

Minister van Veiligheid en Justitie
De Weleledelgestrenge heer
mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

CMS Derks Star Busmann N.V.
Mondriaantoren - Amstelplein 8A
NL-1096 BC Amsterdam
Postbus 94700
NL-1090 GS Amsterdam
www.cms-dsb.com

Bankrekening (Stichting Derdengelden)
Iban: NL31 RABO 0103 3545 49
Swift/bic: RABONL2U

mr. M.R. van Zanten
Advocaat
T +31 20 3016 311
F +31 20 3016 330
E marc.vanzanten@cms-dsb.com

Onze ref. /MvZ/19868301
Uw ref. Wetsvoorstel continuïteit
ondernemingen I

Betreft Consultatie Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I

16 januari 2014

Geachte heer,

Naar aanleiding van de publicatie van het Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I ("Wetsvoorstel") en de Memorie van Toelichting ("MvT") daarop op 22 oktober 2013 zend ik u hierbij mijn bijdrage voor de consultatie.

I Achtergrond

In mijn praktijk als insolventieadvocaat bij CMS in Amsterdam (tevens lid van INSOLAD) ben ik de afgelopen jaren veel in aanraking gekomen met de "pre-pack", zowel als adviseur van ondernemingen (bijvoorbeeld als adviseur van Bouwbedrijf Moes in juli 2012 en Breure PlantDeco in augustus 2013) alsmede als door de rechtbank aangewezen "stille bewindvoerder" (Florimex, april 2013).

In de praktijk merkten wij dat in sommige branches een doorstart kort na faillissement niet mogelijk was zonder dat er de mogelijkheid was van een gedegen voorbereiding in relatieve rust en zonder dat duidelijk was of de aan te stellen curator in kan stemmen met het resultaat van de onderhandelingen. In de chaos die op sommige faillissementen (vooral in de bouw) volgde is menig op zichzelf goed voorbereide doorstart toch nog mislukt met als gevolg een groter aantal werknemers dat werkloos bleef en een lagere opbrengst bij verkoop omdat sprake was van liquidatieverkoop van de activa bestanddelen en geen koopprijs voor goodwill kon worden bedongen door de curator.

Alle diensten worden verleend op grond van een overeenkomst van opdracht met CMS Derks Star Busmann N.V., statutair gevestigd in Utrecht, Nederland. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van CMS Derks Star Busmann N.V., welke zijn gedeponeerd bij de griffie van de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, Nederland, onder nummer 212/2007 en waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze voorwaarden kunnen worden geraadpleegd op www.cms-dsb.com en worden op verzoek verstrekt. CMS Derks Star Busmann N.V. is in Nederland ingeschreven in het handelsregister onder nummer 30201194 en in België in het RPR Brussel onder nummer 0877.478.727. Het BTW-nummer van CMS Derks Star Busmann N.V. in Nederland is NL8140.16.479.B01 en in België BE 0877.478.727.

CMS Derks Star Busmann N.V. maakt deel uit van CMS, de organisatie van Europese advocatenkantoren. In bepaalde gevallen wordt CMS gebruikt als een merk of als de bedrijfsnaam van, of om te refereren aan, enkele of alle leden of hun kantoren. Meer informatie vindt u op www.cmslegal.com. CMS kantoren en gelieerde kantoren wereldwijd: Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Beijing, Belgrado, Berlijn, Bratislava, Bristol, Brussel, Boekarest, Boedapest, Casablanca, Dresden, Düsseldorf, Dubai, Edinburgh, Frankfurt, Hamburg, Keulen, Kiev, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, Londen, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mexico-Stad, Milaan, Moskou, München, Parijs, Praag, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straatsburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wenen, Zagreb en Zürich.

Gelet op deze ervaringen hebben wij als adviseur van Bouwbedrijf Moes er in juli 2012 voor gekozen de Rechtbank Zwolle-Lelystad te vragen aan te geven wie zij zou benoemen tot bewindvoerder indien een surseance verzoek zou worden ingediend. Gelukkig wilde deze rechtbank meewerken (ondanks dat geen sprake was van een wettelijke regeling) en was zij ook op de hoogte van de publicatie van mr. N.W.A. Tollenaar over de pre-pack.¹ Van enig beleid op het gebied van de pre-pack was geen sprake. De aanvraag vond plaats bij brief aan de rechtbank met daarbij een concept surseance rekest met bijlagen alsmede een toelichting waarom een pre-pack in deze zaak geïndiceerd was. Vervolgens heeft de rechtbank aangegeven wie zij tot bewindvoerder zou benoemen indien het rekest zou worden ingediend. Deze beoogd bewindvoerder heeft enkele dagen gesprekken kunnen voeren met de enig overgebleven doorstartkandidaat en de bank. Twee dagen na verlening van de surseance van betaling en aansluitende faillietverklaring kon de doorstart worden gerealiseerd. Zonder een stille fase als door de Rechtbank Zwolle-Lelystad gefaciliteerd was Bouwbedrijf Moes niet in deze vorm doorgestart en kon de werkgelegenheid van 75 van de 130 mensen niet worden behouden. Met de doorstart is ook de schade van hoop betrokkenen verminderd.

Ook in latere zaken heb ik gezien dat een tijdige aanvraag van de “pre-pack” tot goede resultaten kan leiden voor zowel de opbrengst van de activa als ook het behoud van de werkgelegenheid. Ik ben dus een voorstander van deze figuur, omdat ik de voordelen in de praktijk meermalen heb gezien, en omarm het in consultatie gegeven wetsvoorstel dan ook in overwegende mate. Een kaderregeling als thans voorzien is voor de praktijk ook beter dan een gedetailleerde regeling.

Voor een bespreking (en weerlegging) van enkele in de praktijk geuite bezwaren tegen de “pre-pack” (voor dat het Wetsvoorstel in consultatie was gegeven) verwijs ik korthedshalve naar mijn recente artikel: “Aan het werk met de pre-pack”.² Het artikel is als bijlage bij deze brief gevoegd.

II Opmerkingen naar aanleiding van Wetsvoorstel en MvT

Hieronder volgen eerst mijn algemene opmerkingen. Vervolgens zal ik bij de bespreking van mijn overige opmerkingen zoveel mogelijk de volgorde van het wetsvoorstel en de MvT aanhouden.

Algemene opmerkingen

Het wetsvoorstel voorziet in een behoefte van de praktijk aan de pre-pack een wettelijke basis te bieden. Het is goed dat is gekozen voor een kaderregeling waarbij de praktijk zo min mogelijk wordt gehinderd en zoveel mogelijk wordt overgelaten aan de praktijk bepaalde punten nader te regelen. Soms weegt de zekerheid die een gedetailleerde wettelijke bepaling biedt niet op tegen de voordelen die een meer algemene wettelijke regeling kan bieden en dat geldt zeker voor de pre-pack. Bovendien zorgt deze wettelijke basis ervoor dat de huidige, door mij ongewenste, situatie dat twee rechtbanken niet hun medewerking wensen te verlenen aan de pre-pack in verband met het ontbreken van een wettelijke regeling, tot het verleden behoort. Er kan nu door RECOFA worden gewerkt aan uniforme regels voor de aanvraag van de pre-pack.³ Dat is voor de praktijk wel van groot belang en wordt nu als groot nadeel ervaren. Zo wordt de pre-pack bij de Rechtbank Noord Holland in Haarlem mondeling gevraagd zonder overlegging van stukken, terwijl bijvoorbeeld bij de rechtbank in Zwolle indiening in

¹ N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechter van Nederland: geef ons de pre-pack', *TvI* 2011/23.

² M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 7-11.

³ Zie ook MvT, p. 5.

2012 nog plaatsvond door het indienen van een concept surseancerekest. Voor de praktijk is het van belang dat iedere (adviseur van een) schuldenaar weet waaraan een verzoek moet voldoen en welke informatie daarbij dient te worden overgelegd zodat de aanvraag goed kan worden voorbereid.

Indien RECOFA er in de consultatieperiode echter niet in blijkt te zijn geslaagd te komen tot uniforme regels voor de aanvraag van de pre-pack (waaronder een lijst van toe te voegen stukken) is het wenselijk dat in de MvT duidelijk wordt aangegeven welke stukken (indien aanwezig) aan het verzoekschrift moeten worden gehecht. Te denken valt dan aan in ieder geval: alle beschikbare taxatierapporten van de activa bestanddelen, een lijst van (eerdere) geïnteresseerde kandidaten in de activa (doorstart) van de (van de activiteiten) van de schuldenaar, een plan van aanpak voor de periode van de pre-pack, de meest recente financiële gegevens en een liquiditeitsbegroting voor de eerste periode van de pre-pack.⁴ Daarnaast dient duidelijk te zijn voor welke (in eerste instantie beperkte) termijn, met verlengingsmogelijkheid, de beoogd curator wordt aangewezen. Gedacht kan worden aan een eerste termijn van 14 dagen, die op verzoek van de schuldenaar of de beoogd curator kan worden verlengd indien blijkt dat verlenging in het belang is van de gezamenlijke crediteuren of de vervulling van het doel van de pre-pack.

Wanneer later blijkt dat de schuldenaar ten tijde van de indiening van het verzoek over hiervoor genoemde stukken beschikte maar deze desondanks niet aan het verzoekschrift heeft gehecht en ook niet dadelijk ter beschikking aan de beoogd curator heeft gesteld kan dit een grond opleveren voor de rechtbank de beoogd curator ex art. 364 lid 1 Fw te ontheffen van zijn taken.

Het is een goede keuze te bepalen dat het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator komt te vallen onder de categorie verzoekschriften die door een advocaat moeten worden ingediend.⁵ In de eerste plaats dient de schuldenaar bij een dergelijk belangrijk verzoek te beschikken over deskundige bijstand om de redenen als genoemd in de MvT. In de tweede plaats kan de betrokkenheid van een advocaat ook als een zeef fungeren. De pre-pack is in de praktijk erg populair. Het risico bestaat dat ook zaken die zich minder voor de pre-pack lenen toch aan de rechter worden voorgelegd en leiden tot devaluatie van de pre-pack. Dit kan vervolgens leiden tot een (nutteloze) verhoging van de belasting van de rechterlijke macht. Betrokkenheid van een (insolventie)advocaat kan dit voorkomen.

Het wetsvoorstel maakt zeer duidelijk dat de curator zich steeds moet leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren⁶ en dat hij bij zijn handelen steeds de taak van respectievelijk de curator, danwel de bewindvoerder, als uitgangspunt neemt.⁷ Het definiëren van een andere taak zou niet juist zijn geweest. Het wetsvoorstel voldoet ook op dit punt aan de wensen van de praktijk. Het neemt ook het bezwaar weg dat is geuit naar aanleiding van de huidige praktijk van de pre-pack, te weten dat niet duidelijk was welke belangen de aan te wijzen curator diende te behartigen waarbij gevreesd werd voor handelingen door de beoogd curator die de belangen van de crediteuren zouden schaden. Door te bepalen dat de beoogd curator zich moet leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren worden deze bezwaren ondervangen. Ook wordt duidelijk dat de beoogde curator niet uitsluitend de belangen van bijvoorbeeld de werknemers van de schuldenaar kan dienen.

⁴ Zie ook MvT, p. 17 waarin een voor de praktijk nuttige opsomming van belangrijke stukken is gegeven.

⁵ Zie art. I sub A en MvT, p. 13 e.v.

⁶ MvT, p. 4.

⁷ Art. 365 lid 1 Fw.

Het is toe te juichen dat ter voorkoming van financiële afhankelijkheid is bepaald dat de beoogd curator buiten faillissement kan vragen om zekerheidsstelling voor de betaling van zijn salaris en dat indien het salaris onbetaald is gebleven op het moment van faillietverklaring het salaris van de beoogd curator wordt voldaan volgens de regels die gelden voor het salaris van de curator.⁸ Op deze wijze wordt een wettelijke basis gegeven voor het ontstaan van een boedelvordering indien het salaris van de beoogd curator voor faillietverklaring door de schuldenaar niet volledig is voldaan. Het werk van de beoogd curator zou worden bemoeilijkt indien bij aanvang van zijn werkzaamheden geen zekerheid is te verkrijgen ten aanzien van de betaling van diens kosten en de aard van een eventuele vordering die hij na faillissement nog zou hebben. De bepaling dat sprake is van een boedelvordering past in het systeem van de wet. Zo kan worden verwezen naar art. 250 lid 1 Fw op grond waarvan de kosten van de bewindvoerder in de surseance van betaling “promoveren” tot boedelvordering in het op de surseance volgende faillissement.⁹ Dit volgt ook uit art. 249 Fw op basis waarvan surseance en opvolgend faillissement zo veel mogelijk als een worden behandeld. Boedelschulden die zijn ontstaan tijdens de surseance blijven dat in faillissement.

Het is verstandig dat in het wetsvoorstel is bepaald dat uitsluitend de schuldenaar een aanvraag kan doen.¹⁰ Deze procedure leidt hoogstwaarschijnlijk tot een insolventieprocedure. Naast de faillietverklaring, die wel door derden kan worden verzocht, dient deze procedure uitsluitend door de schuldenaar te kunnen worden gestart, zoals ook de surseance van betaling ook uitsluitend kan worden verzocht door de schuldenaar zelve. Bovendien leent de pre-pack zich niet goed voor een bijvoorbeeld onwillige schuldenaar die in de pre-pack is gedwongen door een derde. Dit past ook niet bij de harmonieuze omgang tussen schuldenaar en beoogd curator waar in het wetsvoorstel van uit wordt gegaan. Zou dit middel ook in handen komen van derden dan zou het ook direct aan kracht verliezen. Immers, hoe kan dan nog de gewenste en noodzakelijke vertrouwelijkheid worden gegarandeerd?

Het wetsvoorstel gaat er in art. 363 lid 1 sub a en b Fw vanuit dat de schuldenaar niet aannemelijk hoeft te maken dat er sprake is van een faillissementstoestand. Dat is verstandig want op deze wijze wordt voorkomen dat uitsluitend op een te laat moment gebruik kan worden gemaakt van de pre-pack omdat men moet wachten tot het echt bijna te laat is. Wel dient, teneinde misbruik te voorkomen, duidelijk te zijn dat faillissement aanstaande is en zonder aanwijzing van de beoogd curator faillissement op niet al te lange termijn te verwachten is. Overigens wordt terecht in de MvT¹¹ aangegeven dat de misbruik jurisprudentie ingeval van faillissement van toepassing blijft. Er blijft dus een rechterlijke toets mogelijk van de beslissing van de bestuurders een aanvraag in te dienen voor de aanwijzing van een beoogd curator.

Aan de wens uit de praktijk voor transparantie is voldoende voldaan door de bepaling in art. 364 lid 3 Fw. De transparantie naar aanleiding van een pre-pack is overigens op basis van het wetsvoorstel groter dan voor de wettelijke regeling. Zelfs groter dan indien een doorstart direct na faillissement zou plaatsvinden zonder de voorafgaande fase van de pre-pack. In dat geval volgt namelijk het eerste

⁸ Zie MvT, p. 4-5 en art. 367 Fw.

⁹ Zie ook Rb Rotterdam 11 oktober 1985, *NJ* 1987/186.

¹⁰ Zie art. 363 lid 1 Fw.

¹¹ MvT, p. 10.

openbaar faillissementsverslag pas één maand na de uitspraak van het faillissement.¹² Ik onderschrijf de MvT¹³ waarin de informatievoorziening in de pre-pack wordt vergeleken met de informatievoorziening aan derden in faillissement. Derden worden op dit punt niet benadeeld door de aan een faillissement voorafgegane fase van de pre-pack. Er is dan ook voldoende tegemoet gekomen aan de wens tot transparantie. Niet geëist kan worden dat tijdens de pre-pack tot openheid van zaken wordt overgegaan omdat daarmee uiteraard de noodzakelijke vertrouwelijkheid van de procedure van de pre-pack wordt geschaad. Ook tijdens de behandeling van een faillissement vindt informatieverschaffing aan de gezamenlijke crediteuren gewoonlijk uitsluitend via de openbare verslagen plaats en niet tussentijds. Hier is dus geen verschil met de gangbare en geaccepteerde praktijk bij faillissementen.

Het is belangrijk dat de beoogd curator of beoogd bewindvoerder inderdaad in beginsel ook de daadwerkelijke curator of bewindvoerder wordt. Anders is het vergaren van kennis en de voorbereiding die met hem/haar heeft plaatsgevonden voor niets geweest. Ik deel de opvatting van Tideman niet dat er ingeval van aansluitend faillissement sprake moet zijn van de benoeming van een tweede curator naast de beoogd curator.¹⁴ Dat levert extra boedelkosten op en tijd omdat de “nieuwe” curator zich moet inwerken. Daarmee wordt de snelheid voor de afwikkeling van de doorstart verloren die de pre-pack nu juist moet leveren. Een beoogd curator die zijn taak zorgvuldig uitoefent heeft ook geen tweede curator naast zich nodig, net als een curator die zijn taak zorgvuldig uitoefent dit ook niet nodig heeft.

De budgettaire gevolgen van deze wetgeving lijken mij niet een bezwaarlijk punt. In het algemeen zal een pre-pack niet langer dan enkele dagen (tot maximaal 2 weken) duren. De kosten voor de onderneming ter zake de dienstverlening door de beoogd curator lijken mij dan ook niet een punt van groot belang. Het ligt voor de hand dat de tarieven van de beoogd curator worden vastgesteld conform de RECOFA tarieven die gelden bij faillissement en surseance van betaling zodat iedere aanvrager weet waar hij ter zake van de kosten aan toe is. De belasting van de rechterlijke macht lijkt mij ook geen bezwaar. Niet uitgesloten kan worden dat er sprake is van enige lastenverzwaring, maar indien geen aanvraag voor een pre-pack wordt gedaan zal spoedig van deze schuldenaar een faillissementsaanvraag volgen en zal de rechterlijke macht toch belast worden met deze zaak. De belasting van de rechterlijke macht na de pre-pack bij de omzetting naar een faillissement is vervolgens minder omdat minder voorbereidingstijd nodig is vanwege de reeds bij rechtbank aanwezig kennis. De mogelijke lastenverzwaring bij rechtbank en schuldenaar weegt echter naar mijn idee niet op tegen de bij een succesvolle pre-pack te behalen positieve budgettaire gevolgen bijvoorbeeld voor UWV (omdat werknemers van de failliete onderneming in dienst treden bij de doorstarter) of leveranciers van de failliete onderneming die bij de doorstart een klant kunnen behouden terwijl zou bij liquidatie van de activa zonder dat de activiteiten kunnen worden voortgezet definitief een klant verliezen.

¹² Zie RECOFA-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling 2009, art. 3.2.3 sub a. Opvolgende verslagen worden met inachtneming van de wettelijke termijn van 3 maanden als bedoeld in art. 73a Fw ingediend.

¹³ MvT, p. 12.

¹⁴ Zie B.J. Tideman, 'Kritische kanttekeningen bij de pre-pack', FIP nummer 6, september 2013, p. 192; Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland, geef ons de pre-pack +, FIP, nummer 7, november 2013, p. 237.

Van belang is voorts het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid van 29 november 2013.¹⁵ Dit wetsvoorstel zal als (wellicht onbedoeld) effect kunnen hebben dat er het aantal faillissementen van werkgevers maar ook het aantal pre-pack procedures zal stijgen. Onder het huidige arbeidsrecht vinden reorganisaties van bedrijven in zwaar weer nog vaak plaats via het vragen van ontslagvergunning bij het UWV bij voorgenomen ontslag vanwege bedrijfseconomische omstandigheden. Na het verkrijgen van de ontslagvergunning volgt opzegging van de arbeidsovereenkomst zonder dat een ontslagvergoeding is verschuldigd (afgezien van de mogelijkheid van de werknemer in een kennelijk onredelijk ontslag procedure alsnog enige vergoeding te krijgen). Dit is een goed werkend reorganisatiemiddel. Uit het toelichting op het wetsvoorstel Werk en Zekerheid¹⁶ blijkt dat de werkgever in zwaar weer slechts onder zeer geringe omstandigheden onder de in het wetsvoorstel geïntroduceerde "transitievergoeding" uit kan komen:

"De transitievergoeding is in beginsel altijd verschuldigd. Dat is echter niet het geval als het ontslag het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. (...)

In het sociaal akkoord is overeengekomen dat het recht op een transitievergoeding niet geldt als de werkgever door het betalen daarvan in ernstige financiële problemen komt. In het wetsvoorstel wordt hiervoor een voorziening getroffen inhoudende dat de transitievergoeding niet verschuldigd is in de situatie van surseance van betaling of faillissement van de werkgever, of als ten aanzien van de werkgever een schuldsaneringsregeling is getroffen. Daarnaast wordt het betalen van een transitievergoeding in de vorm van een betalingsregeling over een nader te bepalen periode mogelijk gemaakt als de betaling hiervan ineens tot onaanvaardbare gevolgen leidt voor de bedrijfsvoering. Om te voorkomen dat een werkgever hier snel toe overgaat, wordt aan een dergelijke betalingsregeling de voorwaarde verbonden dat het te betalen bedrag met een nader bij ministeriële regeling te bepalen percentage wordt verhoogd. Bij deze regeling wordt ook bepaald over welke periode de betalingsregeling zich kan uitstrekken. De werkgever die in problemen verkeert, kan hierdoor tijd winnen. Als mettertijd blijkt dat de werkgever niet aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen, kan hij surseance van betaling vragen aan de rechter. Als de werknemer niet instemt met de betalingsregeling, kan de werknemer (bedoeld is waarschijnlijk werkgever, opm. MvZ) naar de rechter. De rechter moet zich in dat geval uitspreken of het in één keer moeten betalen van de transitievergoeding tot onaanvaardbare gevolgen leidt voor de bedrijfsvoering. In geval van ontbinding van de arbeidsovereenkomst kan de rechter hier gelijk uitspraak over doen als daarom wordt verzocht."

Indien dit wetsvoorstel wordt aangenomen staan werkgevers die in zwaar weer verkeren en een gedeelte van hun personeel zouden willen ontslaan om te proberen nog te overleven al vrij snel voor de beslissing surseance van betaling of faillissement aan te vragen. Immers, de transitievergoeding is verschuldigd en het beste wat zij kunnen krijgen is ene betalingsregeling. Als zij dat niet kunnen betalen dan moeten zij maar surseance van betaling of faillissement aanvragen. Dit zal ongetwijfeld er toe leiden dat de Faillissementswet nog meer dan thans zal moeten kunnen worden gebruikt als middel tot reorganisatie van op zichzelf waardevolle ondernemingen die echter in de huidige vorm en met de

¹⁵ Wetsvoorstel Werk en Zekerheid, 29 november 2013, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818.

¹⁶ Wetsvoorstel Werk en Zekerheid, 29 november 2013, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 39-42.

huidige kostenstructuur niet kunnen overleven. Juist die werkgevers zullen een beroep gaan doen op de pre-pack nu zij niet meer onder een transitievergoeding uit kunnen komen.¹⁷

In het hierna volgende volgt een aantal opmerkingen met suggesties voor aanpassing.

a) Fout in verwijzing

Ten onrechte vermeldt Artikel I sub A 198. Dit artikel is sinds 1 januari 2003 vervallen na in werking treding van het nieuwe erfrecht.

Advies: verwijderen van art. 198 uit Artikel I sub A.

b) Naam wet en regels met betrekking tot overgang van onderneming

De naam: "Wet continuïteit ondernemingen" voedt het idee dat er bij een verkoop als voorbereid gedurende de pre-pack sprake is, of zou kunnen zijn, van toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming.¹⁸ De regels voor ovo zijn niet van toepassing bij een overgang van onderneming die plaatsvindt in het kader van een faillissement, dat gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie.¹⁹ Bij een verkoop in een ná een pre-pack uitgesproken faillissement gelden dus de regels van art. 7: 662 e.v. BW niet.

In surseance zijn deze regels wel van toepassing, omdat de surseance is gericht op voortzetting, terwijl bij een pre-pack sprake is van een (aankomende) faillissementssituatie. In de literatuur wordt mijns inziens ten onrechte gesteld dat de pre-pack nadrukkelijk is gericht op continuïteit.²⁰ Er is in geval van een pre-pack reeds sprake van een faillissementstoestand en faillietverklaring is zeer aanstaande. Er wordt onderzocht of na faillietverklaring een koop van activa uit de boedel zou kunnen plaatsvinden waarmee de activiteiten (gedeeltelijk) kunnen worden voortgezet en wellicht nog een deel van de werkgelegenheid behouden kan worden, terwijl dit zonder dit voorafgaande onderzoek niet mogelijk zou zijn. De overeenkomst wordt (per definitie) gesloten na faillissement door een curator en een koper en na ontslag van het personeel door de curator. In die zin is de pre-pack te beschouwen als (een voorfase van de) liquidatie in faillissement en niet te vergelijken met de surseance die op continuïteit is gericht. Art. 7:662 e.v. BW zijn derhalve niet van toepassing. Bedenkingen die worden geuit ten opzichte van de toepasselijkheid van de regels betreffende overgang van onderneming in geval van de pre-pack richten zich zuiver beschouwd dan ook niet op de pre-pack op zich, maar op het niet toepasselijk zijn van deze regels in geval van faillissement.

De suggestie dat de regels van art. 7:662 e.v. BW mogelijk zouden kunnen gelden moet zoveel mogelijk worden tegengegaan. Immers, indien deze bepalingen van toepassing zouden zijn dan is reorganisatie na een faillissement voorafgegaan door een pre-pack gedoemd te mislukken evenals de door de wetgever bedachte reorganisatie via surseance van betaling. Zonder een dergelijke bepaling zou de MvT²¹ veel werknemers op het idee brengen zich te beroepen op de art. 7:662 e.v. BW. Het

¹⁷ Zie verder hierover: A. van Zanten-Baris, "Een 'kleurloze'(transitie)vergoeding bij ontslag?", nog te publiceren in TRA 2014/27, p. 55 e.v.

¹⁸ Art. 7:7662 e.v. BW, "ovo",

¹⁹ HvJ EU 5 februari 1985, NJ 1985/900, "Abels").

²⁰ J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart- een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38, p. 9.

²¹ MvT, p. 25 bovenaan.

ontbreken in wet en MvT van duidelijkheid of de regels van art. 7:662 e.v. BW wel of niet gelden zal zorgen voor veel (proef)procedures van werknemers en onzekerheid voor doorstartende partijen.

Advies: nadrukkelijk opnemen in de MvT dat de regels van art. 7:662 e.v. BW niet van toepassing zijn tijdens de pre-pack en ook niet tijdens het faillissement dat is uitgesproken na het einde van een pre-pack. In dat geval kan de naam van de wet (zonder risico op onduidelijkheden) gehandhaafd worden.

c) Lopende faillissementsaanvragen

In de MvT mist een bespreking van de gevolgen van lopende faillissementsaanvragen indien een pre-pack aanvangt. Dit is wel relevant omdat een lopende faillissementsaanvraag de doelen van de pre-pack kan doorkruisen. Art. 218 lid 6 Fw bepaalt dat een surseance aanvraag eerder wordt behandeld dan een (reeds aanhangige) faillissementsaanvraag. Op dat punt is wettelijk dus geregeld welke aanvraag voor gaat, namelijk de surseance aanvraag. Het lijkt erop dat ondanks een pre-pack alles gewoon doorloopt. Dat is ook wel begrijpelijk omdat de griffier van de rechtbank de aanvrager van een faillissement niet kan melden dat er inmiddels een pre-pack is gestart want daarmee komt de noodzakelijke geheimhouding ervan in gevaar met alle negatieve gevolgen van dien. Het is dus moeilijk te stellen dat de aanwijzing van een beoogd curator een schorsende werking heeft op faillissementsaanvragen terwijl deze aanvragen wel het effect van de pre-pack kunnen verminderen. Toch zou de rechtbank van de wetgever een opdracht moeten krijgen dat waar mogelijk, de behandeling van faillissementsaanvragen voor de korte duur van de pre-pack worden aangehouden of uitgesteld zonder dat overigens bekend wordt gemaakt dat er een pre-pack is. Zo kan bij de bepaling van de eerste zittingsdatum van net ingediende faillissementsaanvragen met een eventueel net gestarte pre-pack rekening worden gehouden door de griffier.

Advies: De indiening van een verzoekschrift tot het aanwijzen van een beoogd curator zou schorsende werking moeten hebben (zoals surseance aanvraag tijdens lopende faillissementsaanvraag ex art. 218 lid 6 Fw), zonder dat dit overigens door de rechtbank aan derden wordt gecommuniceerd. Ingediende faillissementsaanvragen dienen een eerste behandeling te krijgen op een wat langere termijn en bij lopende faillissementsaanvragen zou moeten worden voorkomen dat op die aanvraag faillissement zou kunnen worden uitgesproken. Dit alles om de pre-pack zoveel mogelijk kans van slagen te geven. Uiteraard zou een beoogd curator in verband met (vele) ingediende faillissementsaanvragen ook tot een conclusie kunnen komen dat het doel van de pre-pack niet meer kan worden gediend en de rechtbank ex art. 364 lid 1 Fw kunnen verzoeken hem van zijn taak te ontheffen. Deze voorgestelde wijziging is uitsluitend bedoeld het proces daar waar nog enigszins mogelijk niet teveel te verstoren.

d) Geen inspraak/rol werknemers(vertegenwoordiging)

In de MvT²² is gesteld dat de beoogd curator geen adviseur is van de onderneming. Dat past ook bij zijn rol. Door deze karakterschets kan gesteld worden dat de beslissing (van het bestuur van een vennootschap) de rechtbank te vragen een beoogd curator aan te wijzen niet adviesplichtig is en de OR geen rol speelt bij deze besluitvorming. Het is voor de praktijk wenselijk dit als zodanig op te nemen in de MvT. Dit voorkomt discussies met werknemers(vertegenwoordigers) over hun mogelijke rol bij de aanvraag van de pre-pack.

²² MvT, p. 4 en 21.

Van der Pijl²³ en Zaal²⁴ hebben bedenkingen geuit met betrekking tot het ontbreken werknemersvertegenwoordiging bij een pre-pack. De vraag is echter of medezeggenschap past bij de pre-pack en of de gewenste medezeggenschap voor de werknemers enig nut heeft.

Een pre-pack vindt uitsluitend plaats indien er sprake is van een aanstaand faillissement. Dit gegeven pleit ervoor het faillissementsrechtelijke regime te laten gelden ook op het moment dat de pre-pack een aanvang neemt en de rechter-commissaris uitsluitend onder toepassing van de pre-pack het uitspreken van het faillissement voor een korte termijn opschort. Zonder toepassing van de pre-pack zou immers het faillissement al direct worden uitgesproken en zou ook op dat moment het faillissementsrechtelijke regime aanvangen.

De schuldenaar zal spoedig failliet worden verklaard, maar probeert nog een laatste maal de schade voor alle betrokkenen zoveel mogelijk te beperken. De curator zal vervolgens direct na faillietverklaring de arbeidsovereenkomsten opzeggen. Op het moment dat de pre-pack aanvangt staat dus al vast dat de werknemers hun baan zullen verliezen. Dat is niet het gevolg van de pre-pack maar van de faillissementstoestand waarin de schuldenaar zich bevindt, waarvan het intreden nog even wordt uitgesteld onder de voorwaarde dat een pre-pack wordt toegepast. Indien de werknemers iets tegen de pre-pack zouden willen ondernemen, zouden zij moeten stellen dat er sprake is van misbruik van faillissementsrecht en dat de pre-pack uitsluitend is gekozen om de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers te schaden. De werknemers hebben echter na faillissement de nodige mogelijkheden over te gaan tot het nemen van rechtsmaatregelen tegen de uitspraak van het faillissement (recht van verzet ex art. 10 Fw en beroep op art. 13a Fw²⁵), het gegeven ontslag (recht van hoger beroep ex art. 67 lid 2 Fw) of de bestuurder (op grond van bestuurdersaansprakelijkheid).²⁶

Insprak tijdens de pre-pack is praktisch lastig te realiseren. De tijd voor het inzetten van een uitgebreid medezeggenschapstraject ontbreekt. Het risico op het lekken van informatie (en het alsnog uitbreken van paniek, terwijl de pre-pack nu juist is bedoeld om deze situatie te voorkomen) is groter naar mate meer mensen op de hoogte zijn van de pre-pack. De pre-pack vindt plaats gedurende een korte tijd waarin onder het toezien van de beoogde curator getracht wordt voorbereidingen te treffen voor een zo goed mogelijke verkoop. De enige voor de werknemers relevante handeling die wordt verricht is uiteindelijk de aanvraag van eigen faillissement na het einde van de pre-pack. En ten aanzien hiervan is nu juist de heersende leer dat de ondernemingsraad geen adviesrecht heeft ten aanzien van de eigen aanvraag tot faillietverklaring.

De stelling van Zaal²⁷ dat deze heersende leer ten onrechte is gebaseerd op het arrest YVC IJsselwerf²⁸ en dat er- los daarvan- geen goede argumenten zijn tegen een adviesrecht is onjuist. In zijn conclusie

²³ J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart - een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38, p. 9.

²⁴ I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40, p. 20-21.

²⁵ Dit artikel bepaalt dat indien het faillissement wordt vernietigd de opzegging van een arbeidsovereenkomst door een curator met terugwerkende kracht wordt beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement.

²⁶ Zie hierover P.R.W. Schaink, 'Misbruik van Faillissementsrecht: pro's en contra's', *ArbeidsRecht* 2013/39, alsmede de noot van J. van der Pijl onder Rb Noord-Nederland 4 april 2013, *JAR* 2013/136.

²⁷ I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40, p. 16-17. Dat het standpunt van Zaal in strijd is met de heersende leer volgt ook uit L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 304. Verburg signaleert hier dat geen adviesrecht geldt indien een ondernemer een deskundige advocaat raadpleegt over de aanpak van een (overwogen of lopende) reorganisatie, niet valt dan ook in te zien dat dit in geval van een pre-pack anders zou zijn.

²⁸ HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477.

vooraangaande aan het arrest heeft AG Mok²⁹ de wetgeschiedenis met betrekking tot de wijziging van art. 25 WOR in 1998 beschreven. Hieruit blijkt dat er destijds nadrukkelijk niet voor is gekozen de besluiten tot het aanvragen van faillissement of surseance van betaling toe te voegen als nieuwe categorieën aan de lijst van adviesplichtige besluiten.³⁰ Ook in het kamerdebat waarin de wijziging van art. 25 WOR werd behandeld is gebleken dat er geen kamermeerderheid aanwezig was voor het uitbreiden van het verplichte adviesrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van de eigen faillissementsaanvraag. De wetgever heeft zich dan ook nadrukkelijk uitgesproken tegen adviesrecht op dit punt.

Zaal stelt dat de minister ten onrechte heeft verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch³¹ omdat daar niet een beroep werd gedaan op de art. 25 lid 1 sub a en e WOR, welke bepalingen volgens Zaal met zich brengen dat het besluit tot het doen van eigen faillissementsaanvraag adviesplichtig is. Echter in haar vonnis heeft de rechtbank nadrukkelijk geoordeeld dat de WOR voornamelijk de medezeggenschap van de collectiviteit van de werknemers in een grote onderneming in haar verhouding tot de werkgever regelt, terwijl de beslissing omtrent het faillissement voornamelijk de belangen van de schuldeisers op het oog heeft. De rechtbank oordeelde dat de opvatting dat de eigen aanvraag tot faillissement adviesplichtig is, met zich zou kunnen brengen dat de Ondernemingskamer zich een oordeel zou moeten vormen over het besluit van de ondernemer tot het doen van eigen aangifte en daarmee over die faillietverklaring zelf. Dit zou in strijd komen met zowel de bevoegdheid van de rechtbank op dat punt als met de bepalingen van de Faillissementswet op grond waarvan een faillissement dient te worden uitgesproken zodra de toestand van te hebben opgehouden te betalen zich voordoet in welk geval voor enige discretionaire bevoegdheid van de rechter geen ruimte is.

In zijn noot onder het arrest YVC IJsselwerf heeft Kortmann³² mijns inziens dan ook terecht gesteld dat men op grond van de wetgeschiedenis en het arrest naar positief recht lijkt te kunnen aannemen dat het aanvragen van faillissement niet adviesplichtig is.

Er zijn overigens nog meer argumenten tegen een adviesrecht. De bevoegdheid van het bestuur tot het doen van aangifte van faillissement is in art. 2:246 BW op geen enkele wijze beperkt door enige bevoegdheid van de ondernemingsraad. Voorts kan er een situatie ontstaan waarin de bestuurder genoodzaakt is over te gaan tot de aanvraag van het faillissement in verband met de financiële positie van de vennootschap en ter voorkoming van bestuurdersaansprakelijkheid. Adviesrecht van de ondernemingsraad zou het bestuurshandelen op dit punt ten onrechte kunnen doorkruisen.

De bedenkingen ten aanzien van de positie van werknemers in de pre-pack betreffen, evenals die op het punt van de marktwerking, in wezen bedenkingen ten aanzien van de positie van werknemers in faillissement. In faillissement geldt echter de paritas creditorum en is de curator (en niet het bestuur) belast met het beheer en de vereffening van de boedel onder toezicht van de rechter-commissaris.³³ Een bijzondere positie voor de werknemers verhoudt zich daar niet goed mee. Hoe belangrijk de inspraak van werknemers buiten faillissement ook is in het kader van bescherming en ongelijkheidscompensatie, in faillissement eindigt deze inspraak vooralsnog.

²⁹ Sub 3.3.4.1.

³⁰ *Kamerstukken II* 1996/97, 24615, nr. 9, p. 15-16.

³¹ Rb. 's-Hertogenbosch 9 april 1980, *NJ* 1980/546.

³² *JOR* 2001/146.

³³ Art. 68 Fw.

Advies: opnemen dat de beslissing tot het verzoeken om de aanwijzing van een beoogd curator niet adviesplichtig is en OR/vakbonden bij het verzoeken om de aanwijzing geen advies of inspraakrecht hebben

e) Rol beoogd rechter-commissaris

Een van de belangrijkste argumenten vóór het gebruik van de pre-pack is dat het proces van voorbereiding van een doorstart na faillissement dat anders in "achterafkamertjes" plaatsvindt thans wordt "gecontroleerd", respectievelijk "beschouwd" door de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris.

Aan de andere kant volgt duidelijk uit de MvT dat de beoogd curator geen formele taak heeft. De taak van de beoogd rechter-commissaris wordt niet heel duidelijk omschreven. Houdt de beoogd rechter-commissaris nu ook op enige wijze toezicht op de werkzaamheden van de beoogd curator, zoals hij dat ook zou doen op de werkzaamheden van een curator ex art. 64 Fw? Dat lijkt niet te volgen uit het Wetsvoorstel. De enige rol van de beoogd rechter-commissaris is de beoogd curator van zijn taken te kunnen ontheffen³⁴ en bij faillietverklaring een andere curator aan te wijzen dan de beoogd curator. Verder bepaalt het voorgestelde art. 367 lid 2 Fw dat de beoogd rechter-commissaris van zijn zienswijze kan doen blijken ten aanzien van de in het artikel 365 lid 2 Fw bedoelde uitlatingen indien de beoogd curator of beoogd bewindvoerder daarom vraagt.

Naar mijn idee dient helder te zijn dat er geen enkele sprake is van toezicht ex art. 64 Fw. Dat kan de beoogd rechter-commissaris namelijk niet waarmaken. De MvT p. 28 geeft aan dat beoogd rechter-commissaris kan worden gepolst over activa transactie waarna hij daarna snel toestemming kan verlenen. Dat is zijn feitelijk voor het proces zijn (belangrijkste) rol.

Advies: opnemen in de MvT dat de beoogd rechter-commissaris geen toezicht op het handelen van de beoogd curator uitoefent in de zin van art. 64 Fw.

f) Grootste risico van de regeling: verstoring marktwerking koopprijsbepaling

Ik ben het eens met het gestelde in de MvT³⁵ waarin duidelijk wordt uitgelegd hoe het verkoopproces achteraf transparant wordt voor derden. Het risico blijft bestaan dat de beoogd curator een "slechtere" verkoopprijs realiseert dan hij zou hebben gerealiseerd indien hij na faillissement een (korte) inventarisatie van alle geïnteresseerde concurrenten/gedagigden zou hebben kunnen maken nadat iedereen weet van faillissement en het te koop staan van de onderneming. De kans is aanwezig dat dan andere/meerdere gedagigden aan de onderhandelingstafel verschijnen. Overigens is het naar mijn idee wel de taak van de beoogd curator om ervoor te zorgen dat hij ofwel de zekerheid heeft dat voor de aanvang van de pre-pack de markt goed is verkend ofwel hij tijdens de pre-pack op enigerlei, maar uiteraard wel zeer voorzichtige, wijze de markt alsnog verkent. Indien achteraf blijkt dat er betere kandidaten waren lijkt het mij eerder een tekortkoming van de beoogd curator dan van de wettelijke regeling die de mogelijkheid wel biedt te komen tot een goede transactie.

³⁴ Zie art. 364 Fw.

³⁵ MvT, p. 11 e.v.

Een pre-pack vindt slechts plaats indien sprake is van een faillissementssituatie. De pre-pack is te beschouwen als het aan de faillietverklaring voorafgaande proces, waarin onder aanwezigheid van de stille bewindvoerder een onderzoek wordt gedaan naar de best mogelijke verkoop. Kortom, de door Van der Pijl³⁶ geschetste situatie van het buitensluiten van de normale marktwerking, omdat alleen met de ondernemer zelf of daaraan gelieerde partijen wordt onderhandeld over een doorstart en niet met willekeurige concurrenten, is niet juist. De pre-pack zorgt er juist voor dat het onderhandelingsproces, dat anders ingeval van een faillissement wellicht ook plaatsvindt maar dan zonder de betrokkenheid van de stille bewindvoerder, en de faillissementsaanvraag zorgvuldiger worden begeleid. Hierdoor wordt de schade voor de betrokken partijen aanzienlijk minder dan zonder deze zorgvuldige voorbereiding.

Een pre-pack maakt een doorstart mogelijk die anders wellicht niet had kunnen plaatsvinden na faillissement, omdat de tijd daarvoor dan ontbreekt en voortzetting van de activiteiten door de faillietverklaring in acuut gevaar komt. De beoogd curator zal moeten onderzoeken of in de fase voorafgaand aan de pre-pack voldoende is gezocht naar een koper. Op grond van art. 365 lid 3 Fw dient de schuldenaar de beoogd curator alle inlichtingen te verschaffen die nodig zijn voor het doen van de verklaring ex art. 365 lid 2 sub b Fw onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat de curator na een eventuele faillietverklaring goederen zal vervreemden. Die informatie maakt het mogelijk te kunnen beoordelen of met de juiste partijen wordt onderhandeld over reële prijzen. Krijgt hij die informatie niet dan kan hij op grond van art. 364 lid 1 Fw (op eigen verzoek) van zijn taak worden ontheven. Indien een transactie overigens zijn instemming niet heeft, zal hij in een opvolgend faillissement ook ervoor kunnen kiezen niet mee te werken aan deze transactie. Hij kan er ook voor kiezen tijdens de pre-pack op zoek te gaan naar andere kopers. Er zijn dus voldoende waarborgen ingebouwd tegen misbruik en verstoring van de marktwerking.

Op dit punt is overigens wel de meeste weerstand te verwachten en al geuit. Dit punt is dan ook de grootste uitdaging voor het wetslagen van de voorgestelde wettelijke regeling. Uiteraard kan gesteld worden dat verkoop na pre-pack een waarde verhogend effect heeft, maar dat is niet altijd zeker. Het lijkt wel vaak het geval te zijn omdat er geen sprake is van een “fire sale” en er geen sprake is van verdampen van goodwill ten gevolge van het faillissement en alle negatieve gevolgen die faillissement met zich brengt.

Uit een recente publicatie blijkt dat er teleurgestelde concurrenten zijn die niet aan tafel mochten komen.³⁷ In de MvT zou meer richting kunnen worden gegeven aan de beoogd curator om een zo hoog mogelijke prijs tot stand te brengen. Zo kan gesteld worden dat de aanvrager van de pre-pack bij de aanvraag waarin hij stelt dat een doorstart mogelijk is stukken moet overleggen ter zake taxatie activa en verkoopproces en mogelijke kandidaten die dan zouden zijn afgehaakt. Dan nog is de beoogd curator afhankelijk van deze informatie maar dan is die informatie tenminste beschikbaar en kan hij onderzoeken of de door de aanvrager voorgestelde transactie met de voorgestelde aspirant koper inderdaad wel de meest voor de hand liggende en beste transactie is. De wetgever laat dit nu over aan de regeling van de rechtbanken en noemt deze zaken alleen maar in de MvT op p. 18 maar neemt ze nu nog niet op als vereiste. Vraag is echter wat de rechtbanken nu gaan regelen. Het is beter dit wel in de MvT op de wet al op te nemen.

³⁶ *ArbeidsRecht* 2013/38.

³⁷ Zie FD 14 november 2013 bij Corso.

Advies: opnemen in MvT bij art. 363 Fw dat in ieder geval stukken ter staving van de prijzen en kandidaat kopers, zo deze er zijn, moeten worden overgelegd.

g) Aanvraag door bestuur zonder AvA besluit en betrokkenheid RvC

Pre-pack moet snel gaan en levert in beginsel nog geen wijziging van beschikkingsbevoegdheid op. De directie moet, net als bij aanvraag surseance, zelfstandig kunnen opereren zonder dat AvA een besluit moet nemen. Art. 2:246 BW stelt dat tenzij bij de statuten anders is bepaald, het bestuur zonder opdracht van de algemene vergadering niet bevoegd is aangifte te doen tot faillietverklaring van de vennootschap. Daar hoeft dus niets aan veranderd te worden. Men zou kunnen zeggen door deze bepaling is surseance verzoek (en pre-pack verzoek) vrijgesteld van instructie AvA (tenzij statuten anders bepalen). Toch is het wenselijk nadrukkelijk op te nemen in de voorgestelde regeling dat het pre-pack verzoek kan worden gedaan door het bestuur van een vennootschap zonder instructie van de AvA. Art 2:274 lid 1 sub i BW bepaalt dat bij structuurvennootschappen de aangifte van het bestuur tot faillissement en surseance van betaling moeten worden goedgekeurd door de raad van commissarissen. De toepasselijkheid van dit artikel dient te worden uitgesloten bij de aanvraag voor de pre-pack om de hiervoor aangegeven redenen.

Advies: opnemen in MvT bij art. 363 Fw dat het bestuur bevoegd is verzoek in te dienen zonder instructie van de AvA en de RvC, tenzij statuten anders bepalen.

h) Aansprakelijkheid beoogd curator

In de MvT p. 23 wordt een naar mijn idee onaanvaardbaar aansprakelijkheidsrisico op de schouders van de beoogd curator gelegd die hem vleugellam gaat maken. Immers, de wetgever geeft duidelijk aan wanneer er sprake kan zijn van zelfs persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator. Niet eens qq maar persoonlijk. Of wordt q.q. bedoeld?

Hoewel deze toelichting ook een begrenzing en beperking van aansprakelijkheid impliceert wordt hiermee wel een lastig onderwerp aangesneden en naar mijn idee niet goed afgewikkeld. Indien de aansprakelijkheidsrisico's ten opzichte van de taak en de middelen die de beoogd curator in handen heeft te groot worden doet niemand dit werk meer en wordt dit waarschijnlijk ook niet (meer) gedekt door de verzekeraars. Hoewel gelukkig in de MvT wel is opgenomen dat terughoudendheid moet worden betracht gaat dit mijns inziens nog steeds te ver. Dit zal ertoe leiden dat een beoogd curator niets meer zal verklaren teneinde mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen en dan verliest de regeling een deel van haar kracht. Hij kan mijns inziens ook niet worden gehouden aan al zijn verklaringen indien hij niet volledig is geïnformeerd. In de MvT³⁸ is wel gesteld dat hij op verklaringen kan terugkomen indien hij niet over adequate informatie beschikte maar die aansprakelijkheid lijkt te blijven bestaan. In deze fase waarin bestuur nog gewoon verantwoordelijk is en ook geadviseerd kan worden door externe adviseurs (advocaat) dient het bestuur niet overal een keurmerk te kunnen vragen/krijgen van de beoogd curator die daarna vervolgens persoonlijk aansprakelijk is te houden door de schuldenaar dan wel derden. Overigens is de vindplaats van het arrest van HR 16 december 2011 onvolledig, dit moet zijn NJ 2012/515.

³⁸ MvT, p. 27.

In het wetsvoorstel wordt er teveel van uit gegaan dat de beoogd curator en de curator te vergelijken zijn en zij dus volgens dezelfde zorgvuldigheidsnorm moeten handelen. Echter de curator in het faillissement beschikt over veel meer bevoegdheden ten opzichte van de failliet. Dat maakt dat van hem meer verwacht kan worden en dan nog geldt de terughoudendheid voor persoonlijke aansprakelijkheid als bevestigd in de Maclou norm. De beoogd curator heeft daarentegen geen enkele bevoegdheid en slechts een verplichting zich te laten leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren. Indien hij onvoldoende informatie krijgt kan hij niets anders dan de rechtbank ex art. 364 lid 1 Fw vragen hem van zijn taak te ontheffen. Faillissementsverhoor of gijzeling zijn niet mogelijk. De Maclou norm is dan ook een te zware norm voor de beoogd curator.

In de MvT dient aangegeven te worden dat ervan wordt uitgegaan dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de advocaten die door de rechtbank worden aangewezen als beoogd curator of beoogd bewindvoerder verzekerd zijn. Aangezien het een nog niet bekende activiteit is staat deze activiteit niet vermeld in de huidige polisvoorwaarden. Zonder dekking echter zal geen advocaat dit werk kunnen doen. Alle aansprakelijkheidsvragen dienen in het faillissement aan de hand van de in de jurisprudentie ontwikkelde zorgvuldigheidsnormen waaraan de curator moet voldoen te worden getoetst.

Advies: verwijderen uit MvT p. 23: Zijn de verplichtingen....Maclou norm; HR 16 december 2011, NJ 2012."

i) Positie banken

Zoals hiervoor al gesteld³⁹ is het goed dat niet de banken de pre-pack kunnen aanvragen. Een harmonieuze relatie met de financier is een vereiste voor het welslagen van een pre-pack. Nu is in de praktijk niet duidelijk of het aanvragen van de pre-pack wel of niet grond is voor opzegging kredietovereenkomst. De MvT zou moeten bepalen dat het indienen van een verzoekschrift tot het aanwijzen van een beoogd curator of beoogd bewindvoerder geen grond is voor opzegging. Zou dat wel zo zijn dan komt de pre-pack niet van de grond en gaan schuldenaar en bank niet gezamenlijk het traject in. Dan kan de schuldenaar de pre-pack ook met de bank voor bespreken. Vaak is de bank de grootste belanghebbende.

Advies: in MvT bij 363 Fw opnemen dat de aanvraag van de pre-pack niet in kredietdocumentatie kan worden beschouwd als een grond voor opzegging financiering. Er is ook geen wijziging in beschikking en beheer van de schuldenaar en er is ook nog geen faillissementsaanvraag. Of opnemen dat de bepaling in (algemene voorwaarden op) de kredietdocumentatie dat aanvraag pre-pack grond is voor opzegging krediet nietig is.

³⁹ Op p. 4.

Hoogachtend,



mr. M.R. van Zanten

Advocaat

Bijlage(n) : Artikel: 'Aan het werk met de prepack!', ArbeidsRecht 2013/47.

Aan het werk met de pre-pack!

47

Tijdens het Nationaal *ArbeidsRecht* Diner 2013² is gesproken over de pre-pack, die in de praktijk inmiddels veel wordt gebruikt bij het realiseren van een doorstart na faillissement. Veel aanwezigen hadden bedenkingen over de pre-pack.³ Er was een enkel positief geluid te beluisteren. In deze bijdrage wordt ingegaan op de bedenkingen, maar ook op de voordelen van de pre-pack gezien door een curator en dus vanuit het perspectief van het insolventierecht.

De pre-pack, wanneer en waarom?

In geval van faillissement kunnen zich continuïteitsproblemen voordoen waardoor een doorstart wordt belemmerd of zelfs onmogelijk gemaakt, met als gevolg verlies van werkgelegenheid. Omdat faillietverklaring vaak leidt tot chaos in die zin dat leveringen (per direct) worden gestaakt, retentierechten worden ingeroepen en overeenkomsten worden beëindigd, komt het regelmatig voor dat er vrijwel niets van het bedrijf overblijft om te kunnen doorstarten. Een voorbeeld van een branche waarin een doorstart na faillissement lastig is te realiseren, is de bouw. Projecten kunnen niet meer worden afgerond, bouwplaatsen worden verlaten of door crediteuren afgesloten en afnemers zoeken dadelijk naar nieuwe bouwers om het werk alsnog met zo min mogelijk vertraging af te maken. Binnen enkele uren is de bouwplaats veranderd in een bouwval.

Een pre-pack kan deze situatie voorkomen. Hierdoor krijgt een bedrijf een reële(re) kans om na faillissement te kunnen doorstarten. Bij een pre-pack verzoekt de schuldenaar de rechtbank aan te geven wie zij in geval van eigen aangifte tot faillietverklaring als curator zal aanstellen en welke rechter-commissaris dan zal worden benoemd. Een pre-pack maakt het mogelijk, in aanwezigheid van de aanstaande curator, nog vóór faillissement te onderzoeken of een doorstart kan worden gerealiseerd. Hierdoor kan op een zorgvuldige wijze, in relatieve rust, worden onderhandeld en onderzoek worden gedaan naar een doorstart, terwijl vervolgens ná faillissement snel kan worden gehandeld waardoor de kansen op een succesvolle doorstart worden vergroot.

(Arbeidsrechtelijke) bedenkingen

Vooraf vanuit het arbeidsrecht worden, soms begrijpelijke, bedenkingen geuit tegen de pre-pack. Vanuit het insolventierecht wordt de pre-pack breder omarmd.⁴ Wellicht dat dit enthousiasme voortvloeit uit de aparte rol van de curator die dient op te komen voor de belangen van de gezamenlijke crediteuren.⁵ Dit leidt ertoe dat vanuit een ander perspectief naar de specifieke belangen van werknemers wordt gekeken. Overigens dient de curator niet alleen rekening te houden met de belangen van de gezamenlijke crediteuren en de gefailleerde, maar ook met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid van de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde werkzaam waren.⁶

De tegen de pre-pack geuite bedenkingen zien op het ontbreken van een wettelijke regeling voor de pre-pack, het ontbreken van transparantie, het ontbreken van normale marktwerking bij het verkoopproces, strijd met de regels betreffende overgang van onderneming en het ontbreken van medezeggenschap.⁷ Deze bedenkingen zullen hierna worden besproken. Daarnaast wordt aandacht besteed aan overige relevante aspecten, waaronder de recent door enkele rechtbanken opgestelde regels betreffende de invulling en uitvoering van de pre-pack en de kosten van de pre-pack.

Ontbreken van een wettelijke regeling en gebrek aan transparantie

Op dit moment is er geen wettelijke basis voor de pre-pack. De procedure is in de praktijk ontwikkeld.⁸ Men kan zich afvragen of het ontbreken van een wettelijke basis een bezwaar oplevert voor succesvolle toepassing van een regeling. In veel rechtsgebieden wordt tot ieders tevredenheid gewerkt met regelingen die niet zijn gecodificeerd. Het meest succesvolle voorbeeld komt bovendien uit het arbeidsrecht in de vorm van de kantonrechttersformule. Het enkele feit dat er geen wettelijke basis is voor de pre-pack,

1 Mr. M.R. van Zanten is advocaat bij CMS te Amsterdam.

2 'Arbeidsrecht en Insolventie. We zullen doorgaan', 26 juni 2013.

3 Zie de bijdragen van J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart - een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38 en I. Zaai, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40.

4 N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechter van Nederland: geef ons de pre-pack', *TvJ* 2011/23 die als eerste dit fenomeen vanuit Engeland toepasbaar heeft gemaakt voor Nederland; P.R.W. Schaink, *Arbeidsvereenkomst en Insolventierecht*, Serie Recht en Praktijk - Insolventierecht, deel 4, Deventer: Kluwer 2012, hfdst. 11; E. Loesberg, 'Heiligt het doel de middelen? Pre-pack in het Nederlandse Insolventierecht', *TOP* 2013/1.

5 De curator is vanwege deze bijzondere positie, waarin hij moet opkomen voor alle belangen, ook wel betiteld als octopus, zie S.C.J.J. Kortmann (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

6 HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472 (*Sigmacom II*); HR 19 april 1996, *NJ* 1996/727 (*Maclou en Provoust*).

7 J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart - een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38; I. Zaai, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40; J. van der Pijl, 'Wat behelst de positie van de werknemer bij een doorstart?', *Advocatenblad* augustus 2013, p. 49.

8 Recente voorbeelden uit de praktijk zijn: De Schoenenreus (januari 2013), bloemenleveranciers Ciccolella (februari 2013) en Florimex (april 2013), champignonkwekerij Prime Champ (april 2013) en ziekenhuis Ruwaard van Putten (juni 2013). Bij de Rechtbank Amsterdam zijn gedurende de periode februari-juli 2013 tien verzoeken om toepassing van een pre-pack ingediend.

overtuigt dus onvoldoende. Bovendien verzet de huidige Faillissementswet zich niet tegen toepassing van de pre-pack.⁹

Wettelijke regeling

Naar verwachting zal een wettelijke regeling van de pre-pack niet lang meer op zich laten wachten. De Minister van Veiligheid en Justitie heeft bij brief van 26 november 2012¹⁰ het wetgevingsprogramma 'Herijking Faillissementsrecht' aangekondigd. De bedoeling hiervan is onder meer het reorganiserend vermogen van bedrijven te versterken. Bij brief van 26 juni 2013¹¹ heeft de minister de Tweede Kamer geïnformeerd over de voortgang van het programma. Er wordt gewerkt aan een wetsvoorstel waarmee de minister beoogt een grondslag in de wet te bieden voor de pre-pack. Met de pre-pack kan volgens de minister een bijdrage worden geleverd aan het behoud van werkgelegenheid. Ter bevordering van de rechtszekerheid is het volgens hem wenselijk de Nederlandse variant van de pre-pack een expliciete wettelijke grondslag te bieden. De minister benadrukt de wens om te komen tot een regeling die voldoende flexibel is, zodat de bestaande praktijk waarin inmiddels goede ervaringen zijn opgedaan – wordt ondersteund en niet wordt belemmerd. Het voorontwerp van deze wettelijke regeling wordt in het najaar in consultatie gegeven. De wetgever hoeft bij het vormgeven van de wettelijke regeling niet vanaf nul te beginnen; de rechterlijke macht heeft buitengewoon bruikbaar voorwerk gedaan, dat als inspiratiebron kan dienen.

Transparantie

Een aantal rechtbanken heeft een voor de aanvrager en de te benoemen curator (ten tijde van de pre-pack vaak 'stille bewindvoerder' genoemd) bestemde brief opgesteld waarin een duidelijk kader wordt geschetst dat dient te worden gehanteerd bij toepassing van een pre-pack.¹² Uit de brieven blijkt dat het doel van de pre-pack is een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren voor de gezamenlijke crediteuren. Daartoe is de stille bewindvoerder aanwezig om mee te kijken, zich te informeren en zich te laten informeren, waarbij hij zich uitsluitend laat leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers als ware de insolventie al uitgesproken. Hij controleert of het onderhandelingsresultaat het best haalbare resultaat is. Door de aanwijzing van een stille bewindvoerder en een rechter-commissaris kunnen betrokkenen voorafgaand aan het faillissement al kennisnemen van hun standpunten tijdens het faillissement, waardoor instemming met het bereikte onderhandelingsresultaat na faillissement kan worden verzekerd. De pre-pack geldt voor een relatief korte periode van twee weken, met de mogelijkheid van verlenging indien dit het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient. Indien het faillissement

wordt uitgesproken moet de stille bewindvoerder in het openbaar faillissementsverslag aan de rechter-commissaris en alle betrokkenen verantwoording afleggen over de pre-pack-fase. Behalve dat het kader van de rechtbank als inspiratie voor de wetgever kan dienen, leidt het tot inzicht in de gang van zaken en dus tot transparantie. Alle betrokken partijen weten wat zij kunnen verwachten van de stille bewindvoerder en wat het doel van de pre-pack is. Door de betrokkenheid van de rechter-commissaris bij de pre-pack wordt bovendien al voordat het faillissement daadwerkelijk is uitgesproken rechterlijke controle mogelijk gemaakt.

Kosten

Het is belangrijk iets te zeggen over de kosten. Duidelijkheid hierover draagt bij aan transparantie. Een goede regeling ter zake de kosten zorgt ervoor dat de stille bewindvoerder onafhankelijk kan handelen en daarmee de door de rechtbank opgedragen taak zo goed mogelijk kan vervullen. Op dit moment wordt door de rechtbanken nog verschillend gedacht over de wijze waarop de kosten van de pre-pack na faillissement moeten worden behandeld. Ten aanzien van de kosten bepaalt de Rechtbank Amsterdam dat de stille bewindvoerder kan verlangen dat aan hem een voorschot op zijn salaris wordt betaald en voorts dat een budget ter beschikking wordt gesteld ter delging van kosten die hij als stille bewindvoerder maakt in het kader van zijn aanstelling. Ook indien geen insolventieprocedure volgt dient de schuldenaar het salaris en de kosten van de stille bewindvoerder te voldoen. Dit leidt tot het mogelijke risico dat – ondanks alle door de Rechtbank Amsterdam in haar brief gecreëerde waarborgen – toch een situatie kan ontstaan waarin de stille bewindvoerder zich afhankelijk voelt van de schuldenaar, dan wel waarin de schuldenaar meent het voor het zeggen te hebben omdat hij immers ook de financiële lasten draagt. Aan de andere kant dient de stille bewindvoerder zekerheid te hebben over de voldoening van zijn kosten en is in die zin de Amsterdamse opvatting in de praktijk bruikbaar.

De Rechtbank Oost-Brabant informeert partijen in haar aanstellingsbrief dat de kosten van de stille bewindvoerder via vaststelling van het salaris tijdens de insolventieprocedure ten laste van de boedel zullen komen nu deze werkzaamheden (ook in zijn hoedanigheid van stille bewindvoerder) zijn gemaakt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Voor zover de Rechtbank Oost-Brabant wil vastleggen dat de kosten van de stille bewindvoerder als boedelkosten, en derhalve vóór alle andere crediteuren net als zijn salaris als curator, moeten worden voldaan, kan dit geen effect sorteren. Zonder wettelijke basis kunnen deze pre-faillissementskosten namelijk niet promoveren tot boedelkosten. Op grond van art. 250 lid 1 Fw promoveren de kosten van de bewindvoerder in de aan het faillissement voorafgaande surseance van betaling wel tot boedelvordering.¹³ Dit volgt ook uit art. 249 Fw op basis waarvan surseance en opvolgend faillissement zo veel als mogelijk als een worden be-

9 J.L.R.A. Huydecoper, 'Pre pack liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?', Tvl 2013/5.

10 Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74.

11 Kamerstukken II 2012/13, 33 695, nr. 1.

12 Met dank aan mr. M.J.E. Geradts, voorzitter team insolventies van de Rechtbank Amsterdam voor de ontvangen informatie.

13 Rb. Rotterdam 11 oktober 1985, NJ 1987/186.

handeld. Boedelschulden die ontstaan zijn tijdens de surseance blijven dat in faillissement.

Het behandelen van de kosten van de pre-pack als boedelkosten is het meest zuiver. Indien geen insolventieprocedure volgt dienen de kosten voor rekening te komen van de schuldenaar. Met betrekking tot de voldoening van de kosten kan het probleem signaleerd worden dat de meest zuivere variant nog niet mogelijk is en de meest wenselijke variant met zich brengt dat extra belang dient te worden gehecht aan de waarborgen die door de rechtbanken worden gesteld aan de onafhankelijkheid van de stille bewindvoerder. De advocaat die optreedt als stille bewindvoerder mag geacht worden zich, ondanks dat hij betaling ontvangt van de schuldenaar, onafhankelijk te blijven opstellen. Gelet op het vorenstaande dient in het wetsvoorstel aandacht te worden besteed aan de kosten. Er zal een bepaling moeten worden opgenomen dat de kosten van de pre-pack zullen worden behandeld als boedelvordering, omdat de huidige wetgeving hierin niet voorziet.

Ontbreken van de normale marktwerking bij het verkoopproces

Een pre-pack vindt slechts plaats indien sprake is van een faillissementsituatie. De pre-pack is te beschouwen als het aan de faillietverklaring voorafgaande proces, waarin onder aanwezigheid van de stille bewindvoerder een onderzoek wordt gedaan naar de best mogelijke verkoop. Kortom, de door Van der Pijl geschetste situatie van het buitensluiten van de normale marktwerking, omdat alleen met de ondernemer zelf of daaraan gelieerde partijen wordt onderhandeld over een doorstart en niet met willekeurige concurrenten, is niet juist. De pre-pack zorgt er juist voor dat het onderhandelingsproces, dat anders in geval van een faillissement wellicht ook plaatsvindt maar dan zonder de betrokkenheid van de stille bewindvoerder, en de faillissementsaanvraag zorgvuldiger worden begeleid. Hierdoor wordt de schade voor de betrokken partijen aanzienlijk minder dan zonder deze zorgvuldige voorbereiding.

Een pre-pack maakt een doorstart mogelijk die anders wellicht niet had kunnen plaatsvinden na faillissement, omdat de tijd daarvoor dan ontbreekt en voortzetting van de activiteiten door de faillietverklaring in acuut gevaar komt. De stille bewindvoerder zal moeten onderzoeken of in de fase voorafgaand aan de pre-pack voldoende is gezocht naar een koper. Uit de brieven van de rechtbank blijkt dat het bestuur van de schuldenaar de stille bewindvoerder, gevraagd en ongevraagd, alle informatie dient te verschaffen en inzicht dient te geven in haar administratie. Die informatie maakt het mogelijk te kunnen beoordelen of met de juiste partijen wordt onderhandeld over reële prijzen. Op basis van de brieven van de rechtbank kan de stille bewindvoerder, zodra hij van mening is dat er sprake is van handelen in strijd met de wet of het doel van zijn betrokkenheid (te weten een zo hoog mogelijke opbrengst realiseren voor de crediteuren), zijn werkzaamheden beëindigen. Indien een transactie zijn instemming niet heeft, zal hij in een opvolgend faillissement niet meewerken aan deze transactie. Hij

kan er ook voor kiezen tijdens de pre-pack op zoek te gaan naar andere kopers.

Toepasselijkheid regels betreffende overgang van onderneming

Van der Pijl wijst op mogelijke strijd met de Europese Richtlijn aangaande overgang van ondernemingen, zoals geïncorporeerd in art. 7:662 e.v. BW.¹⁴ Deze regels zijn niet van toepassing indien er sprake is van een liquidatieprocedure, zoals een faillissement. In surseance zijn deze regels wel van toepassing, omdat de surseance is gericht op voortzetting, terwijl bij een pre-pack sprake is van een (aankomende) faillissementsituatie. Van der Pijl stelt mijns inziens ten onrechte dat de pre-pack nadrukkelijk is gericht op continuïteit. Er is in geval van een pre-pack reeds sprake van een faillissementsstoestand en faillietverklaring is zeer aanstaande. Er wordt onderzocht of na faillietverklaring een koop van activa uit de boedel zou kunnen plaatsvinden waarmee de activiteiten (gedeeltelijk) kunnen worden voortgezet en wellicht nog een deel van de werkgelegenheid behouden kan worden, terwijl dit zonder dit voorafgaande onderzoek niet mogelijk zou zijn. De overeenkomst wordt (per definitie) gesloten na faillissement door een curator en een koper en na ontslag van het personeel door de curator. In die zin is de pre-pack te beschouwen als (een voorfase van de) liquidatie in faillissement en niet te vergelijken met de surseance die op continuïteit is gericht. Art. 7:662 e.v. BW zijn derhalve niet van toepassing. Bedenkingen die worden geuit ten opzichte van de toepasselijkheid van de regels betreffende overgang van onderneming in geval van de pre-pack richten zich zuiver beschouwd dan ook niet op de pre-pack op zich, maar op het niet-toepasselijk zijn van deze regels in geval van faillissement.

Medezeggenschap bij de pre-pack

Van der Pijl¹⁵ en Zaal¹⁶ hebben bedenkingen geuit met betrekking tot het ontbreken van werknemersvertegenwoordiging bij een pre-pack. De vraag is echter of medezeggenschap past bij de pre-pack en of de gewenste medezeggenschap voor de werknemers enig nut heeft.

Een pre-pack vindt uitsluitend plaats indien er sprake is van een faillissementsstoestand. Dit gegeven pleit ervoor het faillissementsrechtelijke regime te laten gelden ook op het moment dat de pre-pack een aanvang neemt (en de rechter-commissaris uitsluitend onder toepassing van de pre-pack het uitspreken van het faillissement voor een korte termijn opschort). Zonder toepassing van de pre-pack zou immers het faillissement al direct worden uitgesproken en zou ook op dat moment het faillissementsrechtelijke regime aanvragen.

14 Richtlijn 2001/23 EG van 12 maart 2001 (PbEG van 22 maart 2001, L 82/16).

15 J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart - een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38, p. 9.

16 J. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40, p. 20-21.

De schuldenaar zal spoedig failliet worden verklaard, maar probeert nog een laatste maal de schade zo veel mogelijk te beperken. De curator zal vervolgens de arbeidsovereenkomsten opzeggen. Op het moment dat de pre-pack aanvangt staat dus al vast dat de werknemers hun baan zullen verliezen. Dat is niet het gevolg van de pre-pack maar van de faillissementstoestand waarin de schuldenaar zich bevindt, waarvan het intreden nog even wordt uitgesteld onder de voorwaarde dat een pre-pack wordt toegepast. Indien de werknemers iets tegen de pre-pack zouden willen ondernemen, zouden zij moeten stellen dat er sprake is van misbruik van faillissementsrecht en dat de pre-pack uitsluitend is gekozen om de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers te schaden. De werknemers hebben na faillissement de nodige mogelijkheden over te gaan tot het nemen van rechtsmaatregelen tegen de uitspraak van het faillissement (recht van verzet ex art. 10 Fw en beroep op art. 13a Fw¹⁷), het gegeven ontslag (recht van hoger beroep ex art. 67 lid 2 Fw) of de bestuurder (op grond van bestuurdersaansprakelijkheid).¹⁸

Inspraak tijdens de pre-pack is praktisch bezien lastig te realiseren. De tijd voor het inzetten van een uitgebreid medezeggenschapstraject ontbreekt en het risico op het lekken van informatie (en het alsnog uitbreken van paniek, terwijl de pre-pack nu juist is bedoeld om deze situatie te voorkomen) is groter naarmate meer mensen op de hoogte zijn van de pre-pack. De pre-pack vindt plaats gedurende een korte tijd waarin onder het toezicht van de aanstaande curator getracht wordt voorbereidingen te treffen voor een zo goed mogelijke verkoop. De enige voor de werknemers relevante handeling die wordt verricht is uiteindelijk de aanvraag van eigen faillissement na het einde van de pre-pack. En ten aanzien hiervan is nu juist de heersende leer dat de ondernemingsraad geen adviesrecht heeft ten aanzien van de eigen aanvraag tot faillietverklaring.

De stelling van Zaal¹⁹ dat deze heersende leer ten onrechte is gebaseerd op het arrest *YVC IJsselwerf*²⁰ en dat er – los daarvan – geen goede argumenten zijn tegen een adviesrecht is onjuist. In zijn conclusie voorafgaande aan het arrest heeft A-G Mok²¹ de wetsgeschiedenis met betrekking tot de wijziging van art. 25 WOR in 1998 beschreven. Hieruit blijkt dat er nadrukkelijk niet voor is gekozen de besluiten tot het aanvragen van faillissement of surseance van be-

taling toe te voegen als nieuwe categorieën aan de lijst van adviesplichtige besluiten.²² Ook in het Kamerdebat waarin de wijziging van art. 25 WOR werd behandeld is gebleken dat er geen Kamermeerderheid aanwezig was tot het uitbreiden van het verplichte adviesrecht van de ondernemingsraad ten aanzien van de eigen faillissementsaanvraag. De wetgever heeft zich dan ook nadrukkelijk uitgesproken tegen adviesrecht op dit punt.

Zaal stelt dat de minister ten onrechte heeft verwezen naar een uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch²³ omdat daar niet een beroep werd gedaan op art. 25 lid 1 onder a en e WOR, welke bepalingen volgens Zaal met zich brengen dat het besluit tot het doen van eigen faillissementsaanvraag adviesplichtig is. Echter in haar vonnis heeft de rechtbank nadrukkelijk geoordeeld dat de WOR voornamelijk de medezeggenschap van de collectiviteit van de werknemers in een grote onderneming in haar verhouding tot de werkgever regelt, terwijl de beslissing omtrent het faillissement voornamelijk de belangen van de schuldeisers op het oog heeft. De rechtbank oordeelde dat de opvatting dat de eigen aanvraag tot faillissement adviesplichtig is, met zich zou kunnen brengen dat de Ondernemingskamer zich een oordeel zou moeten vormen over het besluit van de ondernemer tot het doen van eigen aangifte en daarmee over die faillietverklaring zelf. Dit zou in strijd komen met zowel de bevoegdheid van de rechtbank op dat punt als met de bepalingen van de Faillissementswet op grond waarvan een faillissement dient te worden uitgesproken zodra de toestand van te hebben opgehouden te betalen zich voordoet in welk geval voor enige discretionaire bevoegdheid van de rechter geen ruimte is.

In zijn noot onder het arrest *YVC IJsselwerf* heeft Kortmann²⁴ dan ook terecht gesteld dat op grond van de wetsgeschiedenis en het arrest men naar positief recht lijkt te kunnen aannemen dat het aanvragen van faillissement niet adviesplichtig is.

Er zijn overigens nog meer argumenten tegen een adviesrecht. De bevoegdheid van het bestuur tot het doen van aangifte van faillissement is in art. 2:246 BW op geen enkele wijze beperkt door enige bevoegdheid van de ondernemingsraad. Voorts kan er een situatie ontstaan waarin de bestuurder genoodzaakt is over te gaan tot de aanvraag van het faillissement in verband met de financiële positie van de vennootschap en ter voorkoming van bestuurdersaansprakelijkheid. Adviesrecht van de ondernemingsraad zou het bestuurshandelen op dit punt ten onrechte kunnen doorkruisen.

De bedenkingen ten aanzien van de positie van werknemers in de pre-pack betreffen, evenals die op het punt van de marktwerking, in wezen bedenkingen ten aanzien van de positie van werknemers in faillissement. In faillissement geldt echter de *paritas creditorum* en is de curator (en niet het bestuur) belast met het beheer en de vereffening van de boedel onder toezicht van de rechter-commissaris.²⁵ Een

17 Dit artikel bepaalt dat indien het faillissement wordt vernietigd de opzegging van een arbeidsovereenkomst door een curator met terugwerkende kracht wordt beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement.

18 Zie hierover P.R.W. Schaik, 'Misbruik van Faillissementsrecht: pro's en contra's', *ArbeidsRecht* 2013/39, alsmede de noot van J. van der Pijl onder Rb. Noord-Nederland 4 april 2013, *JAR* 2013/136.

19 I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40, p. 16-17. Dat het standpunt van Zaal in strijd is met de heersende leer volgt ook uit L.G. Verburg, 'Rood's Wet op de ondernemingsraden', Deventer: Kluwer 2013, p. 304. Verburg signaleert hier dat geen adviesrecht geldt indien een ondernemer een deskundige advocaat raadpleegt over de aanpak van een (overwogen of lopende) reorganisatie. Niet valt in te zien waarom dit in geval van een pre-pack anders zou zijn.

20 HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477.

21 Sub 3.3.4.1.

22 *Kamerstukken II* 1996/97, 24 615, nr. 9, p. 15-16.

23 Rb. 's-Hertogenbosch 9 april 1980, *NJ* 1980/546.

24 *JOR* 2001/146.

25 Art. 68 Fw.

bijzondere positie voor de werknemers verhoudt zich daar niet goed mee. Hoe belangrijk de inspraak van werknemers buiten faillissement ook is in het kader van bescherming en ongelijkheidscompensatie, in faillissement eindigt deze inspraak vooralsnog.

Voordeel van de pre-pack

Het grote voordeel van de pre-pack is dat een activatransactie al vóór faillissement kan worden voorbereid zonder dat de negatieve gevolgen van een faillissement op de marktwaarde vanwege de externe bekendheid met het faillissement een rol spelen en zonder dat sprake is van grote tijdsdruk om tot een transactie te komen. De pre-pack zorgt ervoor dat het mogelijk wordt de herstructurering via faillissement vooraf te plannen waarmee het faillissement verandert van een paardenmiddel in een reëel herstructureeringsinstrument,²⁶ waarbij (een deel van de) werkgelegenheid kan worden behouden. Voor alle partijen is daarbij bekend of de toekomstige curator en rechter-commissaris na faillissement zullen meewerken aan deze transactie.²⁷ Een transactie die is voorbereid onder toezicht van de toekomstige curator en rechter-commissaris is sterker en zorgvuldiger dan een onderhandse transactie waarbij dit onafhankelijke toezicht ontbreekt.²⁸ Tegenstanders van de pre-pack verliezen uit het oog dat zonder de pre-pack de doorstartonderhandelingen voorafgaand aan het faillissement ook plaatsvinden, maar dan zonder het toezien oog van de toekomstige curator. Risico daarvan is dat de doorstart na faillissement alsnog mislukt en werkgelegenheid alsnog verloren gaat. In die zin zou zelfs gesteld kunnen worden dat indien bestuurders de mogelijkheid van een doorstart na een pre-pack niet onderzoeken dit tot plichtsverzuim zou kunnen leiden.²⁹

De pre-pack werkt

Onbekend maakt onbemind. Meer kennis en transparantie ten aanzien van de toepassing van de pre-pack leidt hopelijk tot minder bedenkingen vanuit het arbeidsrecht. Een groot deel van de geuite bedenkingen (zoals de toepassing van regels betreffende overgang van onderneming en medezeggenschap) lijkt zich niet zozeer te richten tegen de pre-pack, maar tegen de positie van werknemers in faillissement. Een rechtsgebied zoals het insolventierecht, waarin voor werknemers geen bijzondere bescherming geldt, blijft een vreemde figuur voor de arbeidsrechtjurist. De zoektocht door arbeidsrechtjuristen naar meer werknemersbescherming in geval van faillissement³⁰ is niet nieuw

en zal ongetwijfeld niet op korte termijn eindigen.³¹ Juist omdat de pre-pack deze scheidslijn zo duidelijk benadrukt is het begrijpelijk dat vanuit twee rechtsgebieden de discussie opbloeit. Wellicht kan het gezamenlijk nadenken over de invulling en vormgeving van de pre-pack, deze twee zo verschillende rechtsgebieden nader tot elkaar brengen, met als resultaat een voor alle partijen acceptabele invulling van de pre-pack.

De voordelen van de pre-pack zijn groot, niet in de laatste plaats voor werknemers. Faillissementen worden zorgvuldiger gestart en doorstartonderhandelingen worden onder toezicht van de aanstaande curator gevoerd, met meer kans op behoud van werkgelegenheid en beperking van schade van direct betrokkenen. Kortom, aan het werk met de pre-pack!

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

27 H. Koster, 'Herstructureren bij insolventie: naar de pre-pack plus!', *Tvl* 2013/7.

28 J.L.R.A. Huydecoper, 'Pre pack liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?', *Tvl* 2013/5.

29 J.L.R.A. Huydecoper, 'Pre pack liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?', *Tvl* 2013/5.

30 Denk hierbij bijv. aan HR 12 januari 1990, *Nj* 1990/662 (*Van Gelder Papier*) en HR 14 juli 2006, *Nj* 2007/101 (*Boekenvoordeel/Isik*).

31 Zie zeer recent, A.T.J.M. Jacobs, 'De hervorming van de arbeidsmarkt volgens het Sociaal Akkoord 2013', *TRA* 2013/80. Hij noemt het niet-toekennen van een ontslagvergoeding in faillissement een 'evidente ongerechtigheid'.