

311. De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk - deel 2¹

MR. M.R. VAN ZANTEN

De auteur bespreekt in dit artikel de hoofdlijnen van het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I), alsmede de in de literatuur geuite kritiek met betrekking tot het ontbreken van normale marktwerking van het verkoopproces en concurrentievervalsing, het gebrek aan transparantie en het risico van misbruik, het niet van toepassing zijn van de regels van overgang van onderneming en het gebrek aan medezeggenschap. Onderzocht wordt in hoeverre WCO I tegemoetkomt aan deze kritiek.

4.2 Gebrek aan transparantie en risico van misbruik

Met WCO I wordt een procedure ingevoerd waarbij alle stakeholders weten wat het doel van de stille voorbereidingsfase is en welke taken en bevoegdheden betrokken partijen in deze fase hebben. Voorts is van belang dat ook zonder de pre-pack een doorstart op weinig transparante wijze kan worden voorbereid. Crediteuren hebben hierop geen invloed en worden pas na faillietverklaring, net als de curator, met deze voorbereidingen geconfronteerd.² Het verkoopproces na faillissement heeft echter wel duidelijk een (meer) openbaar karakter.

De beoogd curator is op basis van de huidige praktijk verplicht na zijn benoeming tot curator in het op de pre-pack volgende faillissements verslag te doen van zijn activiteiten gedurende de pre-pack. Dit verslag is, indien daadwerkelijk een faillissement is uitgesproken, openbaar. In de praktijk is gebleken dat deze verslagen veel informatie over de activiteiten van de beoogd curator bevatten.³ Er wordt in

de huidige praktijk dus volstaan met transparantie achteraf gebaseerd op de opdracht van de rechtbanken verslag uit te brengen.⁴ In WCO I krijgt deze verplichting een wettelijke basis in art. 366 lid 3 Fw. Het tijdstip waarop dit verslag moet worden gepubliceerd, moet zodanig zijn dat derden nog gebruik kunnen maken van bevoegdheden die zij op grond van de Faillissementswet hebben om het handelen van de curator te laten toetsen door de rechter.⁵ In WCO I is om die reden bepaald dat het verslag uiterlijk binnen zeven dagen na de beëindiging van de aanwijzing uitgebracht dient te worden. In verband met de transparantie zou het goed zijn indien WCO I bepaalt dat de aanwijzing samen met de uitspraak van het faillissement wordt gepubliceerd in het centraal insolventieregister zodat betrokkenen dadelijk na de faillietverklaring weten dat er een stille voorbereidingsfase aan het faillissement is voorafgegaan. Bij de beoordeling van de kritiek op het verkoopproces dient een afweging te worden gemaakt tussen enerzijds het belang de risico's van een belemmering van de doorstart te beperken, waartoe een zekere mate van geheimhouding zou kunnen bijdragen, en anderzijds de gerechtvaardigde belangen van (externe) marktpartijen deel te kunnen nemen aan het verkoopproces. De doelstellingen van WCO I samen met de Praktijkregels bieden de beoogd curator mijns inziens (meer dan het Voorontwerp) de mogelijkheid deze belangen

1 De auteur dankt prof. mr. M.L. Lennarts voor haar commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

2 MvT, p. 5-6.

3 Als voorbeeld wordt verwezen naar het faillissementsverslag van de curator d.d. 22 juli 2014 van Estro over de periode van de stille bewindvoering, te raadplegen via: <http://boekel.com/nl/data/expertises/expertise/restructuring-insolvency/faillissementen-estro>. In dit 13 pagina's tellende verslag wordt over de doorstartonderhandelingen meer informatie gegeven dan in menig faillissementsverslag is te vinden. Zie ook de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 18 september 2014 in antwoord op schriftelijke Kamervragen naar het verkoopproces in Estro, *Kamerstukken II* 2014/15, 31 322, nr. 252, waarin het verkoopproces aan de orde is gekomen, alsmede zijn antwoord d.d. 18 september 2014 op vragen van SP-lid Siderius, *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 2014Z14166 sub vraag 4. Zie voorts het in noot 14 genoemde onderzoek

van J.R. Hurenkamp en art. 9.3 van de Praktijkregels waarin is beschreven welke informatie over het verkoopproces in het verslag dient te worden opgenomen.

4 Zie hierover: R.R. Verkerk, M. Windt en T.L. Rozendal, 'Pre-packs: transparantie en verantwoording achteraf', *Tv* 2014/40, onder 4.1-4.3, die nuttige suggesties doen voor de verbetering van de transparantie achteraf.

5 R.R. Verkerk, M. Windt en T.L. Rozendal, 'Pre-packs: transparantie en verantwoording achteraf', *Tv* 2014/40, onder 4.1, die de suggestie doet dat om die reden het verslag op de dag van de faillietverklaring of uiterlijk zeven dagen daarna moet worden gepubliceerd.

zorgvuldig af te wegen, waarbij WCO I de beoogd curator verschillende mogelijkheden geeft te zorgen dat het proces zo zorgvuldig mogelijk verloopt.

Een aantal bedenkingen ziet tevens op het risico dat misbruik wordt gemaakt van de pre-pack.⁶ Een deel van het personeel verliest zijn baan na de faillietverklaring die volgt op een periode waarin in stilte een doorstart is voorbereid. Op dit punt zijn WCO I en MvT, mede op advies van de Raad van State, sterk aangepast. WCO I kan, volgens de minister, namelijk ook een bijdrage leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude en misbruik van faillissementsrecht door de betrokkenheid van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. Het opdoen van kennis in de stille voorbereidingsfase kan de latere curator van pas komen bij eventuele acties op grond van de faillissementspauliana.⁷ Indien de beoogd curator merkt dat de stille voorbereidingsfase uitsluitend wordt gebruikt om aan te sturen op een faillissement om dat vervolgens te gebruiken om de ontslagbescherming van de werknemers te omzeilen en met een afgeslankte onderneming een doorstart te maken, dan kan de curator deze opzet voorkomen door hieraan geen medewerking te verlenen.⁸ Zijn langere betrokkenheid via de stille voorbereidingsfase maakt hem hiervoor wellicht beter uitgerust dan een net benoemde curator die zich geconfronteerd ziet met een voorbereide doorstart waaraan hij direct zijn medewerking wordt geacht te verlenen. Ook op dit punt zal een afschrikwekkende werking kunnen uitgaan van de gewijzigde art. 2:138/248 BW en de toekomstige mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod.

Daarnaast is de huidige misbruikjurisprudentie (uiteraard) ook van toepassing op een faillissement dat is voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase. De Hoge Raad heeft misbruik van faillissementsrecht als species van de genus misbruik van recht aanvaard in 1983.⁹ Aangezien tijdens het faillissement de gebruikelijke ontslagbescherming ontbreekt en de regels van overgang van ondernemingen ex art. 7:662 e.v. BW niet van toepassing zijn, is een faillissement aantrekkelijk voor een schuldenaar die een doorstart van zijn onderneming in afgeslankte vorm wenst te realiseren. Op grond van vaste jurisprudentie kan er sprake zijn van misbruik van faillissementsrecht indien de eigen faillissementsaangifte uitsluitend of hoofdzakelijk ten doel heeft goedkoop van de verplichtingen jegens werknemers af te komen.¹⁰ Hierdoor kan na faillissement

bekend geworden misbruik door een belanghebbende ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd, mits deze direct na faillissement tot actie overgaat.¹¹ Werknemers hoeven op dit punt overigens niet machteloos toe te kijken. Zij hebben een aantal mogelijkheden, zoals het instellen van verzet tegen de faillietverklaring ex art. 10 Fw, beroep

WCO I kan ook een bijdrage leveren aan de bestrijding van faillissementsfraude en misbruik van faillissementsrecht door de betrokkenheid van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris

op art. 13a Fw¹² en het instellen van hoger beroep ex art. 67 lid 2 Fw tegen de machtiging van de rechter-commissaris aan de curator tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.¹³ Eventuele bezwaren tegen de pre-pack en de daaropvolgende doorstart na faillissement, waarbij de werknemer ontslagen is, kunnen dus op verschillende manieren ter toetsing aan de rechter worden voorgelegd.

Misbruik wordt verder zo veel mogelijk voorkomen door de in art. 363 lid 1 Fw opgenomen toets dat aannemelijk moet zijn dat de aanwijzing van de beoogd curator meerwaarde heeft, bijvoorbeeld indien de schade van de betrokkenen door de stille voorbereidingsfase kan worden beperkt of een verkoop van de onderneming kan worden gerealiseerd tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs en met behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid. In 2014 zijn Kamervragen gesteld aan de minister van Veiligheid en Justitie over de mogelijkheid van een onderneming die financieel sterk genoeg is om boventallig personeel met een sociaal plan te laten afvloeien en een faillissement aanwendt om goedkoop van dat personeel af te komen. In antwoord hierop heeft de minister de Tweede Kamer bericht dat hij die kans gering acht.¹⁴ Hij wijst er allereerst op dat het bestuur van de failliete onderneming direct na de faillietverklaring buiten spel staat. De curator neemt beheer en beschikking over de onderneming over waardoor het bestuur de gang van zaken niet langer in eigen hand heeft. Na faillietverklaring ontstaat vaak een onbeheersbare situatie met alle negatieve gevolgen voor de continuïteit van levensvatbare onderdelen van dien. Voorts verwijst de minister naar de hiervoor vermelde misbruikjurisprudentie.

Schaik/H. Smolders, 'Faillissementstrends', *ArbeidsRecht* 2005/1.

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

7 Zie ook de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid d.d. 28 mei 2015 in antwoord op Kamervragen van 9 april 2015 van de PvdA-leden Kersten en Recourt over het 'flitsfaillissement bij Princen Transmission', *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 2015Z06403 sub vraag 3.

8 MvT, p. 21.

9 HR 7 oktober 1983, *NJ* 1984/74, en P.R.M. Schaik, 'Misbruik van faillissementsrecht: pro's en contra's', *ArbeidsRecht* 2013/39, p. 12.

10 HR 29 juni 2001, «JOR» 2001/169 (Multi Terminals Waalhaven/FNV Bondgenoten). Zie voor een overzicht van de jurisprudentie tot 2005: P.R.W.

11 Verzet door een schuldeiser tegen de faillietverklaring dient ex art. 10 Fw gedurende acht dagen na de uitspraak te worden gedaan.

12 Dit artikel bepaalt dat indien de faillietverklaring wordt vernietigd de opzegging van de arbeidsovereenkomsten door de curator met terugwerkende kracht worden beheerst door de gewone arbeidsrechtelijke regels voor opzegging van een arbeidsovereenkomst.

13 Zie voor een overzicht van de mogelijkheden voor werknemers de annotatie van J. van der Pijl onder Rb Noord-Holland 4 april 2013, «JAR» 2013/136.

14 Brief Minister van Veiligheid en Justitie d.d. 17 juli 2014 in antwoord op schriftelijke Kamervragen van de PvdA-leden Recourt en Kerstens, *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 2581, p. 3-4.

Daarnaast zal de rechtbank volgens de minister:

'bij de beoordeling van een verzoek tot aanwijzing van een toekomstig curator in de eerste plaats moeten beoordelen of er daadwerkelijk sprake is van ernstige financiële problemen en een dreigend faillissement. Heeft het er alle schijn van dat het verzoek tot aanwijzing van een toekomstig curator onderdeel is van een traject waarin het bestuur van de onderneming aanstuurt op een faillissement om de onderneming snel en 'goedkoop' te kunnen saneren, dan zal de rechtbank hier niet aan mee willen werken. De rechtbank zal in dat geval het verzoek afwijzen.'

Het hiervoor beschreven systeem zal er, samen met de aanwijzing van een sterke beoogd curator¹⁵, die zijn taak zal moeten neerleggen indien hij handelingen constateert die

In het arrest van het Hof van Justitie van de EG in de zaak Abels heeft het hof geoordeeld dat de Richtlijn wel van toepassing is in geval van surseance van betaling, maar niet bij faillissement

strijdig zijn met de in de aanwijzingsbeschikking vermelde meerwaarde van de aanwijzing, voor kunnen zorgen dat gevallen van misbruik zoveel worden tegen gegaan.¹⁶

4.3 Geen toepassing regels overgang van ondernemingen

Een aantal schrijvers stelt dat WCO I en de pre-pack in strijd komen met de Europese richtlijn aangaande overgang van ondernemingen ('Richtlijn')¹⁷ zoals geïncorporeerd in art. 7:662 e.v. BW.¹⁸ Na de inwerkingtreding van (de voorganger van) deze artikelen werd de vraag gesteld

of deze regels ook van toepassing zijn in faillissement. Potentiële overnemers zagen af van overname van de tot de boedel behorende onderneming uit angst van overname van niet alleen al het personeel van de failliet maar ook alle achterstallige verplichtingen ten opzichte van hen. Uitgangspunt is dat deze regels niet van toepassing zijn indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.¹⁹ In het arrest van het Hof van Justitie van de EG in de zaak Abels²⁰ heeft het hof geoordeeld dat de Richtlijn wel van toepassing is in geval van surseance van betaling, maar niet bij faillissement. Het Hof overwoog:

'Men kan dus niet concluderen dat richtlijn nr. 77/187 de lid-staten verplicht haar voorschriften ook toe te passen bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, die plaatsvinden in het kader van een faillissement, dat gericht is op een vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie.'

Vervolgens heeft de Hoge Raad bevestigd dat de beschermende regels niet van toepassing zijn in geval van faillissement²¹, welke regel is vastgelegd in het daarna ingevoerde art. 7: 666 BW.²²

In de literatuur wordt in verband met de pre-pack en de WCO I om twee redenen gepleit voor toepasselijkheid van de beschermende regels van overgang van ondernemingen. De eerste reden houdt verband met de aard van de procedure. Hierbij wordt gesteld dat art. 7: 666 lid 1 BW slechts geldt indien sprake is van een liquidatieprocedure en dat de pre-pack geen liquidatieprocedure is maar juist (net als de surseance) ziet op continuïteit van de onderneming.²³ De tweede reden houdt verband met het moment waarop overeenstemming over een overgang wordt bereikt. Daarbij wordt gesteld dat er bij een doorstart in faillissement na een pre-pack materieel al overeenstemming is bereikt over een doorstart vóór faillissement en derhalve de beschermende regels toch gelden ook al vindt de doorstart plaats na faillissement. Mijns inziens zijn beide stellingen onjuist.²⁴

Een pre-pack vindt plaats op een moment dat zeker is dat faillissement zal volgen. Er wordt vervolgens onderzocht of er na faillissement een verkoop van activa kan plaatsvinden waarmee de activiteiten (gedeeltelijk) kunnen worden voortgezet, waarbij wellicht nog een gedeelte van de werkgelegenheid kan worden behouden. De curator verkoopt en levert (per definitie) na faillietverklaring (voor faillissement

15 Zie MvT, p. 22, waarin is gesteld dat de effectiviteit van het optreden van de beoogd curator, alle waarborgen ten spijt, uiteraard valt of staat met de deskundigheid en standvastigheid van de persoon van de beoogd curator.

16 Zie ook art. 5.7 van de Praktijkregels waarin is bepaald dat de beoogd curator ervoor waakt dat de bevoegdheid aangifte tot faillietverklaring te doen wordt misbruikt om af te komen van verplichtingen ten opzichte van werknemers.

17 Richtlijn 2001/23 EG van 12 maart 2001, PbEG van 22 maart 2001, L82/16, welke richtlijn Richtlijn 98/50 van 29 juni 1998, L 201/88, heeft vervangen, welke laatste richtlijn Richtlijn 77/187/EG, PbEG van 5 maart 1977, L 61/26, verving.

18 J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart - een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38, p. 9; P. Hufman en I. Zaal, 'Insolventie en arbeid: tijd voor een integrale benadering', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2014/2, p. 47-48; P. Hufman/I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van ondernemingen bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014/98, p. 167-173; P. Hufman/I. Zaal, 'Pre-pack niet te verenigen met Europese rechtsregels', *Het Financieel Dagblad* 28 juli 2014; B.J. Tideman, 'Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland, geef ons de pre-pack!', *FIP* 2013, p. 236; R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014/360; R.M. Beltzer, 'Continuïteit van ondernemingen en pre-pack - hoe een idee een Europese richtlijn mist', *Onderneming en Financiering* 2015 (23) 1, p. 32-43.

19 Art. 7:666 lid 1 BW.

20 HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985/900.

21 HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988/191.

22 Beltzer 2013 (T&C BW), art. 7:666 BW, aant. 2.

23 Daarbij wordt ook verwezen naar de naam van de WCO I waarin het woord 'continuïteit' is opgenomen.

24 Zie voor een heldere weerlegging van deze stellingen uitgebreid: L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662', *FIP* 2014/361 en P.R.W. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *TvI* 2015/16, p. 101-105.

heeft de beoogd curator geen bevoegdheid tot verkoop van de onderneming aan een derde over te gaan), met toestemming van de rechter-commissaris en na ontslag van het personeel. De pre-pack is dan ook naar zijn aard te beschouwen als een voorfase van het faillissement waarin de daadwerkelijke liquidatie plaatsvindt. De regels van overgang van ondernemingen gelden op grond van art. 7:666 lid 1 BW niet bij een faillissementsprocedure. In dit artikel is immers bepaald dat de beschermende regels niet van toepassing zijn op de overgang van de onderneming 'indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort'. De faillissementsprocedure is per definitie gericht op liquidatie.

Schäink deelt niet de opvattingen van Beltzer, Van der Pijl, Huffman en Zaal dat de regels van toepassing zouden zijn omdat er bij een faillissement, dat is voorafgegaan door een pre-pack, geen sprake zou zijn van een liquidatiescenario. Met verwijzing naar Verburg en Verstijlen stelt Schäink dat de arresten waar Beltzer naar verwijst²⁵ zaken betreffen met betrekking tot een gerechtelijke vereffening buiten faillissement en een vrijwillige vereffening. Het Hof acht het denkbaar dat er procedures zijn die aanmerkelijk verschillen van een faillissementsprocedure die volgens het hof moet worden beschouwd als een op liquidatie gerichte procedure. Het Nederlandse faillissement dat voorafgegaan is door een pre-pack valt duidelijk onder de werking van art. 7: 666 BW.

Ten slotte dient te worden beoordeeld of het moment van overeenstemming over de doorstart na faillissement bepalend is voor de beantwoording van de vraag of de beschermende regels van toepassing zijn. Kan gesteld worden dat bij een 'voorgekookte' doorstart tijdens de pre-pack de overgang al plaatsvond vóór faillissement? Verburg beantwoordt deze vraag ontkennend.²⁶ Hij verwijst daarbij naar een arrest van het Hof van Justitie van de EG van 2005.²⁷ Uit dit arrest blijkt volgens Verburg dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een overgang van onderneming het tijdstip van de instemming van partijen niet van belang is. Het gaat hierbij om het moment waarop de hoedanigheid van ondernemer overgaat op de koper. Deze overgang speelt per definitie pas na faillissement omdat dan de closing plaatsvindt. Voorts kan er in dit verband nog op gewezen worden dat partijen in het geheel geen wilsovereenstemming bereiken over een overgang en daaraan uitvoering geven vóór faillissement. Partijen willen nu juist niet dat de onderneming reeds voor faillietverklaring zal overgaan, omdat daarmee alle werknemers van rechtswege in dienst treden bij de overnemende partij en de overname daarmee

waarschijnlijk niet rendabel meer is.²⁸ Ook om deze reden houdt de stelling dat de beschermende regels om deze reden van toepassing zijn geen stand.

Ook Schäink heeft de stelling dat de regels van overgang van ondernemingen om deze reden zouden gelden gemotiveerd weerlegd. Hij pleit ervoor vast te houden aan de Richtlijn-conforme inhoud van het begrip 'overgang', zoals bevestigd in het Celtec-arrest: (daadwerkelijke) change of control en ook het daaraan verbonden tijdstip. Er is volgens hem geen reden het leerstuk van overgang van onderneming toe te passen zolang er geen verplichting bestaat de overdracht vóór faillissement uit te voeren en dat ook niet gebeurt.²⁹

Mijns inziens gelden bij de overdracht van de onderneming door de curator na faillietverklaring (al dan niet voorbereid door de beoogd curator) de regels van overgang van ondernemingen op basis van de tekst van de Richtlijn overgang van ondernemingen en art. 7:666 BW niet. De kritiek zou in plaats van tegen de pre-pack beter gericht kunnen zijn tegen het niet toepasselijk zijn van deze regels in geval van (een doorstart na) faillissement.³⁰ In de literatuur wordt echter weinig kritiek geuit tegen de (gewone) doorstart na faillissement zonder de voorbereiding met behulp van de stille voorbereidingsfase.

Door de vakbonden is in het kader van de discussie over de toepasselijkheid van de regels van overgang van ondernemingen verwezen naar een uitspraak van de Kantonrechter Leeuwarden in de zaak van Jan de Roos.³¹ Hierin heeft de kantonrechter geoordeeld dat de

Mijns inziens gelden bij de overdracht van de onderneming door de curator na faillietverklaring (al dan niet voorbereid door de beoogd curator) de regels van overgang van ondernemingen niet

werknemers in dit geval bescherming genieten omdat, ondanks de faillietverklaring, de regels van overgang van ondernemingen toch van toepassing zijn.³² Deze uitspraak kan niet dienen ter onderbouwing van de stelling dat de regels van overgang van ondernemingen soms toch gelden in faillissement of bij een doorstart die via een pre-pack

25 Te weten: HvJ EG 12 maart 1998, «JAR» 1998/100 (Dethier/Dessy) en HvJ EG 12 november 1998, «JAR» 1999/15 (Europièces) in R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014/360.

26 L.G. Verburg, 'Timing cruciaal bij doorstart middels pre-pack', *Het Financieele Dagblad* 25 juli 2014, en L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van "662"', *FIP* 2014/361.

27 HvJ EG 26 mei 2005, *NJ* 2006/27 (Celtec).

28 F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack', in: *Pre-advies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 57-58.

29 P.R.W. Schäink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *TvI* 2015/16, p. 104.

30 M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 9.

31 Bron: interview met Jeroen Ipenburg, advocaat van CNV Vakmensen, d.d. 16 september 2014: <http://www.faillissementsdossier.nl/nieuws/10588/cnv-over-flitsfaillissement-waarom-laat-minister-opstellen-zijn-oren-hangen-naar-een-klein-clubje-belanghebbenden.aspx>.

32 Ktr. Leeuwarden 22 augustus 2014, «JAR» 2014/234 m.nt. P. Huffman, «JOR» 2014/315 m.nt. Hummelen en *AR* 2014-0822 m.nt. S.S.M. Peters.

is voorbereid. In de eerste plaats omdat in deze zaak geen sprake was van een doorstart die via een pre-pack is voorbereid. In de tweede plaats omdat de argumentatie voor het oordeel van de kantonrechter, dat art. 7:666 BW, ondanks het uitgesproken faillissement, toch niet van toepassing is, flinterdun is.³³ Op basis van deze uitspraak kan wel worden geconcludeerd dat zonder medewerking

Op basis van de uitspraak in de zaak Jan de Roos kan wel worden geconcludeerd dat zonder medewerking van de curator geen doorstart tot stand kan worden gebracht waarbij art. 7:666 BW van toepassing is

van de curator geen doorstart tot stand kan worden gebracht waarbij art. 7:666 BW van toepassing is. De handelwijze van de ondernemer kan echter wel leiden tot toepassing van art. 7:663 BW.³⁴

De vakbonden zijn in de faillissementen van Estro en Heiploeg procedures gestart tegen de doorstarters, waarbij wordt gesteld dat de regels van overgang van ondernemingen van toepassing zijn.³⁵ In de zaak van Estro is ten tijde van het schrijven van dit artikel nog geen einduitspraak gedaan. De kantonrechter heeft in het bevoegdheidsincident geoordeeld dat hij bevoegd is van het geschil tussen partijen kennis te nemen.³⁶

In de zaak van Heiploeg heeft de kantonrechter de vorderingen van FNV en CNV Vakmensen afgewezen bij vonnis van 28 juli 2015.³⁷ De kantonrechter overweegt hiertoe allereerst dat het beroep van de bonden op het buiten toepassing laten van art. 7:666 BW, omdat materieel gezien geen sprake zou zijn van een faillissement omdat het doel van de pre-pack niet is gericht op liquidatie maar op continuïteit van de onderneming, niet kan slagen. Art. 7:666 BW is van toepassing indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Met de faillietverklaringen van de Heiploeg-vennootschappen/werkgevers en de overdracht van ondernemingen die deel uitmaakten van de boedel wordt aan de voorwaarden van art. 7:666 BW voldaan.³⁸ Vervolgens overweegt de kantonrechter dat ook een Richt-

lijnconforme interpretatie, daargelaten de vraag of de rechtszekerheid daaraan niet in de weg staat en contra legem zou zijn, gelet op de duidelijke tekst van art. 7:666 BW, er niet toe kan leiden dat art. 7:666 BW niet van toepassing is. Een nagenoeg ongewijzigde voortzetting van de onderneming door de doorstarter staat, anders dan de bonden betogen, aan toepasselijkheid van art. 7:666 BW niet in de weg. Het gaat namelijk niet om 'liquidatie van de onderneming', maar om 'liquidatie van de vervreemder' en gesteld noch gebleken is dat daarvan geen sprake is geweest. Het feit dat de overgang 'going concern' heeft plaatsgevonden en reeds voor faillissement was voorbereid, staat aan toepasselijkheid van art. 5 van de Richtlijn en/of art. 7:666 BW niet in de weg.³⁹

De kantonrechter wijst er voorts op dat in de arresten van het hof telkens tot uitgangspunt is genomen dat de Nederlandse faillissementsprocedure onder de uitzondering valt, omdat in die procedure sprake is van liquidatie onder overheidstoezicht en ten gunste van de schuldeisers van de vervreemder. Het feit dat er na het arrest in de Abels-zaak in arresten sprake is geweest van andere insolventieprocedures dan de faillissementsprocedure, doet aan het oordeel omtrent de niet-toepasselijkheid van de regels van overgang van ondernemingen in geval van een doorstart vanuit de faillissementsprocedure niet af. Dat de onderhandelingen over de overgang al voor de faillissementen zijn gevoerd en (nagenoeg) afgerond, doet daaraan niet af volgens de kantonrechter.⁴⁰

Ten slotte houdt de kantonrechter voor het antwoord op de vraag of het tijdstip van de overgang voor de faillissementsdatum heeft gelegen, op grond waarvan er op het moment van overgang (nog) geen sprake was van een faillissement en om die reden de uitzondering van art. 7:666 BW niet van toepassing is, vast aan de norm van het hof in het Celtec-arrest. De datum van overgang van de exploitatie, de 'change of control', is bepalend. Die lag na de faillissementsdatum. Hieraan voegt de kantonrechter nog toe dat Heiploeg-oud, zo de overeenkomst al voor faillissement (nagenoeg) rond was, bovendien de overeenkomst zelf niet kon nakomen. Na faillissementsdatum was zij namelijk beschikkingsonbevoegd. Voor faillissement kon niet worden nagekomen, omdat de overeenkomst werd gesloten onder de voorwaarde van (nog) uit te spreken faillissement(en). Deze overeenkomst moet dan door de curator met toestemming van de rechter-commissaris bekrachtigd en uitgevoerd worden. Van een contractuele benadering van 'overgang' kan derhalve geen sprake zijn.⁴¹ De vakbonden hebben dadelijk aangekondigd hoger beroep tegen deze uitspraak in te stellen.

De tijdens de consultatie uitgebrachte adviezen en de hiervoor genoemde arbeidsrechtelijke literatuur hebben de minister ertoe gebracht in de MvT nadrukkelijk op

33 Zie hiervoor verder: S.S.M. Peters, 'Overgang van onderneming en faillissement - van schot in de roos tot koude douche', *Annotaties AR* 2014/0822.

34 Zie P.R.W. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *TvI* 2015/16, p. 103.

35 Zie voor de dagvaarding in de zaak Estro: <http://www.fnv.nl/over-fnv/ons-werk/acties-campagnes/kkeebDAGVAARDING> en voor de dagvaarding in de zaak Heiploeg: <https://www.cnvvakmensen.nl/caos/vlees-en-vis/nieuws/vakbonden-dagen-garnalenverwerker-heiploeg-voor-de-rechter>.

36 Ktr. Rb. Midden-Nederland zp Almere d.d. 3 juni 2015, «JAR» 2015/257.

37 Ktr. Rb. Overijssel d.d. 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

38 Zie r.o. 4.4.

39 Zie r.o. 4.5- 4.5.3.

40 Zie r.o. 4.5.5. Zie anders: P. Huffman en I. Zaal, 'Pre-pack perikelen: tijd voor een update', *ArbeidsRecht* 2015-34.

41 Zie r.o. 4.6.

te nemen dat op basis van de Richtlijn overgang van ondernemingen en de rechtspraak geconcludeerd moet worden dat art. 7:662-665 en art. 6:670 lid 8 BW niet van toepassing zijn wanneer sprake is van een overgang van bedrijfsonderdelen vanuit faillissement. Daarbij maakt het geen verschil of die overgang voorafgaand aan het faillissement is voorbereid onder het toezicht van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris.⁴² De stelling dat de beschermende regels ook zouden gelden bij een doorstart na faillissement, voorafgegaan door een pre-pack, lijken gebaseerd op een onjuiste interpretatie van de wettelijke bepalingen en de jurisprudentie. Voor het slagen van deze stelling is een wijziging van het bepaalde in art. 7:666 BW noodzakelijk op grond waarvan meer bescherming voor de werknemers gedurende faillissement wordt geboden.⁴³ Daarvan is thans echter geen sprake. De vraag kan worden gesteld of een wijziging van art. 7:666 BW⁴⁴ op dit punt voor werknemers gunstig zal uitpakken. Het zal er namelijk waarschijnlijk toe leiden dat een doorstart na faillissement minder gemakkelijk zal kunnen worden gerealiseerd met als gevolg dat er minder werkgelegenheid zal kunnen worden behouden. Zeker in het huidige (slechte) economische tijdstip lijkt mij dit geen goede ontwikkeling voor de werknemers. Het is dan ook te hopen dat het Hof, wanneer een oordeel moet worden gegeven over deze vraag, zal bevestigen dat de beschermende regels van de Richtlijn bij een doorstart na een faillissement dat is voorafgegaan door een pre-pack niet van toepassing zijn. De uitspraak in de Heiploeg-zaak, de eerste door de Nederlandse rechter gewezen uitspraak in geval van een doorstart na faillissement dat vooraf is gegaan door een pre-pack, is op goede gronden gewezen en verdient mijns inziens (in hoger beroep en in andere zaken) navolging.

4.4 Gebrek aan medezeggenschap

Een aantal auteurs heeft kritiek op het ontbreken van werknemersvertegenwoordiging bij een pre-pack.⁴⁵ De vraag kan echter worden gesteld of een bijzondere vorm van medezeggenschap past binnen de pre-pack en in die fase ook enig nut kan hebben voor de werknemers. De pre-pack vindt uitsluitend plaats indien faillissement aanstaande is. Het is namelijk de (stille) voorbereidingsfase van het faillissement waarin eigenlijk sprake is van een korte opschorting van de uitspraak van het faillissement door de aanwijzing van de beoogd curator en de beoogd rechter-

commissaris. In deze fase is voor medezeggenschap feitelijk minder ruimte is dan buiten faillissement. Na de aanwijzing is duidelijk dat faillietverklaring spoedig zal volgen waarna de curator alle werknemers zal ontslaan. Het ontslag van de werknemers is geen gevolg van de pre-pack maar van het (dan al onafwendbare) faillissement. In deze fase is dan ook niet goed denkbaar op welke wijze nog vormgegeven kan worden aan medezeggenschap van werknemers nog afgezien van het feit dat de periode van de pre-pack vaak zeer kort is (enkele dagen tot vaak maximaal twee weken) en trajecten via de ondernemingsraad gewoonlijk langer duren. Daarnaast bestaat het risico van lekken van informatie indien meer mensen weten van de pre-pack en de mogelijke onrust die dit bij werknemers kan veroorzaken waardoor de doelstellingen die de pre-pack beoogt te bereiken in gevaar kunnen worden gebracht.

Verder is van belang dat de enige relevante handeling die tijdens de pre-pack plaatsvindt de aanvraag van de faillietverklaring door het bestuur betreft. De heersende leer op dat punt is dat de ondernemingsraad geen adviesrecht heeft met betrekking tot de eigen aanvraag tot faillietverklaring. Voorts wordt de bevoegdheid van het bestuur tot het doen van aangifte van faillissement in art. 2:246 BW op geen enkele wijze beperkt door enige bevoegdheid van de ondernemingsraad.

Ten slotte wordt gewezen op de verantwoordelijkheid die een bestuurder heeft op enig moment eigen aangifte tot faillietverklaring te doen indien de financiële positie van de vennootschap daartoe aanleiding geeft teneinde persoonlijke aansprakelijkheid te voorkomen. Een adviesrecht van de ondernemingsraad is hiermee lastig te verenigen.⁴⁶

Op het eerste gezicht lijkt het dan ook niet voor de hand te liggen dat er sprake is van medezeggenschap bij de pre-pack en bij het pre-packverzoek. Aan de andere kant is het begrijpelijk dat werknemers in een voor de onderneming zo belangrijke fase gehoord willen worden en zorgt het gebrek

Op het eerste gezicht lijkt het dan ook niet voor de hand te liggen dat er sprake is van medezeggenschap bij de pre-pack en bij het pre-packverzoek

aan deze mogelijkheid ervoor dat de groep die gebaat zou kunnen zijn bij een pre-pack de voordelen van een tijdens een pre-pack voorbereide doorstart niet meer als zodanig ervaart. Welke argumenten worden nu gebruikt voor de stelling dat er meer betrokkenheid van werknemersvertegenwoordigers bij de pre-pack zou moeten zijn en is deze betrokkenheid te realiseren? Zaal stelt dat het aantrekken van de beoogd curator op verzoek van de ondernemers een adviesplichtig besluit is op grond van art. 25 lid 1 onder

⁴² MvT, p. 34.

⁴³ Zie hierover S.S.M. Peters, 'Overgang van onderneming en faillissement - van schot in de roos tot koude douche', *Annotaties AR* 2014/0822.

⁴⁴ Of een uitspraak van het Hof van Justitie van de EU waarin overwogen wordt dat bij een doorstart na faillissement die voorbereid is tijdens de stille voorbereidingsfase de beschermende regels van toepassing zijn.

⁴⁵ J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart - een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38, p. 9; I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40, p. 20-21; I. Zaal, 'De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling', *FIP* 2014/363, P. Huffman en I. Zaal, 'Pre-pack perikelen: tijd voor een update', *ArbeidsRecht* 2015/34.

⁴⁶ M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 9-11.

n Wet op de ondernemingsraden (WOR). Het zou hier namelijk gaan om een adviseur van de ondernemer die advies uitbrengt over een besluit dat is genoemd in art. 25 WOR (onder 1 en mogelijk onder e).⁴⁷

Op grond van de door de rechtbanken gehanteerde aanstellingsbrieven alsmede WCO I⁴⁸ is de beoogd curator echter

De pre-pack brengt geen wijziging in de bevoegdheden binnen de onderneming en brengt ook geen adviesplichtige besluiten met zich mee

geen adviseur van de schuldenaar.⁴⁹ Dit zou namelijk in strijd kunnen komen met zijn taak als behartiger van de belangen van de gezamenlijke crediteuren en andere betrokkenen bij het mogelijk aanstaande faillissement. Voorts vindt de aanwijzing en instructie van de beoogd curator niet plaats door de schuldenaar maar door de rechtbank. Mocht de beoogd curator ondanks het vorenstaande toch als adviseur als bedoeld in de WOR moeten worden beschouwd, dan kan gesteld worden dat hij niet adviseert over een van de in art. 25 lid 1 onder a tot en met m WOR genoemde aangelegenheden. Van de genoemde aangelegenheden kunnen in dit verband de onder a, c en e genoemde aangelegenheden van belang zijn.

Art. 25 lid 1 onder a WOR bepaalt dat de ondernemingsraad advies dient uit te brengen over elk door de ondernemer voorgenomen besluit tot overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan. Gedurende de pre-pack vindt echter geen wijziging plaats van de zeggenschap. Dit is nadrukkelijk bepaald in de aanstellingsbrieven van de rechtbanken alsmede in de WCO I.⁵⁰ De schuldenaar behoudt het volledige beheer en beschikking over het tot de onderneming behorende vermogen.

Art. 25 lid 1 onder c WOR bepaalt dat de ondernemingsraad advies dient uit te brengen over elk door de ondernemer voorgenomen besluit tot beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een belangrijk onderdeel daarvan. De heersende leer is dat (zelfs) de aanvraag tot faillietverklaring of verlening van surseance van betaling niet adviesplichtig is.⁵¹ Door de aanvraag noch het uitspreken van het faillissement worden de werkzaamheden van de onderneming beëindigd.⁵² Hierbij kan worden verwezen naar het arrest van de Hoge Raad

van 6 juni 2001.⁵³ Een mogelijke adviesplichtigheid met betrekking tot de eigen aanvraag tot faillietverklaring op grond van de WOR staat ook haaks op het systeem van de Faillissementswet. Art. 25 lid 6 WOR voorziet in een opschortingstermijn die niet verenigbaar is met de in de Faillissementswet bepaalde procedure. De aanvraag tot surseance van betaling is niet adviesplichtig, omdat die procedure gericht is op sanering.⁵⁴ Op grond hiervan leidt een besluit van de ondernemer tot de aanvraag van surseance niet tot beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. Het ligt dan ook bepaald niet voor de hand de aanvraag voor een pre-pack als een adviesplichtig besluit aan te merken.

Art. 25 lid 1 onder e WOR bepaalt dat de ondernemingsraad advies dient uit te brengen over elk door de ondernemer voorgenomen besluit tot belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming dan wel in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming. In de meeste gevallen valt een reorganisatie onder deze categorie.⁵⁵ De vraag of de wijziging in de organisatie of verdeling van bevoegdheden adviesplichtig is, dient te worden beoordeeld naar de aard en de omvang van de beoogde wijzigingen, mede gelet op het doel en de strekking van de uit de wet voortvloeiende medezeggenschapsrechten.⁵⁶ De Hoge Raad heeft in het eerdergenoemde arrest YVC IJsselwerf overwogen dat de benoeming van een bewindvoerder in een surseance van betaling geen verandering brengt in de interne verdeling van bevoegdheden, al beperkt de benoemde bewindvoerder de bevoegdheden van degenen die taken van beheer mogen verrichten. Zaal acht de aanstelling van een curator een zo belangrijke wijziging van de verdeling van bevoegdheden dat de ondernemingsraad hiervoor geraadpleegd dient te worden.⁵⁷ Deze stelling lijkt echter niet in lijn met de heersende leer op dit punt. Bovendien wordt de curator niet bestuurder van de onderneming. In ieder geval wordt de beoogd curator nadrukkelijk geen bestuurder in de zin van de WOR. De rechtbanken en de WCO I kennen aan de beoogd curator ook geen enkele rol toe die te vergelijken is met de rol van de bestuurder van de onderneming. De pre-pack is dan ook niet te beschouwen als een reorganisatie of een verdeling van de bevoegdheden zoals genoemd in art. 25 lid 1 onder e WOR.

De pre-pack brengt dus geen wijziging in de bevoegdheden binnen de onderneming en brengt ook geen adviesplichtige besluiten met zich mee.⁵⁸ Zonder (nieuwe) wettelijke bepaling is er dus geen sprake van betrokkenheid van de

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

48 MvT, p. 19 en p. 32.

49 Zie ook: W.J.P. Jongepier en K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *FIP* 2013, p. 196.

50 MvT, p. 32.

51 I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht* 2013/40, p. 16.

52 L.G. Verburg, *Rood's Wet op de ondernemingsraden*, Deventer: Kluwer 2013, p. 297.

53 HR 6 juni 2001, «JOR» 2001/146, m.nt. Kortmann (YVC IJsselwerf).

54 I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2014, p. 231.

55 Sprengers (*T&C ArbeidsRecht*), art. 25 lid 1 sub e WOR.

56 Gerechtshof Amsterdam 30 december 2003, *ARO* 2004, 18.

57 I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, Deventer: Kluwer 2014, p. 232.

58 F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack', in: *Pre-advies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 60-61.

ondernemingsraad bij de aanvraag van de aanwijzing van de beoogd curator of tijdens de stille voorbereidingsfase.⁵⁹ Naar aanleiding van de in de literatuur en de consultatie sterk naar voren gebrachte wens tot vergroting van de betrokkenheid van werknemers in het proces heeft de minister erop gewezen dat de rechtbank als voorwaarde voor de aanwijzing of de verlening daarvan zou kunnen stellen dat de ondernemingsraad, onder geheimhouding, wordt betrokken bij de stille voorbereidingsfase.⁶⁰ Op deze wijze kan dus, anders dan in de huidige praktijk, indien de rechtbank daartoe aanleiding ziet, sprake zijn van betrokkenheid van werknemers gedurende de stille voorbereidingsfase. Hierbij past mijns inziens wel terughoudendheid.⁶¹ Gelet op de fase waarin de schuldenaar zich bevindt, is het niet ondenkbaar dat er sprake is moet zijn van gelijke behandeling van de gezamenlijke crediteuren (*paritas creditorum*). Het is om die reden moeilijk verdedigbaar dat met de eventuele wensen van de werknemers wel en van mogelijke andere betrokkenen (die ook geraakt worden door het aanstaande faillissement en de mogelijke doorstart) anders dan via de crediteurencommissie, geen rekening wordt gehouden. Gelukkig biedt de memorie van toelichting voldoende vrijheid aan de praktijk afhankelijk van de omstandigheden van het geval partijen te betrekken bij het voorbereidingsproces.

4.5 Bedenkingen tegen pre-pack of faillissement als zodanig?

Na bespreking van de hiervoor genoemde bedenkingen kan de vraag gesteld worden of hier niet sprake is van bedenkingen ten aanzien van (een doorstart na) faillissement als zodanig en niet zozeer ten aanzien van de pre-pack. Tijdens de pre-pack vinden uitsluitend voorbereidende handelingen plaats. Alle relevante (rechts)handelingen vinden plaats in faillissement en worden verricht door de curator. De vraag kan worden gesteld of de handelingen die men de schuldenaar verwijt te verrichten tijdens de pre-pack (bijvoorbeeld de voorbereiding van een doorstart aan een gelieerde partij) niet ook zonder de pre-pack voor het faillissement kunnen worden verricht.⁶² Het enige verschil is dat in dat geval een doorstart wordt voorbereid zonder dat daarvan de (toekomstige) curator op de hoogte is.⁶³

59 Zie ook: M.S.P. Paauw, 'De pre-pack in arbeidsrechtelijk perspectief: de rol van de ondernemingsraad', *TAP* 2015/117.

60 MvT, p. 50.

61 In de praktijk blijkt overleg direct na beëindiging van de aanwijzing met de vakbonden overigens lastig te zijn. Ik heb moeten ervaren dat er niet snel een gesprekspartner kan worden gevonden.

62 P.J. Frölich, 'Redding en sanering: een monomaan of modern paradigma? Over de pre-pack en dergelijke', *Ars Aequi*, maart 2015, p. 200-201; F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack', in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 27; M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 9 en 11.

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

5. Conclusie

Gelet op het voorgaande kom ik tot de conclusie dat aan de voorbereiding van een doorstart na faillissement via een pre-pack vooral voordelen verbonden zijn ten opzichte van de situatie dat dit (eerst) na faillissement (indien dan nog mogelijk) wordt geregeld.⁶⁴ WCO I biedt de mogelijkheden te komen tot een zorgvuldige voorbereiding van de doorstart waarbij alle potentiële kopers in kaart zijn gebracht en, dat is namelijk het doel van de stille voorbereidingsfase, de beste prijs wordt betaald voor de activa. Niets verhindert de beoogd curator binnen de stille voorbereidingsfase actief op onderzoek te gaan naar andere potentiële kopers dan die zijn aangedragen door de schuldenaar zodat, onder geheimhouding, ook dan een 'openbare' verkoopprocedure kan worden gevoerd. Voorts biedt WCO I ook de mogelijkheid de verkoop enkele dagen na faillietverklaring af te ronden waardoor de situatie in grote mate lijkt op de 'gewone' doorstart na faillietverklaring zonder voorafgaande stille voorbereidingsfase. Anderzijds zijn de bedenkingen van de vakbonden begrijpelijk. Werknemers hebben de laatste jaren in toenemende mate te maken gekregen met aantasting van hun rechten en versobering van vangnetregelingen. Het is in dat verband niet verwonderlijk dat men in de pre-pack een zoveelste bedreiging ziet waartegen men zich meent te moeten wapenen. De Praktijkregels bieden in dat opzicht de vakbonden de helpende hand. Art. 7.2 bepaalt dat door de beoogd curator in de aanloop naar een mogelijke verkoop zo veel mogelijk openheid jegens de belangrijkste stakeholders, waaronder in ieder geval de personeelsvertegenwoordigers en vakbonden, wordt betracht, uiteraard onder oplegging van geheimhouding en zoveel als praktisch mogelijk is zonder onnodige onrust of

**Gelet op het voorgaande kom ik tot de conclusie
dat aan een pre-pack vooral voordelen
verbonden zijn**

schade te veroorzaken. Daarnaast is in WCO I meer dan in het Voorontwerp aandacht besteed aan de positie van werknemers en crediteuren door de mogelijkheid van het verbinden van een voorwaarde aan de aanwijzing op te nemen van betrokkenheid van de OR in de stille voorbereidingsfase en te wijzen op de mogelijkheid van het instellen van een voorlopige commissie van schuldeisers waarin ook vertegenwoordigers van de werknemers zitting kunnen hebben. Hiermee is de toegevoegde waarde van WCO I voor de praktijk vergroot en zal deze ook bij hen die de wet aanvankelijk met enig wantrouwen tegemoet zagen wellicht op steun kunnen rekenen.

De pre-pack heeft zijn sporen de afgelopen jaren in de

64 F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack', in: *Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit van ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Uitgeverij Paris: Zutphen 2014, p. 28.

praktijk verdiend en is een (aan)winst voor de insolventiepraktijk. Hij heeft bijgedragen aan een substantiële verhoging van de opbrengst van de verkochte activa en bijgedragen aan het tot stand brengen van een aantal doorstarts na faillissement waarbij 64% van de werkgelegenheid kon worden behouden. In de praktijk hebben beoogd curatoren laten zien een actieve rol te (kunnen) spelen bij het verkoopproces. De WCO I zal de meeste bedenkingen ten aanzien van de pre-pack kunnen wegnemen en zorgen voor een uniform beleid van de rechtbanken ten aanzien van de aanwijzing van de beoogd curator. Overige bedenkingen houden meer verband met de huidige faillissementsprocedure die zich nu eenmaal kenmerkt als een

procedure waarbij de belangen van individuele crediteuren (zoals werknemers) ondergeschikt worden aan de belangen van de gezamenlijke crediteuren om te kunnen komen tot een doelmatige afwikkeling van de boedel. Dit leidt per definitie tot een aantasting van rechten die zij voor faillietverklaring wel nog hebben. Als gevolg van de pre-pack kan een deel van de schade die betrokken partijen als gevolg van een faillissement lijden worden beperkt, waarmee hij zijn bestaansrecht heeft verdiend.

Over de auteur

Mr. M.R. van Zanten is advocaat bij CMS te Amsterdam. Hij verricht als buiten-promovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen onderzoek naar de pre-pack.