

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 insolven-

tierecht 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. Zaal, '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', *Tvl* 2011/23 die als eerste dit fenomeen vanuit Engeland toepasbaar heeft gemaakt voor Nederland; P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst 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. Zaal, '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 Ciccollella (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 gesignaleerd 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 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 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) faillissementssituatie. 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 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.

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 faillissementstoestand. 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.

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 I. 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

Inpraak tijdens de pre-pack is praktisch gezien 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. 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.

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 toezicht 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 betrokkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?', *Tvl* 2013/5.

29 J.L.R.A. Huydecoper, 'Pre pack liquidatie: wat vindt een betrokkelijke 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'.