R. 646 (*T&D Industries Plc*), p. 652.

[31] Chancery Division 8 november 1999, [2000] 1 W.L.R. 646 (*T&D Industries Plc*), p. 652. Zie ook p. 657: 'Commercial and administrative decisions are for him [de administrator], and the court is not there to act as a sort of bomb shelter for him.'

[32] Chancery Division 8 november 1999, [2000] 1 W.L.R. 646 (*T&D Industries Plc*), p. 653 en 657-658.

[33] Chancery Division 27 april 2004, [2004] 1 W.L.R. 2654 (*Transbus International Ltd*).

[34] Chancery Division 27 april 2004, [2004] 1 W.L.R. 2654 (*Transbus International Ltd*), r.o. 13.

[35] Het is de vraag of dit ook de bedoeling is geweest. De toenmalige Secretary of State for Trade en Industry schreef in aanloop naar de Enterprise Act 2002: 'We propose to create a streamlined administration procedure which will ensure that all interest groups get a fair say and have an opportunity to influence the outcome.' Zie het voorwoord in The Insolvency Service, *Insolvency - A Second Chance*, 30 juli 2001, CM 5234.

[36] Mohan & Raj, *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (vol. 29) 2021, afl. 2, p. 265-266.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.4.3

7.4.3 Pre-packaged administration

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708336:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

Pre-pack is toegestaan

De *pre-packaged administration* is mogelijk doordat de *administrator* zelfstandig mag beslissen over een doorstart, maar ook doordat de *administrator* zonder bemoeienis van de rechtbank kan worden benoemd door de vennootschap, haar bestuurders of een daartoe bevoegde zekerheidsgerechtigde schuldeiser.^[1]

Voorafgaand aan de opening van de *administration* wordt een doorstart uitonderhandeld, die direct na opening

[2]

van de *administration* wordt gerealiseerd. De pre-pack heeft in Engeland geen wettelijke basis. De vraag werd daarom gesteld of de pre-pack wel is toegestaan, omdat bij aanvang van de *administration* al duidelijk is dat het eerste doel van de *administration* niet bereikt kan worden.^[3] In *DKLL Solicitors v HMRC* werd dit niet als een probleem gezien.^[4] Ondanks verzet van de grootste schuldeiser werd de *administration* geopend, zodat de voorbereide doorstart kon worden gerealiseerd. Van belang voor dit oordeel was dat niet was gebleken dat de onderneming voor een hogere prijs kon worden verkocht.^[5] Daarnaast was de voorbereide doorstart in het belang van de werknemers en cliënten van het advocatenkantoor waarom het ging.^[6]

In *Hellas Telecommunications* overwoog Lewison J., in lijn met de in de vorige paragraaf besproken uitspraken, dat de wet geen instemming van de rechtbank vereist voor de verkoop van de onderneming en dat het in beginsel aan de *administrator* is om de voorgenomen verkoop te beoordelen. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan de rechter een oordeel geven over de verkoop die voorligt. Dat is het geval als de voorgenomen verkoop overduidelijk misbruik met zich brengt of juist als de voorgenomen verkoop de enige mogelijke optie is. In het geval van *Hellas Telecommunications* was naar het oordeel van Lewison J. het tweede aan de orde: de onderneming werd verkocht aan de enige bidder die nog over was gebleven, een aan de schuldenaar gelieerde partij, en de *senior creditors* wilden uitsluitend met dat bod instemmen.^[7]

Positie zekerheidsgerechtigde schuldeisers

De Engelse pre-pack is veel en kritisch becommentarieerd, met name rakend aan de positie van schuldeisers met een zekerheidsrecht en verkoop van de onderneming aan een gelieerde partij.^[8] Ik behandel eerst de positie van de zekerheidsgerechtigde schuldeisers. Het is niet noodzakelijk dat een zekerheidsgerechtigde schuldeiser afstand doet van het zekerheidsrecht. In plaats daarvan kan de *administrator* goederen waarop een zekerheidsrecht rust ook verkopen met toestemming van de rechtbank.^[9] Omdat toestemming van de rechtbank voor vertraging zorgt, wordt instemming van de zekerheidsgerechtigde schuldeisers vaak toch noodzakelijk geacht.^[10] De zekerheidsgerechtigde schuldeiser kan een verkoop ook afdwingen door te laten doorschemeren dat het niet mogelijk is financiering te krijgen voor de voortzetting van de onderneming in de periode dat wordt gezocht naar een andere optie dan de voorkeursoptie van de zekerheidsgerechtigde schuldeiser.^[11]

Een andere reden waarom een zekerheidsgerechtigde schuldeiser veel invloed heeft op de procedure is dat de daartoe kwalificerende zekerheidsgerechtigde een *administrator* mag benoemen. Er zijn overigens goede redenen om die bevoegdheid te geven aan zekerheidsgerechtigde schuldeisers, veelal banken. Op basis van afspraken die gemaakt worden met de schuldenaar beschikken banken vaak over veel informatie. Banken beschikken ook over veel ervaring en expertise als het gaat om ondernemingen in financiële moeilijkheden.^[12] Zij zijn daarom goed in staat om te beoordelen of een insolventieprocedure moet worden geopend.^[13] Banken hebben vaak belang bij een zo hoog mogelijke opbrengst en *administrators* zullen niet snel hun taak verwaarlozen, omdat ze daarmee uiteindelijk het risico lopen hun bevoegdheid om op te treden als IP te verliezen.^[14] Dat is echter niet het hele verhaal, omdat, zoals in paragraaf 7.3.2 bleek, zekerheidsgerechtigde schuldeisers niet altijd gebaat zijn bij een zo hoog mogelijke opbrengst. Ook leidt de mogelijke benoeming door zekerheidsgerechtigde schuldeisers tot een prikkel om met name hun belangen te dienen.^[15]

Uit het Wolverhampton-onderzoek, waarin vijfhonderd pre-packs uit 2010 zijn onderzocht, volgt dat een *administrator* in ongeveer 70% van de gevallen werd benoemd door de vennootschap of de bestuurders van de vennootschap. Slechts 15% van de *administrators* werd benoemd door een zekerheidsgerechtigde schuldeiser.^[16] Schijn bedriegt echter, omdat benoemingen door de vennootschap of het bestuur vaak geschieden met instemming of onder druk van de zekerheidsgerechtigde schuldeiser. Om reputatieschade te voorkomen benoemt een zekerheidsgerechtigde schuldeiser regelmatig niet zelf de *administrator*.^[17] Banken hebben 'panels' met personen die zij laten optreden als *insolvency practitioner*. Doet een *administrator* niet wat de bank wil, dan bestaat het risico dat hij in de toekomst niet meer wordt benoemd door een bank. Omdat een groot deel van de inkomsten van *insolvency practitioners* (indirect) afkomstig is van banken, hebben *administrators* een forse prikkel om met name de belangen van de bank te behartigen.^[18]

Verkoop gelieerde partij

In Engeland is met name veel kritiek op pre-packs waarbij de onderneming wordt verkocht aan een gelieerde partij.^[19] Een bezwaar is dat het bestuur belang heeft bij een zo laag mogelijke prijs, zodat informatie die zou leiden tot verkoop voor een hogere prijs mogelijk wordt achtergehouden.^[20] Daar komt bij dat het bestuur de mogelijkheid heeft een *administrator* te benoemen zonder bemoeienis van de rechtbank.^[21] De objectiviteit van de *administrator* komt in het gedrang als hij voorafgaand aan de benoeming tot *administrator* de vennootschap of zelfs het bestuur heeft geadviseerd.^[22]

Verkoop van de onderneming aan een gelieerde partij komt vaak voor. Van de pre-packs uit 2010 die voor het Wolverhampton-onderzoek werden gebruikt behelsde 63,3% de verkoop aan een gelieerde partij.^[23] In de jaren daarna is dat percentage afgenomen, maar tussen 2016 en 2019 schommelde het percentage alsnog rond 50%.^[24] Uit het Wolverhampton-onderzoek blijkt dat een pre-pack door een gelieerde partij dubbel zo vaak mislukt als een pre-pack door een niet gelieerde partij.^[25] Bij verkoop aan een gelieerde partij volgde ook vaker een lagere uitkering aan schuldeisers zonder zekerheidsrecht, hoewel onduidelijk is of de verkoop aan de gelieerde partij hiervan de oorzaak was.^[26]

Verkoop aan een gelieerde partij brengt nadelen met zich, maar is in sommige gevallen de beste optie. Als de bestuurders niet de oorzaak zijn van de financiële problemen, zijn zij vaak het beste in staat de onderneming voort te zetten. De bestuurders kennen de onderneming het beste en hun betrokkenheid kan van groot belang zijn voor het slagen van een doorstart. Zittende bestuurders en aandeelhouders kunnen daarom mogelijk relatief gemakkelijk financiering krijgen en het hoogste bod uitbrengen op de onderneming.^[27] Als een hele sector in financiële moeilijkheden verkeert, is het mogelijk dat uitsluitend het zittende bestuur bereid is de onderneming te kopen. Ook dan is een doorstart door een gelieerde partij de beste optie.^[28] Veel maatregelen die in Engeland zijn getroffen om nadelen van pre-packs te ondervangen zijn met name gericht op de verkoop aan gelieerde partijen. Het onderzoek met diverse aanbevelingen dat Graham in 2014 mede op basis van het Wolverhampton-onderzoek heeft verricht, heeft een belangrijke rol gespeeld in de discussie over deze maatregelen.^[29]

Waarborgen voor schuldeisers: SIP 16 en transparantie

Met diverse maatregelen wordt geprobeerd het gebrek aan marktwerking, transparantie en zeggenschap van schuldeiser te compenseren. Belangrijk is Statement of Insolvency Practice 16 (SIP 16)^[30] waarin bepalingen zijn opgenomen over de positie van een *insolvency practitioner* bij een pre-pack en de marketing die moet worden uitgevoerd.^[31] SIP 16 bepaalt ook dat een *administrator* de schuldeisers binnen zeven dagen na de transactie uitgebreid moet informeren over de pre-pack. De naleving van SIP 16 is toegenomen in de periode van november 2015 tot en met 2019, maar in 2019 werd SIP 16 toch in 23% van de gevallen niet nageleefd.^[32] Hoewel het over het algemeen lijkt te gaan om ondergeschikte inbreuken, blijft het gebrek aan naleving een punt van zorg.^[33]

Het is de vraag of transparantie over de transactie veel toegevoegde waarde heeft voor schuldeisers. Omdat de informatie verstrekt wordt na de transactie, leidt transparantie niet tot meer participatie van schuldeisers.^[34] Transparantie leidt wel tot meer vertrouwen in het proces^[35] en zorgt ervoor dat onder meer *administrators* verantwoordelijk kunnen worden gehouden. Vanwege het beperkte geldelijke belang dat veel schuldeisers zonder zekerheidsrecht hebben, komt het echter niet vaak voor dat zij *administrators* daadwerkelijk aansprakelijk stellen.^[36] Ook moet de schuldeiser de kosten van de procedure betalen bij verlies, terwijl de opbrengst van de procedure wordt verdeeld onder de schuldeisers die benadeeld zijn door het handelen van de *administrator*.^[37] Tot slot is een *administrator* niet snel aansprakelijk, mede omdat de rechter veel vertrouwen heeft in het zakelijke oordeel (de *business judgment*) van de *administrator*.^[38]

Waarborgen voor schuldeisers: pre-pack pool

[39]

Naar aanleiding van de aanbevelingen van Graham in het onderzoek naar de pre-pack uit 2014 is een *pre-pack pool* geïntroduceerd. Als sprake was van een transactie met een gelieerde partij, kon de koper (!) de transactie voorleggen aan de *pre-pack pool*, bestaande uit onafhankelijke leden die langer dan tien jaar ervaring hebben opgedaan in het bedrijfsleven.^[40] Een van de leden van de *pool* gaf een opinie af over de transactie. Er konden drie oordelen worden afgegeven: de voorgenomen transactie is niet onredelijk; de redelijkheid van de voorgenomen transactie is niet aangetoond (*the case is not made*) en de voorgenomen transactie is niet onredelijk, maar er zijn beperkte tekortkomingen in de aangeleverde informatie.^[41] Het oordeel van de *pre-pack pool* had geen invloed op de geldigheid van de transactie.^[42] Het was niet verplicht om de *pool* te benaderen, maar de *insolvency practitioner* moest de koper wel op de hoogte stellen van de mogelijkheid om de transactie aan de *pre-pack pool* voor te leggen.^[43] In de informatie die de *administrator* verstrekke aan de schuldeisers moest worden opgenomen of de *pre-pack pool* was benaderd. Als dat het geval was, moest de *administrator* verklaren dat hij gevraagd had om een kopie van de opinie en bij ontvangst de opinie van de *pool* te delen met de schuldeisers.^[44]

Waarborgen voor schuldeisers: ARR2021

Omdat de *pool* niet verplicht was, werd hier weinig gebruik van gemaakt. Nadat eind 2015 en 2016 ongeveer 28% van de transacties met gelieerde partijen aan de *pre-pack pool* werd voorgelegd, liep dat de jaren daarna terug tot ongeveer 10%.^[45] In de literatuur is om die reden meermaals voorgesteld de *pre-pack pool* verplicht te stellen,^[46] maar de minister heeft transacties met gelieerde partijen vanaf 30 april 2021 op net iets andere wijze gereguleerd met The Administration (Restrictions on Disposal etc. to Connected Persons) Regulations 2021 (ARR2021). Op basis van deze regeling mag een *administrator* (een belangrijk deel van) de onderneming uitsluitend binnen acht weken na aanvang van de *administration* verkopen aan een gelieerde partij nadat de schuldeisers daarmee hebben ingestemd of nadat een onafhankelijke *evaluator* in opdracht van de gelieerde partij een rapport heeft opgesteld over de transactie.^[47] In het rapport moet de *evaluator* weergeven of hij al dan niet tot de overtuiging is gekomen dat de transactie in de gegeven omstandigheden redelijk is.^[48] Een kopie van het rapport moet worden gedeeld met de schuldeisers.^[49] Als de *evaluator* niet heeft geconcludeerd dat de transactie redelijk is, moet de *administrator* die de transactie toch aangaat uitleggen waarom hij dit doet in een verklaring die ook naar de schuldeiser moet worden gestuurd.^[50]

Met gelieerde partijen wordt onder meer bedoeld op (rechts)personen die van zowel de vennootschap in *administration* als de koper bestuurder^[51] zijn of ten minste een derde van de stemrechten kunnen uitoefenen in de algemene vergadering.^[52] In het laatste geval kan uiteraard worden gedacht aan aandeelhouders, maar ook aan (rechts)personen die een pandrecht hebben op de aandelen en uit dien hoofde bevoegd zijn het stemrecht uit te oefenen.^[53] Opvallend is dat de regeling niet alleen van toepassing is op pre-packs, maar op de *administration* in het algemeen.^[54] Omdat voorstellen ten minste veertien dagen voor stemming moeten worden voorgelegd aan de schuldeisers, zorgt goedkeuring van de transactie door de schuldeisers voor veel vertraging. De verwachting is daarom dat transacties die onder de reikwijdte van de ARR2021 vallen in de regel zullen worden voorgelegd aan een *evaluator*.^[55]

Het lijkt er overigens op dat de invoering van de ARR2021 heeft geleid tot een afname van het aantal *administrations*. Het percentage *administrations* bedroeg tussen 2012 en 2020 per kwartaal minimaal 8,7% (kwartaal 2 2014) en maximaal 14,9% (kwartaal 3 2020) van het aantal geopende insolventieprocedures voor ondernemingen. Vanaf het tweede kwartaal van 2021 was dit percentage niet hoger dan 5,9% (kwartaal 1 2022) en op het dieptepunt 4,5% (kwartaal 3 2021).^[56] Een reden hiervoor kan zijn gelegen in de kosten van het verkrijgen van een rapport. De kosten voor het verkrijgen van een rapport via de *pre-pack pool* bedragen £ 1.500 exclusief omzetbelasting.^[57]

Afgewezen voorstel aankondiging transactie

Op 31 maart 2011 werd in een *Written Ministerial Statement* aangekondigd dat de verkoop van (een groot deel van) de onderneming aan een gelieerde partij zonder ‘*open marketing*’ slechts mocht plaatsvinden na een
^[58]

aankondiging aan de schuldeisers. Die aankondiging zou drie dagen voor de transactie moeten plaatsvinden. Op die manier zouden schuldeisers de mogelijkheid hebben om hun bezwaren tegen de verkoop kenbaar te maken en zou een hoger bod kunnen worden uitgebracht.^[59] Er was veel weerstand tegen dit voorstel. De wachttermijn van drie dagen zou de wijze waarop de pre-pack waarde behoudt ondermijnen, omdat klanten, leveranciers en werknemers de onderneming in die drie dagen de rug zouden toekeren.^[60] Ook zouden dwangcrediteuren in die drie dagen onredelijke eisen kunnen stellen en de transactie kunnen hinderen.^[61] Naar aanleiding van dit commentaar is ervan afgezien een verplichte aankondiging te introduceren.^[62]

Niet iedereen was groot tegenstander van een verplichte aankondiging van de transactie. Armour schreef over dit voorstel: '(...) the UK Government's decision to implement a requirement of creditor 'notice' in connected party sales seems to strike a useful balance between offering an opportunity to creditors to take action yet not creating unnecessary friction.'^[63] Vaccari stelde zelfs voor om de pre-pack pool bij alle pre-packs (dus niet alleen bij transacties met gelieerde partijen) verplicht te stellen, het oordeel bindend te laten zijn en schuldeiser een termijn van 28 dagen te geven om de goedkeuring van de pre-pack aan te vechten.^[64] Hoewel het voorstel van Vaccari geen verplichte wachttermijn inhoudt, lijkt zijn voorstel voor meer onzekerheid te zorgen. Het lijkt er ook op dat een wachttermijn van drie dagen met name bij transacties met een beperkte waarde minder negatieve gevolgen zou hebben dan het dwingende keurslijf van de ARR2021.

Voetnoten

[1] Wellard & Walton, *Int. Insolv. Rev.* 2012, afl. 3, p. 145.

[2] Goode/Van Zwieten 2018, par. 11-38.

[3] Walton, *Int. Insolv. Rev.* 2009, afl. 2, p. 90 en 91.

[4] Chancery Division 6 maart 2007, [2007] B.C.C. 908 (*DKLL Solicitors v HMRC*).

[5] Chancery Division 6 maart 2007, [2007] B.C.C. 908 (*DKLL Solicitors v HMRC*), r.o. 10.

[6] Chancery Division 6 maart 2007, [2007] B.C.C. 908 (*DKLL Solicitors v HMRC*), r.o. 20.

[7] Chancery Division 26 november 2009, [2010] B.C.C. 295 (*Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA*).

[8] Dit commentaar richt zich ook op een combinatie van beide. Zie bijvoorbeeld Armour 2012, par. 4.3.

[9] Zie hierover in de Nederlandse literatuur Schuijling, Van Hoof & Hutten 2017, hoofdstuk 4.

[10] Armour 2012, par. 4.1.

[11] Armour 2012, par. 4.2. Zie ook Wijaya, *Int. Insolv. Rev.* 2016, afl. 2, p. 132.

[12] Xie 2016, p. 70 en 71.

[13] Armour 2012, par. 2.2.

[14] Kastrinou & Vullings, *Int. Insolv. Rev.* 2018, afl. 3, p. 325 en 326.

[15] Zie ook Davies, *Recovery Summer* 2006.

[16] Walton & Umfreville 2014, p. 17 en 18.

[17] Frisby, *JIBFL* 2007, afl. 6.

- [18] Zie bijvoorbeeld Nocilla, *Int. Insolv. Rev.* 2017, afl. 1, p. 69 en Walton, *Int. Insolv. Rev.* 2009, afl. 2, p. 96.
- [19] Graham 2014, par. 7.45.
- [20] Xie 2016, p. 100.
- [21] Xie 2016, p. 101.
- [22] Walton, *Int. Insolv. Rev.* 2009, afl. 2, p. 97.
- [23] Walton & Umfreville 2014, p. 19.
- [24] The Insolvency Service, *Pre-pack sales in administration report*, 8 oktober 2020, par. 5.1 (beschikbaar via <http://www.gov.uk/government/publications/pre-pack-sales-in-administration/pre-pack-sales-in-administration-report>. Laatst geraadpleegd: 31 oktober 2022).
- [25] Walton & Umfreville 2014, p. 37-40.
- [26] Graham 2014, par. 7.54.
- [27] Armour 2012, par. 4.1.
- [28] Mohan & Raj, *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (vol. 29) 2021, afl. 2, p. 245.
- [29] Zie bijvoorbeeld Goode/Van Zwieten 2018, par. 11-38. Het onderzoek van Graham heeft bijvoorbeeld geleid tot aanpassingen van SIP 16 en introductie van de *pre-pack pool*, waarover hierna meer.
- [30] De eerste versie werd ingevoerd in januari 2009. Zie Xie 2016, p. 136.
- [31] De meeste recente versie (van toepassing sinds 30 april 2021) en enkele oudere versies van de SIP 16 zijn te vinden op www.r3.org.uk/technical-library/england-wales/sips/more/29131/page/1/sip-16-pre-packaged-sales-in-administrations/ (laatst geraadpleegd: 14 september 2022).
- [32] Op langere termijn is geen sprake van een toename. In 2013 was sprake van niet-naleving van 21% en in 2014 van 22%. Zie Xie 2016, p. 140-141.
- [33] The Insolvency Service, *Pre-pack sales in administration report*, 8 oktober 2020, par. 5.5 (beschikbaar via www.gov.uk/government/publications/pre-pack-sales-in-administration/pre-pack-sales-in-administration-report. Laatst geraadpleegd: 31 oktober 2022).
- [34] Wijaya, *Int. Insolv. Rev.* 2016, afl. 2, p. 132. Zie ook Mohan & Raj, *Am. Bankr. Inst. L. Rev.* (vol. 29) 2021, afl. 2, p. 263 en Xie 2016, p. 297.
- [35] The Insolvency Service, *Pre-pack sales in administration report*, 8 oktober 2020, par. 5.5 (beschikbaar via www.gov.uk/government/publications/pre-pack-sales-in-administration/pre-pack-sales-in-administration-report. Laatst geraadpleegd: 31 oktober 2022).
- [36] Finch, *J.B.L.* 2012, afl. 8, p. 653.
- [37] Armour 2012, par. 2.2.1.
- [38] Armour 2012, par. 5.1. Zie ook Goode/Van Zwieten 2018, par. 11-100.
- [39] Graham 2014, par. 9.1-9.10.
- [40] Adebola, *Insolv. Int.* 2019, afl. 2, p. 71 en 72.

- [41] Vaccari, *I.C.C.L.R.* 2018, afl. 12, p. 704.
- [42] Vaccari, *I.C.C.L.R.* 2020, afl. 3, p. 186.
- [43] Dit volgt uit par. 8 van de versie van SIP 16 die in werking is getreden op 1 november 2015.
- [44] Bijlage bij SIP 16 van 1 november 2015.
- [45] Deze percentages volgen uit de ‘annual reviews’ die de pre-pack pool jaarlijks publiceert. De reviews worden gepubliceerd op de website (www.prepackpool.co.uk), maar zijn het beste vindbaar door in Google te zoeken op ‘pre-pack pool annual review’ met vermelding van het jaartal.
- [46] Zie bijvoorbeeld Vaccari, *I.C.C.L.R.* 2020, afl. 3; Adebola, *Insolv. Int.* 2019, afl. 2 en Umfreville, *Insolv. Int.* 2018, afl. 2.
- [47] Regulation 3 ARR2021.
- [48] Regulation 7(h) ARR 2021.
- [49] Regulation 9(5) ARR 2021.
- [50] Regulation 9(3) en 9(4) ARR 2021.
- [51] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 60A(4)(a)(i).
- [52] Insolvency Act 1986 Sched. B1, par. 60A(4)(a)(iii) in verbinding met Insolvency Act 1986 section 435(6)(a) en (10)(b).
- [53] Waples & Mutati, *JIBFL* 2021, afl. 7.
- [54] Thomas, Steel & Lockhart, *Corporate Rescue and Insolvency* april 2021, p. 46 en 47.
- [55] Waples & Mutati, *JIBFL* 2021, afl. 7; Fennessy & Mahmoud, *HERO* 2021/B-025.
- [56] Deze percentages zijn berekend aan de hand van ‘Company Insolvency Statistics April to June 2022’, te downloaden via www.gov.uk/government/statistics/company-insolvency-statistics-april-to-june-2022 (gedownload op 15 september 2022).
- [57] Het is ook mogelijk dat een evaluator die geen lid is van de pre-pack pool het rapport opstelt. De prijs van de pre-pack pool is dus niet meer dan een voorbeeld. Overigens zijn de kosten van de pool flink gestegen. Bij introductie van de pre-pack pool in november 2015 waren de kosten £ 800 exclusief omzetbelasting. In 2019 is dit bedrag verhoogd naar £ 950 exclusief omzetbelasting (zie Adebola, *Insolv. Int.* 2019, afl. 2, p. 73 en voetnoot 14). £ 1.500 is dus een forse verhoging.
- [58] Written Ministerial Statement over Pre-packaged Sales in Administration, House of Commons Hansard Ministerial Statements van 31 maart 2011, Column 29WS.
- [59] Xie 2016, p. 144.
- [60] Zie bijvoorbeeld de reactie van de Insolvency Lawyers’ Association op het concept Insolvency (Amendment) (No.2) Rules 2011 waarin het voorstel is neergelegd (www.ilauk.com/docs/ila_pre-pack_response_2011.pdf, laatst geraadpleegd: 15 september 2022). Zie ook de client briefing van juli 2011 van Clifford Chance over het voorstel (www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2011/07/prepacks-should-policy-makers-do-a-u-turn-on-british-school-of-motoring-typedeads.pdf, laatst geraadpleegd: 15 september 2022) en Wellard & Walton, *Int. Insolv. Rev.* 2012, afl. 3, p. 151, 152 en 158.

[61] Xie 2016, p. 145.

[62] Written Ministerial Statement over Pre-packaged Sales in Insolvency, House of Commons Hansard Ministerial Statements van 26 januari 2012, Column 23WS.

[63] Armour 2012, par. 7.

[64] Vaccari, *I.C.C.L.R.* 2020, afl. 3, p. 193-194.

7.5 Pre-packing in the EU

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708359:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

7.5.1 Inleiding7.5.2 Inhoud regeling7.5.3 Vergelijking met (huidig) Nederlands recht

7.5.1 Inleiding

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708384:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

In titel IV van het richtlijnvoorstel van 7 december 2022 wordt de pre-pack geregeld. Lidstaten zijn op grond van het voorstel verplicht een pre-pack mogelijk te maken. De reden hiervoor is dat een doorstart in de regel leidt tot een hogere opbrengst dan losse verkoop van de goederen van de schuldenaar.^[1] De specifieke rol die de pre-pack daarbij volgens de Europese Commissie speelt wordt niet duidelijk uit het richtlijnvoorstel, maar kennelijk is de gedachte dat een stille voorbereidingsfase zorgt voor een hogere kans op een doorstart en mede om die reden voor zoveel mogelijk behoud van waarde. In 7.5.2 wordt de regeling over de pre-pack uit het richtlijnvoorstel toegelicht. De vergelijking met het (huidige) Nederlandse recht wordt gemaakt in 7.5.3. Bij de behandeling van het richtlijnvoorstel ligt de nadruk op de invloed van schuldeisers op de procedure en de waarborgen om een eventueel gebrek aan invloed te ondervangen.

Voetnoten

7.5.2 Inhoud regeling

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708448:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

De pre-pack die op basis van het richtlijnvoorstel moet worden opgenomen in de nationale wetgeving van de lidstaten van de EU, bestaat uit een voorbereidingsfase en een liquidatiefase (art. 19 lid 1 Richtlijnvoorstel). Artikel 20 lid 2 Richtlijnvoorstel maakt duidelijk dat de liquidatiefase moet worden beschouwd als een procedure die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder in de zin van artikel 5 lid 1 OVO-richtlijn. De Europese Commissie wil hiermee duidelijk maken dat de faillissementsuitzondering uit de OVO-richtlijn ook van toepassing is op de pre-pack.

De voorbereidingsfase start met de benoeming van een monitor (art. 22 lid 1 Richtlijnvoorstel), de figuur die in WCO I beoogd curator wordt genoemd en in het vervolg van deze paragraaf ook verder zo door mij zal worden aangeduid. De beoogd curator moet het verkoopproces rechtvaardigen, degene die het beste bod heeft gedaan aanbevelen als koper van de onderneming en verklaren of de verkoop niet leidt tot een overduidelijke schending van de *best-interest-of-creditors test*, wat inhoudt dat geen enkele schuldeiser met de pre-pack slechter af is dan bij stuksgewijze verkoop van de boedel.^[1] Lidstaten moeten ervoor zorgen dat de beoogd curator bij de opening van de liquidatiefase wordt aangesteld als curator (art. 25 Richtlijnvoorstel).

In beginsel wordt de onderneming in de liquidatiefase verkocht aan degene die tijdens de voorbereidingsfase het beste bod heeft gedaan. Lidstaten mogen toestaan dat tijdens de liquidatiefase een openbare veiling wordt gehouden. Een dergelijke veiling moet worden gestart binnen twee weken na opening van de liquidatiefase en mag niet langer dan vier weken duren (art. 26 lid 2 in verbinding met art. 24 lid 3 Richtlijnvoorstel). Het beste bod dat tijdens de voorbereidingsfase is uitgebracht, wordt gebruikt als *stalking horse*. Aan bidders tijdens de voorbereidingsfase mogen prikkels worden toegekend om het beste bod uit te brengen, bijvoorbeeld door het vergoeden van gemaakte kosten of het toekennen van een *break up fee*.^[2] Er moet wel voor worden gewaakt dat de aangeboden prikkels proportioneel zijn en geen afschrikwekkend effect hebben op mogelijke bidders tijdens de liquidatiefase.

De onderneming mag worden verkocht aan een gelieerde partij. Van belang is dan wel dat de relatie tot de schuldenaar tijdig wordt meegedeeld aan de beoogd curator en de rechtbank, andere partijen in het verkoopproces op de hoogte worden gesteld van het bestaan van gelieerde partijen en hun relatie tot de schuldenaar en niet-gelieerde partijen voldoende tijd krijgen om een bod uit te brengen (art. 32 lid 1 Richtlijnvoorstel). Voor het geval uitsluitend door een gelieerde partij een bod is uitgebracht, moeten lidstaten aanvullende maatregelen treffen. Een van die maatregelen is dat het bod niet geaccepteerd mag worden als het bod niet voldoet aan de *best-interest-of-creditors test* (lid 2). De beoordeling van de verkoop aan een gelieerde partij moet dus nauwkeuriger worden onderzocht. Er moet worden afgezien van verkoop aan een gelieerde partij als het bod van de gelieerde partij niet voldoet aan de *best-interest-of-creditors test*, terwijl bij verkoop aan een derde partij slechts moet worden beoordeeld of de verkoop niet leidt tot een overduidelijke schending van deze toets.^[3]

Schuldeisers en aandeelhouders moeten het recht krijgen te worden gehoord voordat de verkoop van (een

deel van) de onderneming van de schuldenaar wordt goedgekeurd. Lidstaten moeten gedetailleerde regels opstellen om de effectiviteit van het recht om te worden gehoord te verzekeren (art. 34 lid 1 Richtlijnvoorstel). De invulling van deze regels wordt overgelaten aan de lidstaten. Van het recht om gehoord te worden mag worden afgeweken als schuldeisers op grond van de rangorde in het geheel geen recht hebben op een uitkering of als het belang van aandeelhouders in de vennootschap op grond van de rangorde geen financiële waarde heeft.

Lidstaten mogen het recht om gehoord te worden ook onthouden aan een schuldeiser die een vordering heeft die voortvloeit uit een wederkerige overeenkomst (*executory contract*) die is ontstaan voor de goedkeuring van de verkoop van de onderneming en bij het aangaan van de voorgestelde transactie volledig wordt voldaan (lid 2). Het doel van deze uitzondering is dat het recht om te worden gehoord niet hoeft te worden toegekend aan een partij zonder belang. Waarom de tweede uitzondering is beperkt tot *creditors of executory contracts* is onduidelijk. Als dergelijke schuldeisers er geen belang bij hebben te worden gehoord, dan geldt dat ook voor schuldeisers van wie de vordering die voortvloeit uit een andere grondslag volledig wordt voldaan. Overigens is het de vraag of schuldeisers die bij het aangaan van de transactie volledig worden voldaan geen belang hebben bij het recht om te worden gehoord. Afgezien van andere belangen dan schuldeisersbelangen kunnen dergelijke schuldeisers juist hun steun uitspreken voor de transactie en zo tegenwicht bieden aan partijen die bezwaren hebben tegen de transactie.

Het richtlijnvoorstel biedt een aantal voorzieningen om de pre-pack mogelijk te maken. Lidstaten moeten de mogelijkheid bieden gedurende de voorbereidingsfase een afkoelingsperiode af te laten kondigen (art. 23 Richtlijnvoorstel). Verder kent het voorstel een regeling over wederkerige overeenkomsten. Als dergelijke overeenkomsten noodzakelijk zijn voor de voortzetting van de onderneming, moeten de lidstaten ervoor zorgen dat deze overeenkomsten in beginsel overgaan op de doorstarter zonder dat hiervoor toestemming van de wederpartij nodig is (art. 27 Richtlijnvoorstel). Tot slot wijs ik op de verplichting voor lidstaten om ervoor te zorgen dat de beoogd curator de nodige stappen neemt om, als dat nodig is, tegen zo laag mogelijke kosten interimfinanciering te verkrijgen. Aan de verstrekkers van interimfinanciering moet voorrang worden toegekend ten opzichte van schuldeisers die zonder voorrang een gelijke of hogere rang zouden hebben (art. 33 Richtlijnvoorstel).

Voetnoten

[1] Artikel 22 lid 2 Richtlijnvoorstel. Zie voor de definitie van *best-interest-of-creditors test* artikel 2 aanhef en onder h Richtlijnvoorstel.

[2] Considerans Richtlijnvoorstel, par. 27.

[3] Considerans Richtlijnvoorstel, par. 24.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.5.3

7.5.3 Vergelijking met (huidig) Nederlands recht

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708392:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

Als het gaat om de bescherming van schuldeisers, zijn er twee belangrijke verschillen tussen het richtlijnvoorstel en de WCO I. Op grond van de WCO I stelt de rechtbank in beginsel de beoogd curator aan tot curator in het faillissement, maar de rechtbank kan redenen aanwezig achten om een andere curator aan te stellen (art. 14a Fw (nieuw)). Ook bij toepassing van de pre-pack in de praktijk is dat het geval.^[1] In het Heiploeg-arrest achtte het Hof van Justitie dit van belang voor het oordeel dat de stille voorbereidingsfase onder toezicht van een overheidsinstantie staat.^[2] De mogelijkheid om een ander aan te stellen tot curator maakt maatwerk mogelijk en versterkt de onafhankelijke positie van de curator. Op basis van het richtlijnvoorstel lijkt het niet mogelijk een ander dan de beoogd curator tot curator aan te stellen (art. 25 Richtlijnvoorstel). Dit is het eerste belangrijke verschil.

Het tweede belangrijke verschil is dat schuldeisers op basis van het richtlijnvoorstel het recht hebben om te worden gehoord voordat de verkoop van (een deel van) de onderneming wordt goedgekeurd (art. 34 lid 1 Richtlijnvoorstel). Op basis van huidig recht hebben schuldeisers dit recht niet. De regeling in het richtlijnvoorstel sluit aan bij het voorstel dat ik heb gedaan in hoofdstuk 4.8.4 om belangrijke handelingen vooraf aan te kondigen zodat onder meer schuldeisers de mogelijkheid hebben invloed uit te oefenen op deze voorgenomen handelingen. Aan het einde van de volgende paragraaf wordt onderzocht hoe het voorstel dat ik heb gedaan in hoofdstuk 4.8.4 zich naar mijn mening verhoudt tot de pre-pack.

Voetnoten

[1] HR 29 mei 2020, *NJ 2020/235 (Heiploeg)*, r.o. 3.6.5.

[2] HvJ EU 28 april 2022, *JAR 2022/127 (Heiploeg)*, r.o. 62.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.6

7.6 Evaluatie invloed schuldeisers en andere belanghebbenden Nederlandse pre-pack

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708348:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

7.6.1 Inleiding7.6.2 Rechtbank, (beoogd) rechter-commissaris en (beoogd) curator7.6.3 Invloed schuldeisers en andere belanghebbenden

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.6.1

7.6.1 Inleiding

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
-------	------------

Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708347:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

In deze paragraaf worden de invloed van schuldeisers en andere belanghebbenden op de Nederlandse pre-pack en de waarborgen die zijn opgenomen in de WCO I om een eventueel gebrek aan invloed te ondervangen geëvalueerd, mede aan de hand van het Engelse recht. Eerst wordt gekeken naar de positie van de rechtbank, waaronder de rechter-commissaris, en de beoogd curator. Daarna wordt beoordeeld of het wenselijk is schuldeisers de mogelijkheid te bieden daadwerkelijk inspraak te hebben op de Nederlandse pre-pack.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.6.2

7.6.2 Rechtbank, (beoogd) rechter-commissaris en (beoogd) curator

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708377:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

In Engeland is veel kritiek op het gebrek aan onafhankelijkheid van de beoogd curator, wat met name wordt veroorzaakt door het feit dat *administrators* zonder bemoeienis van de rechtbank kunnen worden benoemd door daartoe kwalificerende zekerheidsgerechtigde schuldeisers, de vennootschap en haar bestuurders. Het commentaar op verkoop van de onderneming aan een gelieerde partij hangt ook grotendeels hiermee samen.

Een belangrijke eigenschap van de Nederlandse pre-pack is dat de beoogd curator wordt aangesteld door de rechtbank. Uit de Recofa-richtlijnen volgt dat aan een curator wordt gevraagd of hij 'vrij staat' een faillissement te behandelen.^[1] Als een curator de schuldenaar of een bij de schuldenaar betrokken partij heeft geadviseerd, dan is hij in beginsel niet vrij het faillissement te behandelen.^[2] Hetzelfde geldt voor een beoogd curator. Hoewel in de wet en de WCO I niet is opgenomen dat een (beoogd) curator onafhankelijk moet zijn,^[3] volgt het vereiste van onafhankelijkheid wel uit de wetsgeschiedenis,^[4] het benoemingsbeleid en de Praktijkregels^[5]. De benoeming van een onafhankelijke beoogd curator door de rechtbank is een belangrijke waarborg voor de schuldeisers dat hun belangen serieus worden genomen. Dit is een groot pluspunt van de Nederlandse pre-pack ten opzichte van de Engelse variant.^[6] Een aparte regeling voor de verkoop van de onderneming aan gelieerde partijen is naar mijn mening daarom in Nederland niet nodig, hoewel de (beoogd) curator in dat geval extra alert moet zijn.^[7]

In de literatuur worden ondanks de benoeming van de beoogd curator door de rechtbank toch vraagtekens geplaatst bij zijn onafhankelijkheid. Daarom is onder meer het voorstel gedaan om altijd een tweede curator aan te stellen als de beoogd curator na de stille voorbereidingsfase wordt aangesteld als curator.^[8] In Engeland is ook geopperd dat de *administrator* een andere persoon moet zijn dan degene die de doorstart voor *administration* heeft voorbereid.^[9] Beide voorstellen zijn naar mijn mening niet proportioneel en onvoldoende flexibel en werken verder onnodig vertragend en kostenverhogend. Op grond van artikel 14a Fw (nieuw) stelt de rechtbank in beginsel de beoogd curator aan tot curator, maar kunnen er ook omstandigheden zijn op basis waarvan de rechtbank een andere persoon aanstelt tot curator.^[10] In de memorie van toelichting wordt de schijn van belangenverstrengeling onder meer als reden genoemd.^[11] Het staat de rechtbank ook vrij een extra curator te benoemen naast de persoon of personen die beoogd curator was of waren. Dit biedt

rechtbanken de nodige flexibiliteit.

Een andere belangrijke waarborg voor schuldeisers is de benoeming van een beoogd rechter-commissaris die toezicht houdt op de beoogd curator en de transactie in beginsel tijdens faillissement als rechter-commissaris moet goedkeuren.^[12] Tenzij een voorlopige schuldeiserscommissie wordt benoemd, is een groot manco voor de rechter-commissaris dat de informatie over de transactie in de regel afkomstig is van de (beoogd) curator. In *T&D Industries Plc* overwoog Neuberger J. dat een rechter daarom in feite geen zinvolle beoordeling kan maken van de transactie die voorligt.^[13] Omdat de (beoogd) curator in de regel ook een uitgebracht advies van de ondernemingsraad en taxatie- en/of waarderingsrapporten zal overleggen aan de rechter-commissaris is dat naar mijn mening te kort door de bocht, maar de mogelijk eenzijdige informatieverschaffing roept wel de vraag op of schuldeisers niet een (grotere) rol zouden moeten krijgen bij de beoordeling van de transactie.

Voetnoten

[1] Artikel 1.2 onder a Recofa-richtlijnen 2021.

[2] *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4103.

[3] Naar de mening van Wessels zou de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de curator wel vastgelegd moeten worden in de wet. Zie Wessels, AA 2017, afl. 12, p. 972. Opvallend is dat in artikel 371 lid 6 Fw wel is vastgelegd dat de herstructureringsdeskundige zijn taak onpartijdig en onafhankelijk uitvoert.

[4] Van der Feltz II 1896, p. 20. Zie ook de memorie van toelichting bij de WCO I, [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 19 en 20.

[5] Zie hoofdstuk 1 van de praktijkregels voor curatoren 2019 en artikel 2 van de Praktijkregels beoogd curator. Zie hierover ook Van Wingerden & Damkot 2022, par. 16.2.1.2. Van Wingerden en Damkot menen overigens dat de onafhankelijkheid van de curator onder druk staat doordat de curator voor zijn salaris afhankelijk is van de omvang van de boedel.

[6] Aldus ook Renssen, *Int. Insolv. Rev.* 2017, afl. 2, p. 224 en 225.

[7] Dit staat ook expliciet in artikel 5.4 van de Praktijkregels beoogd curator.

[8] Tideman, *FIP* 2013, afl. 6, p. 192.

[9] Wellard & Walton, *Int. Insolv. Rev.* 2012, afl. 3, p. 168.

[10] In Engeland is de rechtbank vaak niet betrokken bij de benoeming van de *administrator* na een voorbereiding van een doorstart door een *insolvency practitioner*. Schuldeisers kunnen wel verzoeken om benoeming van een (of meer) onafhankelijke *administrator(s)* om de transactie te onderzoeken, maar de transactie heeft dan al plaatsgevonden. Zie bijvoorbeeld Chancery Division 8 februari 2018, [2018] EWHC 186 (Ch) (*Ve Vegas Investors IV LLC v Shinnars*) en Chancery Division 18 juni 2009, [2009] EWHC 1745 (Ch) (*Clydesdale Financial Services Ltd v. Smailes*).

[11] [Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3](#), p. 12 en 13.

[12] Aldus ook bijvoorbeeld Verstijlen 2014, p. 49.

[13] Chancery Division 8 november 1999, [2000] 1 W.L.R. 646 (*T&D Industries Plc*).

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.6.3

7.6.3 Invloed schuldeisers en andere belanghebbenden

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708349:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

Schuldeisers worden pas achteraf op de hoogte gesteld van de pre-pack. Het is dan niet meer mogelijk de transactie ongedaan te maken. Wel is het mogelijk de (beoogd) curator of andere betrokkenen zoals bestuurders^[1] aansprakelijk te stellen, maar dat is een ingewikkelde, kostbare en lange weg.^[2] Het is daarom een terechte vraag of schuldeisers niet vooraf invloed moeten kunnen uitoefenen op de pre-pack.^[3] In de literatuur is die vraag regelmatig negatief beantwoord, niet alleen vanuit het oogpunt van efficiëntie, maar mede omdat schuldeisers bij een niet voorbereide doorstart ook weinig tot geen mogelijkheid tot inspraak hebben.^[4] De rechten die er zijn worden weinig gebruikt.^[5] Met Van Vugt meen ik dat dit geen goed argument is om geen inspraak toe te kennen. Dat schuldeisers zonder pre-pack weinig mogelijkheden hebben invloed uit te oefenen op de afwikkeling van het faillissement en van de rechten die zij hebben weinig gebruik maken, is op zichzelf geen reden om met de pre-pack nog minder invloed toe te kennen.^[6]

Uit de Praktijkregels beoogd curator volgt dat beoogd curatoren 'de belangrijkste stakeholders' zoveel als mogelijk bij het proces moeten betrekken. Ook kan bij de faillietverklaring op voordracht van de beoogd rechter-commissaris of op verlangen van de beoogd rechter-commissaris een voorlopige schuldeiserscommissie worden ingesteld. Beide regelingen zijn zinvol, maar erg vrijblijvend. Gispen heeft minder vrijblijvende voorstellen gedaan om schuldeisers systematischer bij de pre-pack te betrekken. Naar zijn mening moet na een stille voorbereidingsfase altijd het advies worden ingewonnen van een voorlopige schuldeiserscommissie of een schuldeisersvergadering.^[7] Daarmee wordt de procedure naar mijn mening te veel in een keurslijf gestopt. Vanwege de lage kans op een uitkering hebben schuldeisers nu eenmaal vaak geen behoefte om hun stem te laten horen. In het geval faillissementsschuldeisers geen redelijk zicht hebben op een uitkering hebben zij geen financieel belang bij de doorstart en ligt verplichte zeggenschap niet voor de hand.^[8]

Het is naar mijn mening van belang dat er wel de mogelijkheid maar niet de verplichting bestaat om invloed uit te oefenen op de pre-pack. Die mogelijkheid zou niet alleen moeten bestaan bij een verkoop aan een gelieerde partij. De nadelen die kleven aan de pre-pack gelden immers niet alleen bij de verkoop aan een gelieerde partij. De voorstellen die hiertoe eerder in dit boek zijn gedaan sluiten goed aan bij enkele voorstellen in de literatuur en bij het (afgewezen) Engelse voorstel om de transactie aan te kondigen. In hoofdstuk 4.8.4 heb ik voorgesteld dat de curator belangrijke voorgenomen handelingen zoals een doorstart moet aankondigen. In beginsel mag de rechter-commissaris op grond van mijn voorstel niet eerder dan drie dagen na de aankondiging zijn goedkeuring verlenen voor de doorstart.

Deze termijn van drie dagen is naar mijn mening voldoende als de aankondiging gedaan wordt in het centraal insolventieregister (CIR) en iedereen met toegang tot het CIR een melding ontvangt zodra de aankondiging is gedaan. Omdat de goedkeuring voor de doorstart bij de pre-pack in beginsel op (of feitelijk voor) de faillissementsdatum wordt gevraagd, zijn bij de pre-pack in de regel enkele dagen verstreken voordat de aankondiging de schuldeisers bereikt. De termijn van drie dagen zou daarom moeten ingaan op het moment dat schuldeisers redelijkerwijs op de hoogte kunnen zijn van het faillissement, wat in ieder geval twee dagen nadat de schuldeisers zijn aangeschreven het geval is. Andere belanghebbenden kunnen dan ook op de hoogte zijn van het faillissement door publicatie van het faillissement in het CIR. Als de schuldeisers op de faillissementsdatum worden aangeschreven, zou dit een vertraging van vijf dagen met zich brengen.^[9]

De driedagentermijn sluit aan bij het Engelse voorstel tot aanpassing van de regeling aldaar uit 2011. Zoals uit de kritiek op dit voorstel volgt, is het van belang rekening te houden met de mogelijkheid dat de waarde van de

onderneming snel achteruitgaat of de kosten van de voortzetting van de onderneming te hoog zijn. Een doorleveringsplicht voor dwangcrediteuren kan zinvol zijn om de kosten van de voortzetting binnen de perken te houden en de gelijkheid van schuldeisers te waarborgen.^[10] Verder is van belang om in gedachten te houden dat het om slechts drie tot vijf dagen gaat, terwijl het voor klanten, leveranciers en werknemers op de datum van de faillietverklaring duidelijk is dat in beginsel een doorstart zal plaatsvinden.

In de Verenigde Staten is de aankondigingstermijn in een procedure die verwant is aan de Nederlandse pre-pack in beginsel 21 dagen.^[11] Tollenaar stelt dat deze procedure in de Verenigde Staten te traag wordt bevonden,^[12] maar volgens de evaluatie van de Chapter 11-procedure door het American Bankruptcy Institute uit 2014, gaat de procedure vaak sneller dan nodig en zou de onderneming in beginsel de eerste zestig dagen van de insolventieprocedure niet verkocht mogen worden.^[13] In vergelijking daarmee is mijn voorstel voor een wachttermijn van drie tot vijf dagen bescheiden, zeker nu de rechter-commissaris volgens mijn voorstel in bijzondere gevallen bevoegd is de opschortingstermijn te verkorten of te bepalen dat de curator de voorgenomen doorstart in het geheel niet hoeft aan te kondigen.

In combinatie met mijn voorstel in hoofdstuk 5.7.3 om belanghebbenden het recht te geven op grond van artikel 67 Fw op te komen tegen de goedkeuring van de doorstart door de rechter-commissaris,^[14] wordt een goede balans geboden tussen enerzijds efficiëntie en flexibiliteit en anderzijds inspraak van schuldeisers en andere belanghebbenden. Daardoor blijft niet alleen de snelheid van het proces gewaarborgd, maar blijft het proces ook aanvaardbaar voor alle betrokkenen. Partijen die geen belang hebben bij een andere uitkomst kunnen het proces niet onnodig vertragen omdat hun beroep moet worden afgewezen, maar partijen met oprechte bezwaren tegen de voorgenomen transactie hebben zo de mogelijkheid daadwerkelijk invloed uit te oefenen.

Voetnoten

[1] Vergelijk HR 11 februari 2011, *NJ* 2011/305 (*Ontvanger/Wesselman*). Zie hierover bijvoorbeeld Schreurs, *Tvl* 2020/28 en Hummelen, *Tvl* 2015/2, par. 6.2.2.

[2] In *Kayley Vending Ltd* werd overwogen dat de remedies achteraf niet 'satisfactory' zijn en 'far from effective'. Zie Chancery Division 15 mei 2009, [2009] EWHC 904 (Ch) (*Kayley Vending Ltd*), r.o. 26. Hoewel de Nederlandse pre-pack meer waarborgen kent voor schuldeisers, zijn ook in Nederland remedies achteraf verre van ideaal.

[3] Vergelijk (overigens niet in het kader van de pre-pack) Bosvelt & Lok 2019, p. 153 ('Een debat vooraf over de vraag of een schikking doelmatig is en of op de juiste wijze rekening is gehouden met de belangen van de gefailleerde, lijkt ons zinvoller en wenselijker dan een debat achteraf over de eventuele aansprakelijkheid van de curator.').

[4] Van Hees, *Ondernemingsrecht* 2014/79, par. 4; Tollenaar, *Tvl* 2011/23, par. 6.2.

[5] Huydecoper, *Tvl* 2013/5.

[6] Van Vugt, *FIP* 2014, afl. 1, p. 27.

[7] Gispen 2013, p. 91. Zie voor een soortgelijke aanbeveling Wessels & Madaus 2020, p. 269 (recommendation 7.03): 'creditor approval for such a sale should be mandatory and given through their representative, usually the creditors' committee.'

[8] Zie bijvoorbeeld Xie 2016, p. 144. Zie ook Frölich, *AA* 2015, afl. 3, in het bijzonder p. 200: 'Wiens vordering onder water staat heeft niet langer een economisch belang. Dat zijn juridische zeggenschap daarmee in overeenstemming wordt gebracht is bovendien geen argument tegen de pre-pack per se.'

[9] Vergelijk het voorstel van Gispen om de schuldenaar te verplichten informatie over de voorbereide doorstart vijf dagen voor de faillietverklaring te deponeren ter griffie van de rechtbank en ter inzage te

verstrekken aan de bekende schuldeisers in Gispen 2013, p. 92.

[10] Een voorstel hiertoe zou onderdeel gaan uitmaken van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht. Zie hiervoor onder meer [Kamerstukken II 2013/14, 33695, nr. 3](#), par. 2.3. Inmiddels is 'voortgang geboekt met de verkenning van mogelijkheden voor concrete maatregelen', zijn voorstellen gedaan vanuit een 'klankbordgroep' en is een 'schrijfgroep' ingesteld ([Kamerstukken II 2018/19, 33695, nr. 18](#), p. 4), maar tot een (concept)wetsvoorstel heeft dit alles nog niet geleid.

[11] Deze termijn volgt uit rule 2002(a)(2) van de Federal Rules of Bankruptcy Procedure. Ik doel hier op de zogenaamde 363 sale, waarover Xie 2016, hoofdstuk 6. Zie in de Nederlandse literatuur onder meer Tollenaar, *TvI* 2011/23, par. 3 en Verstijlen 2014, par. 1.2.1.

[12] Tollenaar, *TvI* 2011/23, par. 3.

[13] ABI-rapport 2014, p. 83-87.

[14] Vergelijk Tacoma & Weebers-Vrenken, *Vastgoedrecht* 2013, afl. 6, p. 174, waarin wordt voorgesteld een publicatieplicht in te voeren en de aanvang van de beroepstermijn op het moment dat inzage wordt gegeven in het verslag dat de transactie omschrijft en onderbouwt. Uiteraard is dat alleen zinvol als er ook de bevoegdheid is om beroep in te stellen tegen de goedkeuring.

Invloed van schuldeisers in insolventieprocedures (IVOR nr. 129) 2023/7.7

7.7 Conclusie

mr. H.J. de Kloe, datum 01-06-2023

Datum	01-06-2023
Auteur	mr. H.J. de Kloe
JCDI	JCDI:ADS708417:1
Vakgebied(en)	Huurrecht / Algemeen

In 2011 heeft de pre-pack zijn intrede gedaan in de Nederlandse praktijk. Het doel van de minister is om de pre-pack te codificeren met de WCO I, maar tot op heden is het wetgevingsproces aangehouden in de Eerste Kamer in verband met de positie van werknemers. In dit hoofdstuk kwam de positie van de schuldeisers aan de orde. In de WCO I is een aantal waarborgen opgenomen voor schuldeisers. Met name de benoeming van de (beoogd) curator door de rechtbank, de onafhankelijkheid van de (beoogd) curator en de rol van de rechter-commissaris zorgt voor een betere positie van schuldeisers dan de Engelse variant van de pre-pack. Het is ook goed dat de rechtbank bij de faillietverklaring een voorlopige schuldeiserscommissie kan instellen en voorwaarden kan stellen aan de pre-pack, bijvoorbeeld de voorwaarde dat na de faillietverklaring alsnog een openbaar verkoopproces moet worden doorlopen. Verder is in de WCO I een informatieplicht opgenomen, die vooralsnog wordt uitgewerkt in de Praktijkregels beoogd curator. Ook staat in die praktijkregels dat de beoogd curator de 'belangrijkste stakeholders' zoveel mogelijk bij het proces moet betrekken.

Toch zijn er verbeteringen mogelijk. De waarborgen die momenteel zijn opgenomen in de WCO I behoeven op enkele onderdelen aanscherping. In de WCO I is een informatieplicht opgenomen voor (het bestuur van) de schuldenaar, maar het niet voldoen aan de informatieplicht wordt niet gesanctioneerd. Het ligt naar mijn mening voor de hand dat een civielrechtelijk bestuursverbod kan worden opgelegd als niet is voldaan aan de informatieplicht. Dat sluit goed aan bij de sanctie op het verstrekken van onjuiste informatie aan de rechtbank over de meerwaarde van de aanwijzing van een beoogd curator. In de tweede plaats kan de verplichting tot het opstellen van een verslag door de beoogd curator worden verbeterd door regels over de verslaglegging op

te nemen in een AMvB en niet in regelingen waarvan de status onduidelijk is, zoals de Recofa-richtlijnen of Praktijkregels beoogd curator.

Op dit moment hebben schuldeisers en andere belanghebbenden in veel gevallen geen mogelijkheden om invloed uit te oefenen op de pre-pack. Mijn aanbeveling om de doorstart aan te kondigen voordat de rechter-commissaris beslist op het verzoek tot goedkeuring van de transactie zou hier verandering in brengen. Als schuldeisers en andere belanghebbenden tijdig op de hoogte worden gesteld van de voorgenomen transactie, hebben zij de mogelijkheid op een laagdrempelige wijze hun stem te laten horen. Als belanghebbenden daarnaast de mogelijkheid hebben beroep in te stellen tegen de beslissing van de rechter-commissaris, wordt hun stem ook serieus genomen en vindt toetsing plaats door een onafhankelijke rechter die nog niet eerder betrokken was bij de pre-pack. Omdat de curator in het belang van de schuldeisers wordt aangesteld en daarnaast rekening moet houden met andere belanghebbenden, is het geen overbodige luxe dat deze betrokkenen ook de mogelijkheid hebben tot uitoefening van daadwerkelijke zeggenschap.