Pre-pack: laatste halte voor het faillissement

Samenvatting

Een pre-pack (ook wel stille bewindvoering genoemd) houdt in dat een noodlijdende onderneming voorafgaand aan een op handen zijnde faillissement een rechtbank kan verzoeken om de aanstelling van een 'beoogd curator' die vervolgens door de onderneming betrokken wordt bij de voorbereiding van een verkooptransactie, voordat het faillissement wordt uitgesproken. Op deze wijze kan de beoogd curator in relatieve rust de eventuele doorstart en de afwikkeling van het faillissement voorbereiden. Zo kan waarde en werkgelegenheid zo veel mogelijk worden behouden. Het vroegtijdig betrekken van een beoogd curator beoogt dan ook een 'soft landing' van de onderneming.

1 uur netto-onderwijs

Rolf Everhardus en Fouad el Houzi

Mr. J.R. Everhardus en mr. F. el Houzi, advocaten bij AKD N.V. te Rotterdam.

Trefwoorden: pre-pack, bestuurdersaansprakelijkheid, faillissement, doorstart.

Kennistoets

WWW.PE-BEDRIJFSOPVOLGING.NL

Leerdoelen

Na het lezen van dit artikel weet u:

- wat een 'pre-pack' inhoudt;
- wanneer een onderneming in aanmerking komt voor een pre-pack;
- wat de positie van de beoogd curator en de zekerheidsgerechtigde is;
- welke bezwaren pleiten tegen het gebruik van de pre-pack;
- enkele kanttekeningen ter zake bestuurdersaansprakelijkheid bij een pre-pack.

1. Inleiding

Het kan voor ondernemers, evenals vaste adviseurs, van een onderneming confronterend zijn om na te moeten denken over de situatie dat de onderneming aan de financiële afgrond zal komen te staan. Toch kan er een moment komen dat dit noodzakelijk blijkt, zo hebben veel ondernemingen aan den lijve ondervonden gedurende de afgelopen crisis.

De zogenaamde 'pre-pack' biedt financieel noodlijdende ondernemingen een mogelijkheid om met betrokkenheid van een beoogd curator een doorstart voor te bereiden, die vervolgens aansluitend op de faillietverklaring geëffectueerd wordt.

De pre-pack heeft de afgelopen jaren aan populariteit gewonnen en wordt – eenmaal in bekendheid – veelal breed uitgemeten in de media. Zo weten we dat pre-packs zijn ingezet bij ondernemingen als de Schoenenreus, Marlies Dekkers en Neckerman. Meest vers in het geheugen liggen waarschijnlijk de pre-packs bij het kinderdagverblijf Estro en het Royal Imtech-concern.

Hoewel de pre-pack ons inziens zijn waarde in de praktijk heeft bewezen, heeft de (informele) introductie van het pre-packfiguur niet bij allen de handen op elkaar gekregen.

In dit artikel zal nader ingegaan worden op de werking van de pre-pack en de positie van de betrokkenen daarbij. Tot slot wordt kort stilgestaan bij aansprakelijkheids-issues van het bestuur in en rondom een pre-pack.

2. Wat houdt de pre-pack in?

2.1 Doorstart uit regulier faillissement

Een 'reguliere' doorstart na een faillietverklaring vindt grofweg plaats volgens twee scenario's. In de ene situatie bereidt een zojuist aangestelde curator een doorstart (na faillissement) voor. In de tweede situatie heeft de onderneming zelf een dergelijke verkooptransactie op eigen gelegenheid voorbereid.

In het eerstgenoemde scenario geldt dat een vers aangestelde curator in het diepe wordt gegooid en zo goed en kwaad als het kan i) de levensvatbare onderdelen van een onderneming in kaart zal moeten brengen, ii) een openbaar biedingsproces moet opzetten, iii) kopers zal moeten selecteren en iv) een transactie moet effectueren.

In de tweede situatie, waarin reeds een verkooptransactie met een beoogd koper is voorgekookt, worden betrokkenen geconfronteerd met een informatieachterstand, maar is wel een doorstart voorbereid. Om de beoogde transactie te kunnen doorgronden en daarover een beslissing te nemen, hebben de curator en rechter-commissaris tijd nodig. Bovendien speelt hier mee dat het voor andere gegadigden niet eenvoudig is om een goede bieding te doen vanwege de kennisachterstand.

Gelijk in beide situaties is dat de klok gaat tikken vanaf het moment van faillietverklaring. In de regel heeft een faillietverklaring een negatief effect op de bedrijfsvoering en daarmee de waarde. Dit wordt aangeduid als de 'desintegratieschade' of 'melting ice cube'[1]-problematiek, hetgeen inhoudt dat de waarde van de onderneming snel 'wegsmelt' na de faillietverklaring, wanneer de onderneming niet door kan blijven draaien. Beide scenario's vinden dan ook plaats in de hectiek van een faillissementssituatie. De praktijk laat zien dat (tijdelijk) doordraaien veelal wordt bemoeilijkt doordat de bank de kredietfaciliteit bevriest, leveranciers zich terugtrekken of striktere voorwaarden gaan hanteren bij continuatie van de levering en schuldeisers zich beroepen op rechten van eigendomsvoorbehoud, reclame en retentie. Bovendien is de praktijk dat klanten en key-employees, gelet op de onzekerheid over de continuering van de onderneming, waar mogelijk hun heil elders zullen zoeken.

2.2 Pre-packpraktijk

Algemeen

De 'pre-pack', kort voor *pre-packaged deal*, is een figuur die is komen overwaaien uit het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten. De pre-pack houdt in dat een noodlijdende onderneming voorafgaand aan een dreigend faillissement, de rechtbank kan verzoeken om de aanstelling van een 'beoogd curator'. Deze beoogd curator wordt vervolgens betrokken bij de voorbereiding van een verkooptransactie, nog voordat het faillissement wordt uitgesproken en hij als curator wordt benoemd. Deze 'stille fase' duurt in beginsel maximaal twee weken, hoewel een verlenging mogelijk is.

In die fase is het dus primair de onderneming die potentiële kopers benadert en de voorbereidingen treft voor een doorstart. De onderneming behoudt tot aan een eventuele faillietverklaring de bevoegdheid om over het vermogen van de onderneming te beslissen. Pas na faillietverklaring gaat deze bevoegdheid over op de curator. Tijdens de 'stille fase' zal de curator (zich laten) informeren over de (financiële) situatie van de onderneming en het proces van totstandkoming van de voorgenomen transactie, veelal in de vorm van een activatransactie. De beoogd curator houdt de rechter-commissaris van de ontwikkelingen op de hoogte. Bij het beoordelen van de voorgenomen transactie neemt de beoogd curator de belangen van de schuldeisers in acht als ware hij al curator. Wordt vervolgens een principeakkoord bereikt waarmee de beoogd curator (onder voorbehoud van daadwerkelijke aanstelling en instemming rechter-commissaris) zou willen instemmen, dan wordt om het faillissement verzocht. Onmiddellijk na faillietverklaring wordt door de (dan) curatoren formeel toestemming aan de rechter-commissaris gevraagd voor het aangaan van de transactie. Na verkregen toestemming kan de transactie worden geëffectueerd. Op deze wijze kan veelal op zeer korte termijn na faillietverklaring een doorstart worden gerealiseerd, zodat de onderneming (of gedeelten daarvan) veelal kan blijven doordraaien, zij het in afgeslankte vorm en in handen van een nieuwe eigenaar.

Rechtbanken lopen vooruit op de muziek

Hoewel wetgeving in voorbereiding is, kent de hierboven beschreven figuur van de pre-pack tot op heden nog geen wettelijke basis in Nederland. Desalniettemin werken acht van de elf rechtbanken in Nederland mee aan verzoeken tot het aanwijzen van een beoogd curator.[2] De rechtbanken Limburg, Midden-Nederland en Overijssel werken (nog) niet mee vanwege het ontbreken van die wettelijke basis. Voor bedrijven die gevestigd zijn in de werkgebieden van die rechtbanken hoeft dat geen beletsel te zijn. Die ondernemingen kunnen namelijk, voor het indienen van een verzoekschrift, op een eenvoudige wijze hun statutaire zetel verplaatsen naar een arrondissement van een rechtbank die wél meewerkt aan dergelijke pre-packverzoeken.
De huidige pre-packpraktijk van de rechtbanken is ontstaan vanuit een behoefte bij ondernemers, curatoren en rechters om een aanstaand faillissement in relatieve rust – mitsdien voordat de hectiek van een faillissement losbarst – met de rechtstreeks betrokkenen voor te kunnen bereiden.[3]
Zo zullen zij op het moment van faillietverklaring beter in staat zijn om een oordeel te vellen over de voorgenomen verkooptransactie.

In de regel geldt dat de curator zijn medewerking zal verlenen indien hij – gelet op zijn taak – ervan overtuigd is dat met de aan hem voorgelegde verkooptransactie het hoogst haalbare resultaat voor de gezamenlijke schuldeisers kan worden gerealiseerd.[4]

De pre-pack komt veelal neer op een 'restructuring' van de onderneming uitmondend in de verkoop van levensvatbare delen van de onderneming door de curator aan de daartoe geselecteerde partij(en). De niet-verkochte onderdelen blijven vervolgens achter in het faillissement en worden door de (dan) curator verder afgewikkeld.

De 'stille fase' biedt de onderneming in wezen ook meer kans dat een door de onderneming voorbereide doorstart vanuit faillissement goedkeuring zal verkrijgen, in die zin dat de 'decision makers' – de curator en de rechter-commissaris – tijdig op de hoogte raken zodat onnodig tijd- en waardeverlies wordt voorkomen.[5]

2.3 Aanvulling op bestaande insolventieprocedures

De Nederlandse faillissementswetgeving kent thans twee insolventieprocedures voor niet-natuurlijke personen, namelijk het faillissement (art. 1 e.v. Faillissementswet (Fw)) en de surseance van betaling (art. 214 e.v. Fw). De surseance van betaling biedt de schuldenaar eenvoudig gezegd een wettelijk uitstel van betaling van diens schulden, teneinde orde op zaken te kunnen stellen in de onderneming en regelingen te treffen met de schuldeisers, onder begeleiding van een door de rechtbank aangestelde bewindvoerder.

De surseance van betaling blijkt echter in de praktijk niet te voldoen aan de doelstellingen van de wetgever en voornamelijk een voorbode te zijn voor het faillissement, nu ten minste driekwart van de verleende surseances van betaling alsnog leidt tot het uitspreken van een faillissement.[6] De figuur van de pre-pack kan dan ook worden getypeerd als een voorbereidingsfase op de twee voornoemde formele insolventieprocedures.

2.4 Wet continuïteit ondernemingen I

In de zomer van 2015 is het wetsvoorstel – de 'Wet continuïteit ondernemingen I' (WCO I) – toegezonden aan de Tweede Kamer waarmee beoogd wordt een wettelijke basis te leggen voor de pre-pack (Kamerstuknummer 34 218).

De WCO I is met name een codificatie (toekomstig art. 363-367 Fw) van de huidige informele pre-packpraktijk. Daarnaast worden ook de twee belangrijke artikelen die zien op bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:138/248 BW) aangepast.

Voorts is de wijziging van het huidige art. 74 Fw vermeldenswaardig. Hierin wordt de mogelijkheid geschapen tot het benoemen van een voorlopige commissie van schuldeisers bij de faillietverklaring, zodat schuldeisers kunnen worden betrokken bij een eventuele doorstart die vlak na faillissement zal plaatsvinden. Gelet op de gebruikelijke snelheid bij een 'pre-packed' doorstart zal deze commissie snel moeten kunnen handelen.

2.5 Wat is de rol van de beoogd curator?

Bij gebrek aan een wettelijke basis voor de pre-pack, beschikt de beoogd curator niet over wettelijke taken en bevoegdheden.

De rol van de beoogd curator wordt door sommigen wel omschreven als 'the fly on the wall' die zich laat informeren over het reilen en zeilen van de vennootschap, diens voorbereidingen op een faillissement en een eventuele doorstart daaruit. Louter na verkregen toestemming van de onderneming kan informatie worden ingewonnen bij derden.

Uit de praktijkregels van de INSOLAD[7], het wetsvoorstel WCO I en de memorie van toelichting daarbij, kan worden opgemaakt wat van een beoogd curator, maar ook van een onderneming die om een pre-pack heeft verzocht, wordt verwacht.

Vooropgesteld zij dat de beoogd curator nadrukkelijk geen adviseur van de vennootschap is.

Met de onderneming wordt een overeenkomst gesloten, waarin de rol, honorering, uitsluiting van aansprakelijkheden, en een geheimhoudingsplicht wordt neergelegd.

Een onderneming zal zelf een juridische adviseur of advocaat moeten inschakelen voor de behartiging van haar eigen belangen. Enerzijds omdat het pre-packverzoekschrift door een advocaat moet worden ingediend, anderzijds omdat op die wijze voorkomen wordt dat de beoogd curator in de rol van juridisch adviseur wordt gemanoeuvreerd.

De onderneming blijft zelf volledig beschikkingsbevoegd en draagt zelf de verantwoordelijkheid om te verifiëren dat voldoende middelen beschikbaar zijn om de bedrijfsvoering te blijven continueren in de 'stille periode' zonder dat daarbij schade wordt veroorzaakt aan derden.

De beoogd curator is bovendien onafhankelijk en laat zich leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Daarbij houdt hij rekening met belangen van maatschappelijke aard, waaronder werkgelegenheid. Hij kan daartoe suggesties geven aan de onderneming omtrent te verrichten handelingen of de te volgen gedragslijn. De onderneming zelf kan geen instructies opleggen aan de beoogd curator.

Meer specifiek ten aanzien van een eventuele doorstart-mogelijkheid dient de onderneming de beoogd curator gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verstrekken. Dit, ter beoordeling of de voorgestelde transactie vanuit het belang van de gezamenlijke schuldeisers bezien de beste optie is. Daarbij wordt gestreefd naar de hoogst mogelijke opbrengst. Uitgangspunt is dat concurrentie tussen gegadigden wordt gecreëerd.

De beoogd curator moet zich ervan vergewissen dat (behoorlijke) marktverkenning heeft plaatsgevonden en voldoende inspanning is verricht om serieuze gegadigden te bereiken, waaronder concurrenten, alsmede dat zo veel als mogelijk een level-playing field is gecreëerd. Hij waakt voor concurrentievervalsing en misbruik van de faillietverklaring in verband met verplichtingen tegenover werknemers. Extra voorzichtigheid dient te worden betracht bij een potentiële verkooptransactie met een aan de onderneming gelieerde partij.

Het gebrek aan transparantie bij het verkoopproces wordt voorts gecompenseerd door de beoogd rechter-commissaris nauwer te betrekken bij de pre-pack. In de praktijk is overigens reeds een actievere rol waarneembaar dan gebruikelijk is in de 'reguliere' faillissementen.

3. Wanneer komt een onderneming voor een pre-pack in aanmerking?

Een pre-pack wordt in Nederland niet gezien als een figuur die standaard zou moeten worden ingevoerd als voorbereiding op één van de traditionele insolventieprocedures, zoals bijvoorbeeld in Engeland het geval is waar in circa 25% van de faillissementen pre-packs worden toegepast. Opmerking verdient wel dat de Engelse variant van de pre-pack geen rechterlijk toezicht kent en de (beoogd) curator door de onderneming zelf wordt aangesteld.

Veel steun wordt in de Nederlandse (rechts)praktijk gevonden voor de opvatting dat een pre-pack slechts zou moeten worden toegestaan in uitzonderingsgevallen, zowel onder voorstanders als hen die meer kritisch tegenover de pre-pack staan.

Bij uitzonderingsgevallen zou gedacht kunnen worden aan de situatie waarbij een abrupt faillissement tot een oncontroleerbare situatie en grote consternatie leidt.

In de regel zal het gaan om middelgrote tot grote bedrijven met veel werknemers en met activiteiten die onderhevig zijn aan snel waardeverlies indien de onderneming plotsklaps tot stilstand komt, met eventueel groot verlies van werkgelegenheid tot gevolg. Daarnaast denken wij aan bedrijven met vitale maatschappelijke functies, zoals nutsleveranciers, ziekenhuizen en openbaar vervoer. Dat neemt niet weg dat ook kleinere ondernemingen in aanmerking kunnen komen, mits wordt voldaan aan de vereisten hieronder.

Volgens het wetsontwerp WCO I dient een onderneming bij zijn verzoek op de eerste plaats te staven dat een situatie dreigt waarin de onderneming met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan.

Een onderneming – die in een situatie dreigt te geraken waarin zij met het betalen van haar schulden niet zal kunnen voortgaan – zal ten aanzien van haar specifieke situatie aannemelijk moeten maken dat het gelasten van de stille voorbereidingsfase meerwaarde heeft.

Die meerwaarde wordt geacht aanwezig te zijn indien kan worden aangetoond dat de voorbereiding de schade voor de betrokkenen bij het eventuele faillissement in zodanige mate kan beperken of de kansen op verkoop van levensvatbare onderdelen tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs met behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid in zodanige mate vergroot, dat dit opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding van het faillissement in stilte plaatsvindt.

De rechtbank zal het verzoek enkel kunnen toewijzen indien een 'stille fase' te verkiezen is boven de situatie – met daarbij behorende mogelijkheden en waarborgen – van een regulier (onvoorbereid) faillissement, aan welke toets niet eenvoudig zal kunnen worden voldaan.

4. Bezwaren

De introductie van de pre-pack is niet louter positief ontvangen. Op de eerste plaats ontbeert het de curator aan wettelijke bevoegdheden zodat hij zich ten opzichte van de onderneming in een afhankelijke positie bevindt, bijvoorbeeld waar het betreft de informatieverstrekking om zijn taak naar behoren uit te kunnen voeren.

Daarnaast wordt concurrentievervalsing als een risico van de pre-pack genoemd, te meer wanneer de verkooptransactie met een aan de onderneming gelieerde partij (bijvoorbeeld de bestuurders of aandeelhouders) wordt gesloten. Een doorstartende partij zou zichzelf na een pre-pack – door het achterlaten van de lasten – in een aanzienlijke betere positie kunnen manoeuvreren dan zijn concurrenten.

Bovendien zal, wanneer de onderneming of delen daarvan in het diepste geheim worden verkocht, de mogelijkheid bestaan dat potentiële gegadigden achter het net vissen. Hier werkt de grootste kracht van de pre-pack, de beslotenheid ter voorkoming van waardeverlies, tegen de pre-pack omdat zonder marktwerking mogelijk geen waardemaximalisatie plaatsvindt. Niet voor niets gaat de wetgever ervan uit dat executieverkopen in beginsel openbaar geschieden. Door het aanbod bloot te stellen aan de markt kan de prijs het best worden bepaald en het belang van de gezamenlijke schuldeisers is nu juist gericht op het realiseren van een maximale opbrengst.[8]

Door sommigen wordt in dit verband geopperd om een bedenktijd te introduceren. Dat zou moeten inhouden dat vóór faillissement een concept-transactie kan worden beklonken, maar dat tot enkele dagen na faillietverklaring derden een betere bieding kunnen doen die de curator vervolgens ook mag accepteren.[9] Dit is vergelijkbaar met wat in de Amerikaanse rechtspraktijk de *'stalking horse'*-methodiek wordt genoemd.[10]

Die beslotenheid leidt er voorts toe dat bij de onderneming betrokken stakeholders, zoals personeel en crediteuren, in het duister tasten omtrent de aanwijzing van een beoogd

curator en zich vervolgens met een voldongen situatie geconfronteerd zien. Schuldeisers kunnen zich wellicht na de faillietverklaring met een beroep op art. 69 Fw bij de rechter-commissaris verzetten tegen handelingen van de curator, maar deze acties zijn zelden succesvol.

Tot slot wordt de pre-pack door velen als mogelijkheid beschouwd voor een onderneming om snel en goedkoop van het personeelsbestand af te komen.[11] Misbruik van de mogelijkheid tot pre-pack zou aldus op de loer liggen.

De bovenstaande bezwaren lijken zich in de basis te richten tegen een vlotte doorstart uit een faillissement in zijn algemeenheid, niet zozeer tegen de pre-pack als variant. In elk geval is verdedigbaar dat het gebrek aan transparantie en betrokkenheid van stakeholders bij een vlotte doorstart in een regulier faillissement, in geval van een pre-pack wordt geheeld door de vroege betrokkenheid van een beoogd curator (en een beoogd rechter-commissaris) die een vinger aan de pols houdt bij het verkoopproces.[12]

Bovendien doorkruist de Faillissementswet al sinds jaar en dag de ontslagbescherming, daarin is de pre-pack dus niet bijzonder. Verdedigbaar is zelfs dat werknemers beter af zouden kunnen zijn in een pre-pack, waar hun (maatschappelijke) belangen reeds op voorhand in acht worden genomen door de beoogd curator.

Uit onderzoek naar een aantal pre-packs uitgevoerd tot medio 2014 blijkt dat circa tweederde[13] van de werkgelegenheid is behouden bij die pre-packs, waaruit mogelijk voorzichtig kan worden geconcludeerd dat pre-packs een bijdrage kunnen leveren aan het behoud van werkgelegenheid.[14] Bovendien is uit een onderzoek onder curatoren gebleken dat de verkoop van een bedrijf als 'going concern' gemiddeld 10% meer opbrengt.[15]

5. Positie separatisten

Vaak vergeten in de discussie rondom de pre-packs, maar veelal bepalend voor het slagen van een doorstart in welke vorm dan ook is de opstelling van de zogenaamde separatisten (pand- en hypotheekhouders). In de meeste gevallen heeft een financier (meestal een bank) tot zekerheid van de door haar verschafte financiering zekerheden bedongen op vrijwel al het actief van een onderneming.

Denk hierbij aan pandrechten op roerende zaken (voorraden, inventaris, voertuigen etc.), vorderingen en intellectuele eigendomsrechten. Bovendien zullen eventuele onroerende zaken in eigendom van de onderneming aan de bank zijn verhypothekeerd. Veelal zijn het dan ook primair deze zekerheidsgerechtigden die belanghebbende zijn bij de opbrengst van het te gelde maken van het actief.
Waar concurrente schuldeisers alleen hun vordering kunnen indienen in afwachting van een eventuele uitkering door de curator, kunnen separatisten hun rechten uitoefenen alsof er geen faillissement is (art. 57 Fw). Pand- en hypotheekhouders beschikken over een bevoegdheid van parate executie, hetgeen inhoudt dat zij tot openbare verkoop over kunnen gaan indien de schuldenaar in verzuim is, zoals het geval zal zijn in faillissement.
De separatisten worden het eerst voldaan uit de opbrengst van het (in zekerheid gegeven) actief, een eventueel surplus vloeit naar de boedel.

Omdat een onderhandse verkoop onder sommige omstandigheden meer oplevert dan een openbare verkoop, en wanneer men gebaat is aan de uitwinning geen ruchtbaarheid te geven, opteren separatisten doorgaans voor onderhandse verkoop. Voor deze (van openbare verkoop) afwijkende wijze van verkoop is ofwel toestemming van de voorzieningenrechter (art. 3:251, lid 1, BW), ofwel instemming van de pandgever vereist (art. 3:251, lid 2, BW). In geval van faillissement moet die instemming worden verkregen van de curator, die aan zijn medewerking voorwaarden kan bedingen, waaronder een boedelbijdrage of een overbruggingskrediet om de onderneming (of delen daarvan) te kunnen voortzetten in afwachting van het vinden van een koper.

Aannemend dat de vordering van de financiers niet zal worden voldaan uit de opbrengst van de zekerheden, is de stelling dat schuldeisers worden benadeeld door gebrekkige transparantie bij een pre-pack ook niet altijd juist, nu het in dat geval noch in een pre-pack, noch in geval van een 'regulier' faillissement tot een uitkering aan deze schuldeisers zou zijn gekomen.

6. Positie bestuurders

Tot slot enkele kanttekeningen betreffende bestuurdersaansprakelijkheid rondom een pre-pack.

In de literatuur wordt aangenomen dat het tot de taak van bestuurders behoort om ingeval een onderneming afstevent op een faillissement, alle mogelijkheden te onderzoeken, waaronder een pre-pack om (gedeelten van) de onderneming te redden. Dit zou kunnen worden afgeleid uit de wettelijke taak van het bestuur tot behoorlijke vervulling van zijn bestuurstaak. In dit kader dient de bestuurder zich te richten naar het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming (art. 2:9 BW).[16] Laten zij dat na, dan zou dit aansprakelijkheid van de bestuurders kunnen opleveren.

Bovendien moeten bestuurders voorafgaand en gedurende een 'stille fase' bedacht zijn op het risico van aansprakelijkheid op basis van de zogenaamde 'Beklamel'-norm.
De Beklamel-norm houdt in dat een bestuurder onder omstandigheden aansprakelijk kan worden gehouden op grond van onrechtmatige daad op het moment dat hij namens de vennootschap verplichtingen aangaat waarvan hij weet of behoort te weten dat de vennootschap deze verplichtingen niet kan nakomen en dat de vennootschap ook geen verhaal zal bieden.[17] Kortom, het bestuur zal

zichzelf er voortdurend van moeten vergewissen dat de pot nog niet (te) leeg is. Voortdurend monitoren van liquiditeitsprognoses kan hierin uitkomst bieden.

Met de WCO I wordt voorts aan de bepalingen die zien op bestuurdersaansprakelijkheid in geval van faillissement (art. 2:138/248 BW) een lid toegevoegd dat specifiek ziet op de aansprakelijkheid van bestuurders in de 'stille fase'. Krachtens art. 2:138/248 BW kunnen bestuurders (in privé) worden aangesproken voor het gehele faillissementstekort indien sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur en dit kennelijk onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. WCO I voegt aan deze artikelen toe dat indien blijkt dat de bestuurder tijdens de 'stille periode', gedurende het faillissement dat daarop is gevolgd, of bij het verzoek tot aanwijzing van beoogd curatoren, onjuiste informatie heeft verstrekt over de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement, met het oogmerk het voorbereidingstraject op oneigenlijke gronden te gebruiken (bijvoorbeeld om werknemers te lozen en de onderneming in afgeslankte vorm voort te zetten), hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en wordt vermoed dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Bovendien wordt de mogelijkheid geïntroduceerd om in dat geval een bestuursverbod op te leggen. In de rechtspraak zal moeten blijken wanneer aangenomen mag worden dat bestuurders een dergelijk 'oogmerk' hadden.

7. Conclusies

In dit artikel is in vogelvlucht aan bod gekomen:

- Om verlies van waarde en werkgelegenheid te voorkomen is haast geboden bij het realiseren van een doorstart, of die nou voorafgaand aan een faillietverklaring door de onderneming wordt voorgekookt of gerealiseerd wordt door curator ná faillietverklaring.
- Hoewel daarvoor nog geen wettelijke basis bestaat, bieden rechtbanken ondernemingen die afstevenen op een faillissement de mogelijkheid van een pre-pack. Pre-packwetgeving wordt wel op korte termijn verwacht.
- In een pre-pack wordt een beoogd curator aangewezen die bij de voorbereiding van de onderneming van een doorstart van levensvatbare onderdelen wordt betrokken.
- De beoogd curator neemt de door de onderneming voorgestane transactie kritisch onder de loep met inachtneming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, alsook neemt hij belangen van maatschappelijke aard, waaronder de werkgelegenheid in aanmerking.
- Stemmen de koper, de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris, alsmede een eventuele zekerheidsgerechtigde in met de verkoop, dan volgt het faillissement met aansluitend de verkoop.
- Een onderneming komt slechts in uitzonderingsgevallen in aanmerking voor een pre-pack en slechts wanneer kan worden aangetoond dat dit een 'meerwaarde' oplevert.
- Bestuurders moeten bedacht zijn op de risico's van doorzetten van de onderneming gedurende de 'stille periode' alsook bij misbruik van de pre-pack.

Tot slot verdient vermelding dat, gelet op de vele valkuilen rondom (de voorbereiding van) een pre-pack, óók voor bestuurders, het verstandig is om in een vroeg stadium een gespecialiseerde insolventierechtadvocaat in te schakelen.

Noten

1 J.M. van Hummelen, 'Het verkoopproces in een pre-packaged activatransactie', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2015/2, p. 4.
2 M.H.F. van Vugt, 'De Nederlandse pre-pack: time out, please!', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventie* 2014/1, p. 26/27.
3 Kamerstukken II, 2014/2015, 34 218, 3, p. 6.
4 J.M. Lemstra e.a., 'Kloeke curatoren', *Jaarboek Insolad*: 2008, p. 161-177.
5 Nader Rapport inzake het wetsvoorstel voor de Wet continuïteit ondernemingen I, Ministerie van Veiligheid en Justitie, 1 juni 2015.
6 Kamerstukken II 1999/2000, 27 244, nr. 3, p. 1.
7 Praktijkregels beoogd curatoren 2015, Vereniging voor Insolventierecht advocaten INSOLAD, te raadplegen via www.insolad.nl/publicaties.html.
8 J.M. van Hummelen, 'Het verkoopproces in een pre-packaged activatransactie', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2015/2, p. 5.
9 M.R. van Zanten, 'De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventie* 2015/5, p. 24.
10 M. van Hummelen, 'Het verkoopproces in een pre-packaged activatransactie', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2015/2, p. 10.
11 S.N. Legerstee, 'De pre-pack; een onderzoeksverplichting voor bestuurders?', *Vennootschap & Onderneming* 2015/6, p. 99.
12 J.J. van Hees, 'Stille Bewindvoering: pre-packen en wegwezen?', *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 7.
13 J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Celsus juridische uitgeverij: Amersfoort 2014: p.55.
14 M.R. van Zanten, 'De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventie* 2015/5, p. 18.
15 R. Aalbers e.a., 'De relevantie van transparantie: pre-pack in Nederland', *M&A magazine* 2014, afl. 3.
16 S.N. Legerstee, 'De pre-pack; een onderzoeksverplichting voor bestuurders?', *Vennootschap & Onderneming* 2015/ 6, p. 99.
17 HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990/286 (Beklamel).